Revista do Superior Tribunal de Justiça

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista do

Superior Tribunal de Justiça

Volume 208
Ano 19
Outubro/Novembro/Dezembro 2007

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor	Ministro Humberto Gomes de Barros
Assessora do Ministro	Teresa Cristina Cesar Osório Ribeiro
Chefe de Gabinete	Francisco Ribeiro de Oliveira
Assessores Judiciários	Maria Angélica Neves Sant'Ana
	Priscila Tentardini Meotti
Oficiais de Gabinete	Edilma Neiva Ibiapina
	Francisco das Chagas Caetano Filho
	Maria do Socorro Medeiros
Assistentes	Carlos Cardoso de Oliveira
	Gerson Prado da Silva
	Hekelson Bitencourt Viana da Costa
	Jéter Rodrigues
	José Vieira Júnior
	Max Günther Feitosa Albuquerque Alvim
	Sebastiana Alves de Oliveira
Estagiários	Ana Luisa Fernandes Pereira
	Franklin Gonçalves de Sousa
	Marcelo Lima de Souza
	Pryscila Faria de Souza

Superior Tribunal de Justiça
www.stj.jus.br
revista@stj.jus.br
Gabinete do Ministro Diretor da Revista
Setor de Administração Federal Sul
Quadra 6 - Lote 1 - Bloco C - 2º Andar - Sala C-240
Brasília-DF - 70095-900
Telefone (61) 3319-8003
Fax (61) 3319-8992

Revista do Superior Tribunal de Justiça – n. 1 -
Brasília: STJ, 1989
Trimestral
ISSN 0103-4286
1. Direito - Periódico - Brasil. 2. Jurisprudência - Periódico - Brasil. 3. Brasil. Superior Tribunal de Justiça

CDU 340.142(81)(05)

Revista do

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Humberto Gomes de Barros
Diretor

Superior Tribunal de Justiça
plenário

Presidente	Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Vice-Presidente	Ministro Francisco Peçanha Martins
	Ministro Nilson Vital Naves
Diretor da Revista	Ministro Humberto Gomes de Barros
Corregedor-Nacional de Justiça	Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
	Ministro Ari Pargendler
	Ministro José Augusto Delgado
	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Felix Fischer
	Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro Gilson Langaro Dipp
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministra Eliana Calmon Alves
	Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
	Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
	Ministra Fátima Nancy Andrighi
	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
	Ministro Massami Uyeda
	Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins
	Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura
	Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin
	Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Resolução n. 19-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º e 23.

CORTE ESPECIAL

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

Presidente	Ministro Barros Monteiro
Vice-Presidente	Ministro Francisco Peçanha Martins
	Ministro Nilson Naves
Diretor da Revista	Ministro Humberto Gomes de Barros
Corregedor-Nacional de Justiça	Ministro Cesar Asfor Rocha
	Ministro Ari Pargendler
	Ministro José Delgado
	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Felix Fischer
	Ministro Aldir Passarinho Junior
Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro Gilson Dipp
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Paulo Gallotti
	Ministro Francisco Falcão
	Ministra Nancy Andrighi
	Ministra Laurita Vaz
	Ministro Luiz Fux
	Ministro João Otávio de Noronha
	Ministro Teori Albino Zavascki
	Ministro Castro Meira
	Ministro Arnaldo Esteves Lima

PRIMEIRA SEÇÃO

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

Presidente	Ministro Luiz Fux

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 Castro Meira
	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins
	Ministro Herman Benjamin

SEGUNDA SEÇÃO

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

Presidenta	Ministra Nancy Andrighi

TERCEIRA TURMA

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

Presidente	Ministro Humberto Gomes de Barros
	Ministro Ari Pargendler
	Ministra Nancy Andrighi

QUARTA TURMA

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

Presidente	Ministro Hélio Quaglia Barbosa
	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Aldir Passarinho Junior
	Ministro João Otávio de Noronha
	Ministro Massami Uyeda

TERCEIRA SEÇÃO

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

Presidente	Ministro Hamilton Carvalhido

QUINTA TURMA

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

Presidente	Ministro Arnaldo Esteves Lima
	Ministro Felix Fischer
	Ministra Laurita Vaz
	Ministro Napoleão Maia Filho
	Ministra Jane Silva*

SEXTA TURMA

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

Presidente	Ministro Nilson Naves
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministro Paulo Gallotti
	Ministro Carlos Mathias**
	Ministra Maria Thereza de Assis Moura

* Desembargadora convocada (TJ-MG)

** Desembargador convocado (TRF da 1ª Região) substituindo o Ministro Paulo Medina

COMISSÕES PERMANENTES
COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Presidente	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Felix Fischer
	Ministro Gilson Dipp
Suplente	Ministro João Otávio de Noronha

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Presidente	Ministro Francisco Falcão
	Ministra Laurita Vaz
	Ministro Teori Albino Zavascki
Suplente	Ministro Hélio Quaglia Barbosa

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Presidente	Ministro José Delgado
	Ministro Aldir Passarinho Junior
	Ministro Paulo Gallotti
Suplente	Ministra Nancy Andrighi

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 José Delgado
Efetivo	Ministro Ari Pargendler
1º Substituto	Ministro Felix Fischer
2º Substituto	Ministro Fernando Gonçalves

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

(Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Presidente	Ministro Barros Monteiro
Vice-Presidente	Ministro Francisco Peçanha Martins

MEMBROS EFETIVOS

	Ministro Aldir Passarinho Junior
Coordenador-Geral da	Ministro Gilson Dipp
Justiça Federal	Ministro Hamilton Carvalhido
TRF 1ª Região	Juíza Assusete Dumont Reis Magalhães
TRF 2ª Região	Juiz Joaquim Antonio Castro Aguiar
TRF 3ª Região	Juíza Marli Marques Ferreira
TRF 4ª Região	Juíza Silvia Maria Gonçalves Goraieb
TRF 5ª Região	Juiz José Baptista de Almeida Filho

MEMBROS SUPLENTES

	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Paulo Gallotti
	Ministro Francisco Falcão
TRF 1ª Região	Juiz Carlos Olavo Pimentel de Medeiros
TRF 2ª Região	Juiz Fernando José Marques
TRF 3ª Região	Juíza Suzana de Camargo Gomes
TRF 4ª Região	Juiz João Surreaux Chagas
TRF 5ª Região	Juiz Paulo de Tarso Benevides Gadelha

CERTIFICADO DE CONFORMIDADE

CERTA Certificadores Associados Ltda.

Especialistas em Sistemas de Gestão

Certificado de

Sistema de Gestão da Qualidade

Este Certificado é emitido com base no contrato de credenciamento celebrado entre o INMETRO e a CERTA e no resultado satisfatório de auditoria de SGQ, sendo por este meio conferido à:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SAF Sul, Quadra 6, Lote 1, Trecho III, Bloco F, 1º andar, BRASÍLIA, DF, BRASIL.

NBR ISO 9001:2000

Exclusões: 7.3, 7.5.2 e 7.6

Este Certificado é condicionado à estrita observância das regras e condições relacionadas ao processo de Certificação. Quaisquer alterações organizacionais, de endereço ou de escopo devem ser notificadas formalmente à CERTA.

Escopo: *Elaboração das Publicações Oficiais do Superior Tribunal de Justiça*

Nº do Certificado: 208/2006 **Revisão:** zero de 15/11/2006

Data de vigência: 21/09/2006 **Válido até:** 30/10/2009

Walter Henriques
Diretor de Operações
CERTA
Certificadores Associados Ltda.

IAF

BRASIL UM PAÍS DE TODOS

F-TPLATE01-06

SUMÁRIO

I — Jurisprudência

Corte Especial 19
Primeira Seção 29
Primeira Turma 73
Segunda Turma 215
Segunda Seção 299
Terceira Turma 339
Quarta Turma 411
Terceira Seção 449
Quinta Turma 463
Sexta Turma 497

II — Súmulas 573

III — Índice Analítico 577

IV — Índice Sistemático 607

V — Siglas e Abreviaturas 613

VI — Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça 619

Jurisprudência da Corte Especial

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 610.886-CE (2005/0167124-2)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Agravante: Walter Marinho e Companhia Ltda
Advogados: Manuel Luis da Rocha Neto e outros
Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradores: Artur Orlando de Albuquerque da Costa Lins e outros

EMENTA

Processual Civil. Condenação. Ausência. Honorários advocatícios. Fixação.

1. Não cabem embargos de divergência para rever o *quantum* de honorários advocatícios quando alterados pela Turma no julgamento do recurso especial, em razão da eventual fixação em montante irrisório ou exagerado.

2. No juízo de eqüidade, a verba de patrocínio pode ser arbitrada levando-se em conta o valor da causa ou arbitrada em um montante fixo e determinado, desde que condizente com as alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º do art. 20 do CPC.

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. Os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Nilson Naves, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e José Delgado votaram com o Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Cesar Asfor Rocha, Jorge Scartezzini e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 19 de dezembro de 2006 (data de julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 12.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Versa a espécie acerca de agravo regimental interposto por Walter Marinho e Companhia Ltda contra decisão que negando seguimento a embargos de divergência apóia-se no entendimento firmado pela Corte Especial no sentido da falta de adequação daquele recurso para aumentar ou diminuir o montante da verba de patrocínio fixada por órgão fracionário do Tribunal, nos limites de sua competência e com base nas peculiaridades de cada demanda, não podendo haver, em conseqüência, dissidência de teses.

Sustenta a agravante equívoco na fixação do valor dos honorários de advogado, dado que o órgão fracionário leva em conta uma hipotética condenação que, na realidade, não houve, devendo, então, ser tomado como base de cálculo o valor da causa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O tema central em debate nos autos diz respeito à ação de repetição de indébito movida pela agravante contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS — cujo pedido foi julgado procedente (reconhecendo indevida a cobrança de multa moratória, em função de pagamento espontâneo), arbitrada a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. (Fls. 76/80)

A sentença obteve confirmação pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. (Fl. 90)

Nesta instância, especial manejado pelo INSS foi conhecido e provido, estipulando o Ministro João Otávio de Noronha, em sede de embargos de declaração, *verbis*:

> "Sem embargo, é também pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de ser indevida a fixação de montante sucumbencial irrisório, manifestando total desproporção entre o trabalho e esforço desempenhado pelos advogados da causa e o valor arbitrado, capaz inclusive de qualificá-los como aviltantes ao desempenho de tão nobre atividade profissional. Colaciono, por oportuno, o recente precedente:
>
> "Processo Civil. Agravo regimental. Honorários advocatícios. Art. 20 do CPC. Valor irrisório. Afastamento da Súmula n. 7-STJ.
>
> 1. O Tribunal *a quo* fixou o honorários advocatícios em R$ 100,00 (cem reais), valor este irrisório, há violação aos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

2. Conheço do agravo para convertê-lo em recurso especial e dar-lhe provimento, restabelecendo a parte da sentença em que fixou o valor dos honorários advocatícios." (Segunda Turma, AgRg no Ag. n. 464.511-SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 16.05.2005)

Com efeito, verifico que à presente causa foi dado o valor de quinhentos reais (R$ 500,00, fl. 13). Assim, caso se mantivesse o percentual de 10% (dez por cento) determinado pelo magistrado *a quo*, com a sua incidência sobre o valor da causa, e não mais sobre a condenação, chegar-se-ia ao ínfimo valor de cinqüenta reais (R$ 50,00), em completa contradição com o labor exercido pelos procuradores do INSS.

Diante do exposto, acolho os embargos declaratórios, a fim de, embora não havendo condenação *in* casu, fixar, em favor do INSS, os honorários advocatícios no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o que seria o valor da condenação." (Fl. 126)

Colocado o debate nestes termos, evidentemente que não há razão plausível para se dar trânsito ao recurso de embargos de divergência, dado que o julgamento se encontra em perfeita harmonia com a jurisprudência da Corte Especial, consoante seguinte acórdão:

"Processual Civil. Embargos de divergência. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Vencida a Fazenda Pública.

1. A teor do art. 20, § 4º, do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, a verba honorária será fixada mediante apreciação eqüitativa do magistrado.

2. A Primeira Seção desta Corte já se posicionou no sentido de que, vencida a Fazenda Pública, a fixação de honorários não está adstrita aos percentuais constantes do art. 20, § 3º, do CPC.

3. No juízo de eqüidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, alíneas **a**, **b** e **c**, podendo adotar como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo.

4. Embargos de divergência conhecidos, mas improvidos." (EREsp n. 637.905-RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 21.08.2006)

De outro lado, não compete à Corte Especial, em sede de embargos de divergência, por falta de dissidência de teses, alterar o valor ou a forma de cálculo

da verba de patrocínio de que se utiliza o órgão fracionário: PET n. 2.512-MG e EREsp n. 494.377-SP.

Ante o exposto, nego provimento ao regimental.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.331-DF (2003/0179717-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Impetrante: Euclides Veloso Arrais
Advogado: Antônio Marques de Andrade
Impetrado: Ministro Presidente do Conselho da Justiça Federal

EMENTA

Mandado de segurança. Administrativo. Conselho da Justiça Federal. Concurso público. Técnico judiciário. Aprovação. Nomeação. Junta médica oficial. Laudo pela inaptidão física. Posse recusada pela Administração. Legalidade. Ausência de direito líquido e certo.

1. Hipótese em que o Impetrante, regularmente nomeado para o cargo de Técnico Judiciário, foi impedido de tomar posse por ter sido considerado inapto em avaliação médica realizada por junta médica oficial. Ausência de ilegalidade. Inteligência do arts. 5º, inciso VI, e 14, parágrafo único, da Lei n. 8.112/1990. Precedentes.

2. A controvérsia instalada com a apresentação de parecer médico particular em sentido contrário à conclusão da junta oficial não é suscetível de ser deslindada em sede mandamental, em que a prova deve ser pré-constituída, com demonstração inequívoca do direito líquido e certo invocado.

3. Ordem denegada.

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, A Corte Especial, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros, Ari

Pargendler, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon e Paulo Gallotti votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Impedido o Sr. Ministro Nilson Naves. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Cesar Asfor Rocha, Jorge Scartezzini e Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 19 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 02.04.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Euclides Veloso Arrais contra ato do então Presidente do Conselho da Justiça Federal Ministro Nilson Naves, que tornou sem efeito Portaria n. 44, de 21 de agosto de 2003, que o nomeara para o cargo de Técnico Judiciário, depois de aprovado em concurso público, em razão de ter sido considerado inapto quando da inspeção médica dos candidatos.

Alega a Impetrante que, sendo "funcionário público federal da ativa [cargo de agente de portaria do Ministério da Fazenda], em plena capacidade ocupacional, qualificações essas mais do que suficientes para lhe isentar da submissão a exames de saúde." Pondera que, mesmo apresentando novo laudo médico, emitido por profissional especialista, em que foi considerado apto às suas atividades laborativas, a junta médica oficial manteve a decisão que o considerou inapto, ferindo seu direito líquido e certo, pois preenche os requisitos do art. 5º da Lei n. 8.112/1990 e do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, para a investidura em cargo público.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 50 pelo então Relator do feito, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 55/61, com a juntada de documentos. A Autoridade apontada coatora aduziu, em suma, que a aptidão física e mental é requisito básico previsto na Lei para investidura em cargos públicos, razão pela qual é lícito o ato. Assevera que o candidato, ao se inscrever no concurso, submete-se às regras constantes dos itens 15.2 e 15.7 do Edital, segundo os quais, respectivamente, a inscrição do candidato implica aceitação das normas para o concurso e a posse no cargo fica subordinada à aprovação em

inspeção médica. Outrossim, diz que a aplicação da Súmula n. 16-STF ("Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse.") somente tem aplicação quando tal direito é negado por mero critério de conveniência e oportunidade, o que não ocorre no caso.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 246/248, opinando pela denegação da segurança, em parecer que guarda a seguinte ementa:

> "Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Nomeação. Posse. Recusa. Inaptidão física. Legalidade.
>
> 1. A aptidão física e mental é requisito legal indispensável para a posse em cargo público, conforme estabelece a lei de regência dos servidores públicos civis da União (Lei n. 8.112/1990), não se constituindo ilegalidade a recusa em dar a posse a candidato que não preenche tal requisito.
>
> 2. O enunciado da Súmula n. 16-STF deve ser interpretado no sentido de que a administração apenas não pode recusar a posse de servidor regularmente nomeado por motivos de mera conveniência e oportunidade, podendo se recusar, entretanto, como no presente caso, quando não preenchido algum requisito que a lei considera indispensável.
>
> 3. Laudo médico privado, concluindo pela aptidão do candidato para o exercício das atividades funcionais, não se sobrepõe ao laudo médico da junta oficial que conclui pela inaptidão.
>
> 4. Pela denegação da segurança."

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O Impetrante, regularmente nomeado para o cargo de Técnico Judiciário, foi impedido de tomar posse por ter sido considerado inapto em avaliação realizada por junta médica oficial, que constatou no exame pré-admissional os CID's R 93.2 e R 94.5, concernentes a "esteatose hepática e alterações enzimáticas hepáticas, além de ingesta etílica habitual, alterações estas que devem ser secundárias à ingesta etílica". (Fl. 56)

Dispõe a Lei n. 8.112/1990, *in verbis*:

> "Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:
>
> (...)
>
> VI - aptidão física e mental."
>
> "Art. 14. A posse em cargo público dependerá de prévia inspeção médica oficial.

Parágrafo único. Só poderá ser empossado aquele que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo."

No mesmo diapasão, estabelece o Edital n. 1, de 24 de agosto de 1999:

"15.7. A posse no cargo fica condicionada à aprovação em inspeção médica a ser realizada pelo Serviço Médico do Superior Tribunal de Justiça (...)."

Na hipótese em tela, em que junta médica oficial considerou o Impetrante inapto para o exercício da função pública, o ato praticado pela Autoridade impetrada não se mostra maculado de ilegalidade, ao revés, deu fiel cumprimento à exigência legal, no sentido de só admitir no serviço público quem estiver apto física e mentalmente.

E, conforme bem anotado no parecer ministerial, "o parecer médico privado juntado pelo impetrante, concluindo que o seu quadro de saúde não o torna inapto para o exercício das atividades funcionais, não se sobrepõe ao laudo médico da junta oficial, que concluiu pela inaptidão."

A controvérsia instalada, nesse contexto, não é suscetível de ser deslindada em sede mandamental, em que "a prova deve ser pré-constituída, com demonstração inequívoca do direito líquido e certo invocado." (RMS n. 16.876-RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 11.09.2006)

A propósito:

"Administrativo. Servidor público. Posse. Prazo. Prorrogação por tempo indeterminado. Impossibilidade. Art. 13, § 2º, da Lei n. 8.112/1990. Inaplicabilidade.

1. A regra do § 2º do art. 13 da Lei n. 8.112/1990 destina-se somente aos servidores públicos, condição que o candidato aprovado em certame público só adquire no momento de sua posse.

2. A higidez física e mental é condição sine qua non para o exercício da função pública, requisito que deve ser comprovado dentro dos prazos legais, que não podem ser prorrogados indeterminadamente.

3. Recurso improvido." (REsp n. 353.496-RS, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 05.12.2005)

"Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Posse. Requisitos. Aptidão física e mental. Legalidade. Dilação probatória. Inviabilidade da via eleita.

I - A posse em cargo público está condicionada ao atendimento de certos requisitos previstos no edital e na lei, dentre os quais a aptidão física

para o exercício das atribuições do cargo. Não atendido esse requisito, a negativa da administração em dar posse ao candidato não pode ser considerada abusiva ou ilegal.

II - Na estreita via mandamental não se possibilita a dilação probatória. A certeza e a liquidez do direito vindicado devem ser demonstradas de plano. Precedentes.

Recurso desprovido." (RMS n. 13.514-TO, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 31.03.2003)

Ante o exposto, denego a segurança.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, o art. 37 da Constituição Federal estabelece esse pré-requisito, que é regulado pela Lei n. 8.112/1991. E esse atestado médico, realmente, tornou complexa a matéria probatória, tornando inviável a *posteriori* o mandado de segurança.

Acompanho o voto da Srª. Ministra-Relatora, denegando a ordem em mandado de segurança.

Jurisprudência da Primeira Seção

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 254.246-SP (2002/0127541-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
R. p/ o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha
Embargante: Estado de São Paulo
Procuradores: Andréa Metne Arnaut e outros
Embargado: Dominique Pierre Faga
Advogados: Paulo César de Carvalho Rocha e outros

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Desapropriação indireta. Restrições administrativas anteriores à aquisição. Parque da Serra do Mar. Inexistência de direito a indenização.

1. Se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes dos Decretos ns. 10.251/1977 e 19.448/1982, editados pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame.

2. Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual.

3. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos a Srª. Ministra-Relatora e os Srs. Ministros Franciulli Netto e Luiz Fux, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Castro Meira e José Delgado. Não participaram do julgamento a Srª. Ministra Denise Arruda e os Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin (RISTJ, art. 162, § 2º). Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 12.03.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Por decisão monocrática, o Ministro Humberto Gomes de Barros deu provimento a recurso especial, reformando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que concluiu não se tratar de apossamento administrativo as restrições decorrentes dos Decretos Paulistas ns. 10.251/1977 e 19.448/1982. Para tanto, aplicou jurisprudência desta Corte sobre a criação do "Parque Estadual da Serra do Mar", prevalecendo o entendimento de que não houve apossamento administrativo, mas foi esvaziado o conteúdo econômico do bem, ao destacar-se do domínio as prerrogativas de usar e fruir do imóvel, impedindo o tombamento da área a utilização do mesmo segundo sua natural destinação, o que resulta em desapropriação indireta.

Interposto agravo regimental e opostos dois embargos de declaração, assim restaram decididos, respectivamente:

> Processual Civil. Agravo regimental. Parque da Serra do Mar. Direito à indenização.
>
> "A circunstância de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto, os adquirentes se sub-rogaram, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações (vinculados ao imóvel)." (REsp n. 82.177/Demócrito)
>
> Agravo Regimental improvido." (Fl. 1.235)
>
> Processual Civil. Embargos de declaração. Parque da Serra do Mar. Área de preservação permanente. Indenização. Possibilidade. Precedentes.
>
> "I - No ressarcimento por desapropriação, a floresta de preservação permanente que recobre o terreno deve ser indenizada pelo valor econômico que sua exploração poderia gerar, não fosse a vedação administrativa que a impede.
>
> II - Deixar de indenizar as florestas seria punir quem as preservou, homenageando aqueles que as destruíram." (REsp n. 77.359/Humberto). (Fl. 1.239)

Recurso especial. Embargos de declaração. Omissão e contradição não caracterizadas. Prequestionamento de tema constitucional incabível na via do especial. Embargos não conhecidos.

Não há como apreciar omissão não indicada;

A contradição deve ser verificada nos termos do próprio acórdão embargado, não se prestando os embargos para solucionar suposta divergência jurisprudencial com vistas à modificação do julgado;

Mesmo para os fins do prequestionamento, a via especial é inadequada para o exame de tema constitucional;

Embargos não conhecidos." (Fl. 1.270)

Interpõe o Estado de São Paulo embargos de divergência, defendendo o cabimento do recurso contra decisão monocrática submetida a agravo regimental (EREsp n. 133.451-SP) e alegando que não seria o caso de admitir o recurso especial porque inviável a revisão dos fatos que levaram o Tribunal de origem a concluir pela existência de esvaziamento econômico da propriedade que sofreu a "restrição" administrativa, sendo hipótese de aplicação da Súmula n. 7-STJ. (REsps ns. 143.661-SP, 268.479-SP e 270.777-SP, dentre outros)

Defende, ainda, a aplicação da Súmula n. 126-STF, porque não atacado, através de recurso extraordinário, o fundamento constitucional do art. 225, § 4º constante do julgado do Tribunal de origem.

No mérito, como paradigmas, trazem os seguintes julgados:

Processual Civil. Recurso especial. Embargos de declaração. Efeito modificativo. Ação de indenização por desapropriação indireta. Limitação administrativa. Área de preservação permanente. Preliminar de prescrição. Afastamento. Interesse de agir. Matéria pendente. Apossamento administrativo. Inexistência. Ausência de prejuízo. Imóvel adquirido após a Lei n. 4.771, de 1965 (Código Florestal). Embargos providos.

Preliminarmente, reconhecendo o equívoco ocorrido tanto no acórdão proferido em sede de apelação, como no v. aresto embargado, impõe-se declarar preclusa a prescrição, por isso que afastada em decisão já transitada em julgado.

Constatada a inexistência de apossamento administrativo ou de qualquer prejuízo dos autores e que os mesmos adquiriram o imóvel após a edição da Lei n. 4.771, de 1965 (Código Florestal), não se configura proibição, mas condicionamento do uso da propriedade e, consequentemente, há que ser reconhecida a ausência de interesse dos autores para a propositura da ação de indenização por desapropriação indireta.

Embargos conhecidos e providos, dando-lhes efeitos modificativos." (EDREsp n. 161.545-SP, Relator Ministro Peçanha Martins, Segunda Turma, unânime, julgado em 25.09.2001, DJ 18.02.2002, p. 283)

Recurso especial. Parque Estadual da Serra do Mar. Qualificação jurídica dos fatos.

As questões relativas ao exame da prova pericial e ao *quantum* fixado a título de indenização, *in casu*, não consistem em matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se a hipótese de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

Antes mesmo da edição do Decreto n. 10. 251/1977 e da tomada de posse pelo expropriado da gleba, já estava em vigor o Código Florestal, Lei n. 4.771/1965, bem como os Decretos n. 50.813/1961 e 24.643/1934, que impunham restrições àquela área e que, certamente, influenciaram na valorização do imóvel.

A indenização é a pedra angular da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária.

Recurso especial provido. Decisão unânime." (REsp n. 196.456-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, unânime, julgado em 07.08.2001, DJ 11.03.2002, p. 219)

Afirma que, no presente caso, a aquisição se deu não apenas após a edição do Código Florestal, mas após a publicação do ato normativo estadual, como reconhecido nas instâncias ordinárias e nenhum "homem médio" pagaria um preço maior numa propriedade sobre a qual incidam limitações administrativas, acreditando que depois seria ressarcido judicialmente.

Sustenta, ao contrário do que restou decidido na hipótese dos autos, que as áreas legalmente consideradas de preservação permanente, no entender da Segunda Turma, não são indenizáveis:

Desapropriação. Estação Ecológica Juréia-Itatins. Art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Arts. 1º, 2º e 16, do Código Florestal. Reserva legal. Mata de preservação permanente.

Não há qualquer omissão no que tange à questão objeto dos embargos declaratórios, que examinou suficientemente o tema e expôs seu posicionamento com clareza.

O Código Florestal estabelece, em seu art. 16, que devem ser excluídos da exploração econômica 20% de todas "as florestas de domínio privado",

exceção feita àquelas "sujeitas ao regime de utilização limitada" e "ressalvadas as de preservação permanente", estas últimas definidas nos arts. 2º e 3º do mesmo diploma.

Recurso especial parcialmente provido. Decisão por maioria de votos." (REsp n. 162.547-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, maioria, julgado em 07.12.2000, DJ 02.04.2001, p. 280)

Como reforço de argumentação, menciona precedente do STF no RMS n. 21.003-DF, segundo o qual:

Quando se trata de florestas e demais formas de vegetação natural que se considerem de preservação permanente, cuja existência decorre de lei, cabe ao proprietário das terras, mesmo públicas, a ação de arborizar ou reflorestar as referidas áreas; ocorrendo omissão do proprietário, fica facultada a ação de conservação da cobertura vegetal pelo poder público, que poderá intervir na propriedade sem desapropriá-la, implantando as florestas ou fazendo o reflorestamento; essas áreas utilizadas pelo poder público ficam isentas de tributação.

Nesta linha de raciocínio, conclui não serem indenizáveis as limitações pertinentes à exploração da floresta.

Admitidos os embargos, manifestou-se a parte contrária, afirmando que ficou proibido de desmatar e usar o solo de sua propriedade rural de 400 alqueires, o que ensejou a impetração de mandado de segurança, que foi ao final denegado no julgamento do REsp n. 27.582-2-SP, quando esta Corte afirmou que o caminho a ser seguido era a ação de desapropriação indireta para obter a justa indenização por sua propriedade ter sido atingida pela criação do Parque Estadual da Serra do Mar, não havendo direito líquido e certo de desmatar área incluída na reserva florestal.

Informa o embargado que na ação indenizatória ajuizada houve realização de prova pericial, mas o pleito inicial foi julgado improcedente, sem levar em conta o julgamento do REsp n. 27.585-2-SP.

Aduz descaber, em sede de embargos de divergência, o reexame da admissibilidade do recurso especial e não ter sido feito o necessário cotejo analítico, demonstrando a similitude das situações, com soluções distintas, restando desatendido o art. 255, §§ 1º e 2º do RISTJ.

Em longo arrazoado, refuta um a um os acórdãos trazidos como paradigmas, para concluir que as situações fáticas dos paradigmas são totalmente distintas; as limitações do Código Florestal (que são parciais) diferem do confisco gerado pela criação do Parque Estadual da Serra do Mar; há direito à indenização, inclusive por se tratar de área de preservação

permanente suscetível de exploração econômica, não se podendo esquecer que o potencial econômico não reside apenas na exploração da madeira da área florestada, mas também no seu patrimônio genético, decorrente da biodiversidade; não se trata de mera limitação administrativa, mas de mutilação do próprio direito de propriedade.

Ao final, pede seja mantida a condenação à indenização das benfeitorias, da terra nua e da cobertura vegetal, estas situadas dentro e fora da área de preservação permanente.

Ouvido, opinou o Ministério Público Federal pelo provimento dos embargos.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, rechaço as alegações do Estado de São Paulo em relação ao juízo de conhecimento do recurso especial, que possibilitou o exame do mérito no acórdão impugnado, o qual, por via de agravo regimental, confirmou decisão monocrática do Relator, que proveu o recurso, reformando o acórdão do TJ-SP.

Os embargos de divergência não têm por objetivo corrigir ou rever o acórdão impugnado e, sim, uniformizar a jurisprudência divergente entre as Turmas.

Assim sendo, ultrapasso os apontados óbices quanto ao conhecimento, para cotejar o acórdão impugnado com os acórdãos paradigma.

ACÓRDÃO IMPUGNADO

A decisão monocrática foi atacada por regimental e dois declaratórios, nos quais ficaram assentados os seguintes tópicos:

1. a circunstância de ter sido adquirida a área após a constituição do parque não exclui o direito à indenização, porque os adquirentes sub-rogam-se no direito de ações vinculadas ao imóvel;

2. o parque da Serra do Mar é passível de indenização, mesmo sendo área de preservação permanente, levando-se em conta o valor econômico que sua exploração poderá gerar, não fosse a vedação administrativa que a impede; e

3. deixar de indenizar a floresta seria punir quem a preservou e homenagear seus destruidores.

ACÓRDÃOS PARADIGMA

Os paradigmas, em número de três, todos da Segunda Turma, enunciam:

1. o imóvel adquirido após a Lei n. 4.771, de 1965 (Código Florestal) não proíbe, apenas condiciona o uso da propriedade, sem direito à indenização;

2. o Decreto n. 10.251/1977, a Lei n. 4.771/1965 (Código Florestal) e os Decretos ns. 50.813/1961 e 24.643/1934, impondo restrições à área, influenciam no valor do imóvel;

3. a indenização não atende à especulação imobiliária, serve para equilibrar a situação do expropriado, antes e depois; e

4. o Código Florestal estabelece as diferenças entre as florestas de exploração econômica, aquelas sujeitas ao regime de utilização limitada e as áreas de preservação permanente.

Entendo haver divergência de entendimento, a desafiar os presentes embargos, porque enquanto o acórdão impugnado diz que as limitações administrativas de uso e que esvaziam o seu conteúdo econômico estão sujeitas a indenização, entendem os paradigmas que deve ser feito o exame caso a caso, para saber se merece ou não ser indenizada a limitação administrativa. Vejamos os precedentes específicos para a Serra do Mar, área objeto da desapropriação ora questionada.

O primeiro acórdão paradigma diz, com todas as letras, não haver indenização quando a propriedade sofre o condicionamento de uso, com a criação de área de preservação permanente.

Entretanto, essa posição do Ministro Peçanha Martins é isolada. Tem ele se mantido fiel a tal posicionamento, mas encontra resistência o seu pensar na Segunda Turma, que decide pela indenização na medida em que houver limites ao uso da área: na totalidade do bem, incluindo a terra nua e as acessões; só a terra nua, ou só as acessões, a depender da situação fática. Se, por exemplo, a cobertura vegetal não tem possibilidade de ser aproveitada economicamente, não se há de falar em indenização. Se, diferentemente, há possibilidade de utilização da mata nativa, é natural que a indenização alcance a perda.

As ementas a seguir transcritas demonstram o entendimento da Segunda Turma:

> Recurso especial. Parque Estadual da Serra do Mar. Qualificação jurídica dos fatos.
>
> As questões relativas ao exame da prova pericial e ao *quantum* fixado a título de indenização, *in* casu, não consistem em matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se a hipótese de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

Antes mesmo da edição do Decreto n. 10.251/1977 e da tomada de posse pelo expropriado da gleba, já estava em vigor o Código Florestal, Lei n. 4.771/1965, bem como os Decretos ns. 50.813/1961 e 24.643/1934, que impunham restrições àquela área e que, certamente, influenciaram no preço pago pelo expropriado no momento da aquisição do imóvel.

Ainda que não existissem limitações ao direito de propriedade impostas anteriormente pelo Poder Público, uma vez que a topografia da região é montanhosa e a acessiblidade é nula, o aproveitamento econômico da gleba com a extração de madeira é absolutamente inviável, porque seria impossível escoar uma produção cujos custos já seriam elevadíssimos.

A indenização é a pedra angular da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária.

(...)

Recurso especial parcialmente provido.

Decisão por maioria de votos." (REsp n. 122.114-SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, Segunda Turma, por maioria, julgado em 06.09.2001, DJ 1º.04.2002)

Administrativo. Agravo regimental. Desapropriação indireta. Criação de parques de preservação ambiental. Serra do Mar. Parque de Marumbi. Precedentes.

1. A criação de parques de preservação ambiental devem respeitar o direito à propriedade.

2. A limitação administrativa que impede o uso, gozo e disposição da totalidade de uma determinada área desnatura-se em uma verdadeira desapropriação indireta, diferentemente das limitações do Código Florestal, relacionadas às matas de preservação permanente. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido." (Ag no REsp n. 146.358-PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime, julgado em 23.05.2000, DJ 25.09.2000)

Administrativo. Criação do Parque Estadual da Serra do Mar. Desapropriação indireta. Indenização. Devida. Imóveis adquiridos após a criação do parque. Sub rogação.

I - A criação do Parque Estadual da Serra do Mar restringiu o direito de propriedade dos proprietários de glebas abrangidas, impondo-se a justa indenização.

II - O fato de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do Parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto, os adquirentes se sub rogaram, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações.

III - Recurso provido." (REsp n. 209.297-SP, Relator Ministro Paulo Medina, Segunda Turma, por maioria, julgado em 03.12.2002, DJ 10.03.2003)

Administrativo e Processual Civil. Desapropriação indireta. Natureza da ação: real. Competência absoluta: foro da situação do imóvel. Prescrição: vintenária. Direito a indenização. Sub-rogação. Precedentes do STJ. Recurso não conhecido.

I - Não basta a simples afirmação de que o aresto prolatado nos embargos declaratórios contrariou o art. 535 do CPC. É necessário que o recorrente apresente os motivos pelos quais houve ofensa ao mencionado dispositivo. O recorrente deve indicar precisamente onde esta a omissão, a contradição ou a obscuridade, a fim de que o STJ possa averiguar se o acórdão esta eivado de nulidade.

II - A ação de indenização em razão de desapropriação indireta real, pelo que deve ser proposta no foro da situação do imóvel (primeira parte do art. 95 do CPC).

III - É vintenário o prazo prescricional para a propositura da ação de indenização. Tal prazo corre da data em que efetivamente se deu o apossamento administrativo.

IV - Os adquirentes de imóveis já ocupados pelo poder público também tem direito à indenização, pois sub-rogam-se nos direitos e ações dos alienantes. Os adquirentes só não farão jus à indenização se essa já tiver sido paga aos proprietários anteriores.

V - O proprietário de imóvel abrangido por parque criado pelo poder público faz jus a integral indenização da área atingida, e não apenas em relação à mata a ser preservada.

VI - Recurso especial não conhecido." (REsp n. 124.010-SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, por maioria, julgado em 04.12.1997, DJ 16.04.1998)

A Segunda Turma, para assim proceder enfrenta certa dificuldade em contornar a Súmula n. 7-STJ, se o acórdão não delineia claramente a situação fática, necessitando fazer uma leve incursão na prova. Daí a advertência feita pelo

Ministro Franciulli Netto no voto-vista e que veio a prevalecer no julgamento do REsp n. 122.144-SP:

> A distinção entre juízo de fato e juízo de valor se mostra intensamente controvertida, principalmente em virtude da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e sobretudo ao Direito. O fato e o direito se revelam qualitativa e materialmente análogos, pois, consoante os ensinamentos de Antônio Castanheira Neves, não tem sentido "o querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas 'idéia' transcendental) do homem real (não do 'sujeito em geral' ou gnoseológico) a 'puro facto' ou vê-lo apenas como a matéria de puros juízos-de-facto. O que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstracta, mas situações, acontecimentos, unitárias realidades de sentido." (*in Questão de Facto-Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Livraria Almedina, Coimbra, 1967, p. 500)
>
> E concluiu o ilustre Ministro:
>
> Dessa forma, em princípio, é viável o presente recurso especial, uma vez que a errônea interpretação ou capituação dos fatos penetra na órbita da qualificação jurídica dos fatos, conforme a assertiva de Gabriel Marty de "que tout problème de qualification est question de droit". (*In La distinction du fait et du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 204/205)

Decidi aderir à posição do Ministro Franciulli Netto, diante da grande vivência que teve Sua Excelência no Tribunal de São Paulo, onde tramitaram dezenas de expropriações da Serra do Mar.

Para enfrentar a questão sob esse enfoque, a prova pericial é de importância fundamental, porque pode não haver indenização alguma, o que é muito raro, se a criação do parque nacional é uma limitação administrativa que não onera o proprietário.

A indenização restringe-se apenas à cobertura vegetal, porque não há desapossamento, mas a impossibilidade de explorá-la diante da limitação administrativa.

Também não se indeniza a mata nativa quando não há possibilidade física de ser ela explorada economicamente; caso em que não há frustração alguma do dominus, porque ele jamais poderia dela tirar proveito.

Finalmente, a limitação pode ser de tal ordem, que a propriedade fica inteiramente inutilizada para o fim que lhe destinou seu dono, havendo, então, direito a indenização por inteiro.

A divergência entre as Turmas está na avaliação fática e circunstancial que faz a Segunda Turma, para aceitar ou não a indenização, integral ou parcial.

O Relator do acórdão impugnado, Ministro Humberto Gomes de Barros, aceita como indenizável a mata nativa em qualquer circunstância. E considera que a mera preservação pelo dominus é o suficiente para a indenização. Esse entendimento é o contido no acórdão embargado e em alguns outros da Primeira Turma. Vejamos:

> Propriedade. Limitação de uso e de alienação. Desapropriação indireta.
>
> Criado o parque estadual da Serra do Mar, abrangendo toda a propriedade do recorrido, ficou este proibido de efetuar qualquer forma de exploração dos recursos naturais de sua propriedade, inclusive, de desmatar qualquer parte dela.
>
> Ao recorrido cabe a ação de desapropriação indireta, falece-lhe o direito de desmatar qualquer área da propriedade incluída no Parque Estadual.
>
> Recurso provido para negar a segurança." (REsp n. 27.582-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, julgado em 19.10.1992, DJ 07.12.1992)
>
> Administrativo. Desapropriação indireta. Declaração de utilidade pública. Florestas nativas declaradas de preservação permanente. Limitação administrativa. Recurso provido por decisão do Relator.
>
> I - A criação da reserva florestal "Parque Marumbi" não importou em apossamento administrativo, no entanto, esvaziou o conteúdo econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem.
>
> II - "Deixar de indenizar as florestas seria punir quem as preservou, homenageando aqueles que as destruíram." (REsp n. 77.359/Humberto)." (REsp n. 188.781-PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, por maioria, julgado em 21.0901999, DJ 29.11.1999)

No julgamento do agravo regimental, que originou o acórdão impugnado, o Relator, ao reafirmar a sua decisão monocrática, deixou claro, ao trazer, como fundamento, aresto de sua relatoria, em que consta:

> (...) A indenização deve ser integral, desde que se configura a restrição total ao uso das matas. (Fl. 1.464)

O pensamento do Relator é no sentido de indenizar as matas, independentemente da possibilidade ou não da sua exploração.

Tal raciocínio, entretanto, é isolado, porque, em outros julgados da Primeira Turma, existe a preocupação em se destacar a viabilidade econômica da cobertura vegetal. Vejamos os arestos:

Desapropriação indireta. Tombamento. Parque Florestal. Natureza de ação: real. Foro da situação do imóvel. Prescrição: vintenária. Direito a indenização. Juros compensatórios indevidos. Cobertura vegetal. Exclusão. Verba honorária. Súmula n. 7.

"A jurisprudência vem firmando o entendimento de que as restrições de uso de propriedade particular impostas pela Administração, para fins de proteção ambiental, constituem desapropriação indireta, devendo a indenização ser buscada mediante ação de natureza real, cujo prazo prescricional é vintenário." (REsp n. 149.834-SP, Relator Ministro José Delgado, DJU 21.03.1999, p. 81)

(...)

A cobertura vegetal em questão, integrante da mata atlântica, é caracterizada unicamente como acessório da terra nua, englobada então nos valores fixados para seu pagamento. A vegetação em comento, em face da dificuldade de acesso para sua exploração, conseqüência da irregularidade do terreno, tem valor econômico desprezível, não incindível na indenização.

(...)

Recurso especial dos autores improvido.

Recurso especial da Fazenda Estadual parcialmente provido." (REsp n. 307.535-SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, unânime, julgado em 12.03.2002, DJ 13.05.2002). (Grifos nossos)

Desapropriação indireta. Parques Nacionais, Estaduais e Municipais. Preservação ambiental. Limitações administrativas. Servidão. Ocupação permanente com a notificação da destinação natural da propriedade. Indenização devida. Lei n. 4.771/1965. Decreto Estadual n. 10.251/1977-SP. Arts. 130, 183, 335, 436, 437 e 438, CPC. Art. 257-RISTJ. Súmula n. 456-STF.

1. O poder público pode criar parques (art. 5º, Lei n. 4.771/1965), ficando resguardado o direito de propriedade, com conseqüente reparação patrimonial, quando ilegalmente afetado.

2. Ditando o acórdão a imprescindibilidade da perícia e afirmando a inexistência do direito à vindicada indenização, na apreciação recursal, acertado este direito, adernando perplexidade, para espancar a possibilidade de ficar inexeqüível o julgado, falta da fixação do justo preço, a renovação da prova técnica e caminho recomendado pela prudência, de modo

a propiciar ao juiz a formação de sua livre convicção na execução que será processada (arts. 130 e 437, CPC).

3. Precedentes da jurisprudência.

4. Recurso provido." (REsp n. 40.796-SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, por maioria, julgado em 24.10.1994, DJ 28.11.1994)

Administrativo. Desapropriação indireta. Parques florestais.

1. A ação de desapropriação indireta visa indenizar o proprietário dos prejuízos sofridos pelo apossamento do seu bem, de modo indevido pelo Poder Público, bem como transmitir a esse o domínio.

2. Se inocorre o apossamento do bem, não há que se falar em imperatividade judicial da ação de desapropriação indireta.

3. Limitações administrativas, quando configuradas, devem ser analisadas, para fins de indenização, em cada caso específico.

4. A instituição de Parques Florestais pode resultar em limitações administrativas ou apossamentos administrativos. Estes, quando há vedação total do uso, gozo e fruição da propriedade que passa a servir, integralmente, ao interesse público em face da necessidade de proteção ao meio ambiente.

5. Acórdão que reconheceu inexistir, no caso em julgamento, apossamento administrativo e diminuição do patrimônio do proprietário, considerando, portanto, improcedente pedido em ação de desapropriação indireta, ressalvando, contudo, a pretensão de indenização por limitação administrativa, caso tal fique caracterizado.

6. Impedimento da Súmula n. 7-STJ, de reexaminar a questão supra em sede de recurso especial.

7. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

8. Violação do art. 524, do Código Civil, inexistente.

9. Recurso parcialmente conhecido, porém, nesta parte, improvido." (REsp n. 250.966-SP, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, unânime, julgado em 14.11.2000, DJ 05.02.2001)

Desapropriação. Indenização. Cobertura vegetal. Ausência de prejuízo. Impossibilidade de exploração econômica preexistente ao ato expropriatório. Imóvel que se encontra situado no perímetro da Mata Atlântica. Aplicação ao mesmo do art. 225, § 4º, da Constituição Federal.

Juros compensatórios. Incidência a partir da data em que foi proposta a ação direta de desapropriação. Valor da terra nua fixado com base nas provas, pelo que incide a Súmula n. 7-STJ. Impossibilidade de indenização da cobertura vegetal de área considerada de preservação permanente. Recurso especial do Estado de São Paulo parcialmente provido e recurso do expropriado desprovido.

1. Não é devida indenização pela cobertura vegetal de imóvel desapropriado se já anteriormente à dita desapropriação, configurada estava a impossibilidade de sua exploração econômica. Não resta, destarte, caracterizado o prejuízo a ensejar a indenização. Ademais, deve salientar-se que o imóvel expropriado insere-se naqueles do art. 225, § 4º, da Constituição Federal.

2. Inexistindo a possibilidade de se determinar o momento de imissão na posse, os juros compensatórios devem ser contados a partir da propositura da Ação Direta de Desapropriação.

3. O valor da terra nua foi fixado pelo acórdão com base em laudo técnico de maneira que a reavaliação desse critério torna-se inviável em sede de Recurso Especial, pelo óbice da Súmula n. 7-STJ.

4. Não é devida indenização da cobertura vegetal considerada de preservação permanente.

5. Recurso especial do Estado de São Paulo parcialmente provido e Recurso Especial do expropriado, desprovido." (REsp n. 123.835-SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, por maioria, julgado em 06.06.2000, DJ 1º.08.2000). (Grifos nossos)

Parece-me que a matéria é da maior pertinência, merendo posicionamento da Seção.

Segundo minha compreensão, a jurisprudência dos Tribunais Superiores criou o entendimento de que as matas nativas são indenizáveis, quando podem ser exploradas economicamente pelo seu proprietário.

Assim sendo, quando o Código Florestal proíbe a exploração, classificando como área de preservação um certo percentual da propriedade, naturalmente que tais acessões são bens que perdem o valor econômico por se situarem fora do comércio.

Tal posicionamento jurisprudencial veio em temperança a uma fase em que poucos julgados, inclusive do STF, aceitavam como indenizável toda a mata, inclusive as de área de preservação ambiental.

Ao adotar-se o critério da utilidade comercial do bem como parâmetro para indenizar, ficou inteiramente fora da possível compensação o que não pode e nunca poderá ser objeto de comércio.

Sem respaldo legal, nasceu na jurisprudência o entendimento de que, na estimativa da justa indenização, era preciso que se avaliasse, em separado, as acessões, porque, muitas vezes, o seu valor era de grande significado.

Foram do extinto Tribunal Federal de Recursos as primeiras decisões em torno do tema, o qual avançou lentamente, sem respaldo legislativo, consolidando-se, assim, a orientação de serem indenizáveis as matas e florestas em termos percentuais, conforme decidido nas ACs ns. 122.323-AC e 118.641-AC, versando sobre indenizações da mata em percentual de 10% (dez por cento) do valor global, estimado em separado do valor da terra nua.

A idéia de não ser mais possível excluir-se da indenização as matas de formação natural, visto que, no mercado imobiliário, era irrecusável a influência desses dados na composição do preço global, de tão verdadeira, foi incorporada no Decreto n. 56.792/1965, ao regulamentar o Estatuto da Terra.

Sim, porque ali, ao fixar-se a base de cálculo dos tributos devidos pela propriedade rural, separou-se o valor da terra nua do valor das benfeitorias, nelas incluídas as árvores, matas e florestas.

Confirmou a Suprema Corte a posição, pela palavra abalizada do Ministro Moreira Alves:

> Desapropriação. Cobertura florística.
>
> A circunstância de o proprietário não poder explorar a mata existente em seu imóvel, por força de vedação prevista no Código Florestal, não dispensa o expropriante do dever de indenizá-lo pelo valor dessa mata. Afastando a alegação de contrariedade aos arts. 5º, XXIII ("a propriedade atenderá a função social") e 225, *caput*, § 4º, da CF, a Turma negou provimento a agravo regimental interposto pelo Estado de São Paulo. Cuidava-se, na espécie, de ação expropriatória visando à criação de estação ecológica. (AI n. 187.726, Relator Ministro Moreira Alves)

O direito pretoriano sempre contou com a resistência daqueles que consideravam absurdo indenizar o Estado bem que é única e exclusivamente obra da natureza, surgido sem esforço ou investimento do seu dono. Tal argumento não me parece científico, sob o aspecto ontológico, pois a herança é obtida sem esforço do *dominus*, que a arrecada gratuitamente, mas que, nem por isso, deixa de ter valor econômico.

Ora, dizer que o preço do imóvel será o do mercado e apurado em sua totalidade, com a inclusão das acessões naturais, matas e florestas, em nada altera o entendimento jurisprudencial, sobretudo quando ficou consignado expressamente:

> Integram o preço da terra as florestas naturais, mata nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço do mercado do imóvel. (§ 2º, art. 12 da Lei n. 8.629/1993)

A nova redação do art. 12 da Lei n. 8.629/1993 contempla, de forma explícita, a indenização das terras e das acessões naturais, matas e florestas, só assim considerada justa, preconizando que deve ela refletir o preço de mercado do imóvel, observando-se, para tanto: localização e dimensão do imóvel, aptidão agrícola, área ocupada, data da posse, funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.

Temos então que a jurisprudência orientou o legislador no sentido de aceitar expressamente a indenização das matas nativas, mas, na prática, determina que se avalie, em cada caso, o critério da sua utilidade, da viabilidade econômica do seu uso, a fim de ser possível a mensuração do seu valor.

A divergência que se verifica resume-se na posição do Relator, de que toda mata nativa é indenizada, sem submetê-la ao crivo do exame da viabilidade econômica. E isso porque, nos demais pontos, inclusive quanto ao fato de ter-se dado a aquisição do imóvel após o decreto que criou o parque de preservação, não há nenhum dissenso.

Assim sendo, conheço dos embargos de divergência para dar-lhes parcial provimento, a fim de que prevaleça tese do acórdão paradigma.

Prosseguindo-se, tem-se como necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que, dentro do entendimento desta Corte, seja produzida a prova técnica para a demonstração inequívoca quanto à possibilidade de haver ou não exploração econômica da cobertura florestal, aspecto não enfrentado pelo Tribunal.

É o voto.

VOTO-PRELIMINAR

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, a Corte Especial já firmou entendimento de que são possíveis embargos de divergência no juízo de conhecimento se, neste juízo, existe divergência de acórdãos. No caso, a tese central dos embargos foi examinada, inclusive, pelo Colegiado — o referido recurso foi

decidido pelo art. 557, mas, no agravo regimental, o mérito foi examinado, no qual constata-se existirem, sim, divergências de tese jurídica — e, pela finalidade dos embargos de divergência, não posso ficar apenas no cotejo antecedente do juízo de conhecimento.

Assim, ultrapasso a preliminar do não-conhecimento, mas se V. Exªs. acharem por bem, posso destacá-la.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, na verdade, não discuti matéria de fato, apenas disse que eram indenizáveis, reportando-me a um acórdão antigo da Turma, consagrado pela Seção, afirmando que, se punimos quem conservou mata, se não se indeniza, é punir quem conservou. Já sofri isso também. Chamava de crise infantil da ecologia brasileira: punia-se ao invés de dar incentivos para quem conservasse. Tal fato muito me preocupou.

Voto pelo conhecimento dos embargos de divergência.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, gostaria de fazer apenas uma ponderação.

Muito embora tenha pleno conhecimento de que tais recursos são admitidos e apreciados por conta de supostas fraudes aqui noticiadas na fala do representante do Ministério Público, sob um ângulo estritamente técnico, todos esses recursos visam a impor ao Superior Tribunal de Justiça um reexame de matéria fática pericial, que o transforma numa terceira instância, numa instância de apelação reiterada, e assim o fazemos porque o STJ tem a obrigação de exarar decisões exemplares que valham para todo o território nacional; isso é profilático, é ético e, por isso, analisamos aspecto fático, muito embora, tecnicamente, seja uma posição anômala deste Tribunal, pois, se não podemos em recurso especial apreciar matéria fática, *a fortiori* não se pode apreciar matéria de fato nos embargos de divergência.

Não obstante o Tribunal é de precedentes, e me curvo à função uniformizadora, mas ressalvo meu ponto de vista, pois sempre tive dificuldade em fazer a distinção entre análise de fato e qualificação jurídica do fato. No meu modo de ver, se, por exemplo, a lei estabelece que um fato só pode ser comprovado por prova pericial e o juiz analisa a prova à luz eminentemente das testemunhas, há uma violação da lei quanto à qualificação jurídica do fato. Entretanto, saber

quanto vale uma terra e saber se a perícia foi correta ou incorreta, é análise de fato, que esbarra na Súmula n. 7, não fosse a denúncia levantada pelo Ministério Público, sempre invocada e, lamentavelmente, nunca comprovada. Nossa dificuldade está em que sempre estamos ouvindo falar sobre o assunto, mas nunca temos dados concretos, o que seria interessante porque, ou, de uma vez por todas, assumiríamos todos os processos da Serra do Mar, que vêm de São Paulo, ou, então, não conheceríamos a semelhança do que fazemos com os demais. O grande problema é que, por exemplo, numa desapropriação, não conhecemos porque é matéria de fato, e, noutra, conhecemos. O Tribunal de precedentes é servil exatamente porque o precedente é uma forma de consagrar o princípio da igualdade: "para causas iguais, soluções iguais".

Acompanho o voto da Srª. Ministra-Relatora, com esta ressalva.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, algumas observações foram feitas e precisam ser bastante destacadas para que possamos colocar bem a nossa posição.

Em primeiro lugar, não obstante nessa amizade imanente e notória, quero dizer que assisti hoje ao voto mais perfeito, absolutamente brilhante, sobre essa questão da Serra do Mar, até hoje, exarado pela eminente Ministra Eliana Calmon, por tocar em todos os pontos controvertidos, pela sua juricidade e pela ética que o envolve. Na verdade, a preocupação ética que se tem demonstrado em relação a esses processos é geral, porque faz parte da índole não só de Ministros isolados, mas de todos os que compõem o Superior Tribunal de Justiça. A ética com que atuamos, não é qualidade, é dever de ofício.

Evidentemente, o Sr. Ministro Franciulli Netto tem mais conhecimento de causa porque todos os feitos provêm do Tribunal de Justiça de São Paulo, que é a sua terra natal; eu, particularmente, não conhecia essa problemática. Curvo-me à constatação da experiência não só do Sr. Ministro Franciulli Netto, mas também à do ilustre Representante do Ministério Público. Nessas hipóteses, ainda que não comprovadas, incide a máxima *in dubio pro societate*, e essa tem sido a orientação da Primeira Turma, tanto que foi citado o acórdão do Sr. Ministro José Delgado, que tem sido severamente vigilante naquela Turma quanto a esse tema. A divergência lavrada decorre de uma afirmação feita de que o Supremo Tribunal Federal não indeniza matas de preservação permanente, porque é oriunda de uma legislação.

Modernamente, em 2003, o Supremo Tribunal Federal tem assentado, em primeiro lugar, a indenizabilidade dessas matas de preservação permanente,

como ressaltou a Srª. Ministra Eliana Calmon, desde que particularmente se comprove que são exploráveis totalmente ou parcialmente; em segundo lugar, a genialidade do Sr. Ministro Marco Aurélio, permitiu-o pinçar um argumento extremamente procedente, no sentido de que, às vezes, a lei também causa prejuízo. Se a parte adquire uma propriedade e, posteriormente, surge uma lei que cria limitações a essa propriedade, há também no campo do Direito, citado por vários catedráticos — e Deus me deu a sorte de também ser um catedrático submetido a todos os concursos regidos pela leis da República — de que há responsabilidade civil pelos atos legislativos desde que esses tenham efeito concreto.

Ora, se surge um código florestal que cria uma limitação numa área que surpreende o cidadão, evidentemente que ele tem direito a essa indenização, como V. Exª. estabeleceu no seu voto, submetendo essa indenização a uma aferição fático-probatória por meio de uma perícia.

A minha ressalva e a minha irresignação evidentemente é a de que nenhum de nós vai se esconder atrás da Súmula n. 7, porque o ideal seria revogá-la, tantas são as exceções práticas. Isto porque, em um caso de desapropriação, não atendemos à aflição do jurisdicionado que reclama por uma justa indenização, sob a alegação de que a sua pretensão esbarra na Súmula n. 7 e, no outro caso, atendemos.

Ora, o precedente judiciário, repito, é servil à consagração do princípio da isonomia, e na hora em que transpomos a Súmula n. 7, num caso, e esbarramos nela em outro, estamos, evidentemente violando-a. Foi essa a conotação que quis dar, muito embora repise que, hoje, assisti ao proferimento do voto mais perfeito sobre essa questão da Serra do Mar, que me esclareceu absolutamente todos os pontos de vista.

Com essas ressalvas anotadas pelas notas taquigráficas, quero prazerosamente, elogiosamente e orgulhosamente acompanhar o voto da Srª. Ministra Eliana Calmon, conhecendo dos embargos de divergência e dando-lhes parcial provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de embargos de divergência interpostos pela Fazenda do Estado de São Paulo em face de *decisum* que apreciou agravo regimental em recurso especial, oriundo da Primeira Turma, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, assim ementado:

> "Processual Civil. Agravo regimental. Parque da Serra do Mar. Direito à indenização.

> "A circunstância de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto, os adquirentes se sub-rogaram, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações (vinculados ao imóvel)." (REsp n. 82.177/Demócrito)
>
> Agravo Regimental improvido."

Em sua manifestação, a Ministra Eliana Calmon, relatora do presente recurso, entendeu que:

> "A divergência que se verifica resume-se na posição do Relator, de que toda mata nativa é indenizada, sem submetê-la ao crivo do exame da viabilidade econômica. E isso porque, nos demais pontos, inclusive quanto ao fato de ter-se dado a aquisição do imóvel após o decreto que criou o parque de preservação, não há nenhum dissenso." (Grifei)
>
> Assim sendo, conheço dos embargos de divergência para dar-lhes parcial provimento, a fim de que prevaleça tese do acórdão paradigma.
>
> Prosseguindo-se, tem-se como necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que, dentro do entendimento desta Corte, seja produzida a prova técnica para a demonstração inequívoca quanto à possibilidade de haver ou não exploração econômica da cobertura florestal, aspecto não enfrentado pelo Tribunal."

Solicitei vista para melhor apreciação da matéria e, após atento exame dos autos, cheguei a conclusão em sentido diverso daquele manifestado pela eminente relatora no tocante à questão da aquisição do imóvel ter ocorrido após a edição dos Decretos Paulistas ns. 10.251/1977 e 19.448/1982.

Entendo que, nesse ponto, o dissenso restou caracterizado. O aresto embargado, proferido em agravo regimental, deu provimento ao recurso especial para reformar o acórdão do Tribunal de origem que decidira pela improcedência do pedido de indenização, ao entendimento de que "a circunstância de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto, os adquirentes se sub-rogaram, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações (vinculadas ao imóvel)." (Fl. 1.235)

Por sua vez, os paradigmas constantes dos EDcl no REsp n. 161.545-SP, Relator Ministro Francisco Peçanha, DJ 18.02.2002 (fls. 1.293/1.302) e do REsp n. 196.456-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 11.03.2002 (fls. 1.304/1.323), decidem em sentido diverso, afastando a possibilidade de indenização quando a aquisição do imóvel se dá após a vigência da legislação que estabelece o

condicionamento do uso da propriedade, no caso a constituição do parque da Serra do Mar, *verbis*:

> "Constatada a inexistência de apossamento administrativo ou de qualquer prejuízo dos autores e que os mesmos adquiriram o imóvel após a edição da Lei n. 4.771, de 1965 (Código Florestal), não se configura proibição, mas condicionamento do uso da propriedade e, consequentemente, há que ser reconhecida a ausência de interesse dos autores para a propositura da ação de indenização por desapropriação indireta.
>
> Embargos conhecidos e providos, dando-lhes efeitos modificativos." (EDcl no REsp n. 161.545)
>
> "Antes mesmo da edição do Decreto n. 10.251/1977 e da tomada de posse pelo expropriado da gleba, já estava em vigor o Código Florestal, Lei n. 4.771/1965, bem como os Decretos ns. 50.813/1961 e 24.643/1934, que impunham restrições àquela área e que, certamente, influenciaram na valorização do imóvel.
>
> A indenização é a pedra angular da desapropriação e se destina a promover o equilíbrio entre a situação anterior e posterior do expropriado e não a atender às expectativas da especulação imobiliária." (REsp n. 196.456-SP)

Assim, considero ultrapassado o conhecimento quanto a esse aspecto, e nesse ponto, verifico que esta Corte firmou o entendimento de que as limitações administrativas, quando demonstrada a existência de efetivo prejuízo diante da vedação do uso, gozo e fruição da propriedade particular, constituem verdadeira desapropriação indireta, razão pela qual se impõe a indenização.

Contudo, nos presentes autos, não há falar em prejuízo, pois, quando da realização do negócio jurídico relativo à compra e venda do imóvel, já incidiam sobre ele as restrições impostas pelas mencionadas leis estaduais. Essa questão está bem delineada no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, exarado em embargos infringentes (fls. 825/826) nos seguintes termos:

> "Demais, essas limitações trazidas não inutilizaram o direito de propriedade, tanto que o proprietário do imóvel, ao tempo em que trazidas, conseguiu vendê-lo ao autor embargante. Não se nega que elas trouxeram desvalorização, mas essa foi sofrida pelo anterior proprietário, que transmitiu o domínio como o tinha, e ciente o comprador das limitações (art. 1.122 e *caput* do art. 1.101, ambos do Código Civil). Isso fica mais claro se se verificar que o preço que o autor-embargante pagou pelo imóvel, corrigido para a época da avaliação (dezembro de 1995), foi de R$ 24.301,86 (vinte

> e quatro mil, trezentos e um reais e oitenta e seis centavos) enquanto que, segundo essa mesma avaliação, sem as restrições, valeria R$ 2.291.300,00 (dois milhões, duzentos e noventa e um mil e trezentos reais), ou R$ 439.663,00 (quatrocentos e trinta e nove mil, seiscentos e sessenta e três reais).” (Fl. 826)

Ora, se, quando da aquisição do imóvel pelo recorrido, já incidiam sobre ele, conforme se infere do delineamento fático do acórdão, as restrições administrativas, forçoso é concluir que, na fixação do preço do negócio, tal gravame restou considerado.

Assim, não se pode, por meio do remédio jurídico da ação desapropriatória, ressarcir prejuízo que o embargado, à toda evidência, não sofreu, visto que adquiriu sabidamente um imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas pelas mencionadas leis estaduais.

Menciono, nessa linha de entendimento, o AgRg no Ag n. 404.715-SP, Segunda Turma, de minha relatoria, decisão unânime, DJ 03.11.2004, assim ementado:

> “Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial. Arts. 165, 458 e 535 do CPC. Ausência de violação. Desapropriação indireta. Restrições administrativas. Leis ns. 898/1975 e 1.172/1976. Parque represa *billings*. Inexistência de direito à indenização.
>
> 1. Afasta-se a negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão recorrido examinou e decidiu fundamentadamente os pontos suscitados pela parte recorrente.
>
> 2. Se, quando da realização do negócio jurídico relativo à compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes das Leis n. 898/1975 e 1.172/1976, editadas pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame.
>
> 3. Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido, sabidamente, imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas por leis estaduais.
>
> 4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e negar provimento ao recurso especial.”

Em face do exposto e pedindo vênia à relatora, acolho os embargos de divergência para fazer valer a tese dos paradigmas que consideram a impossibilidade da propositura da ação indenizatória em casos como os dos presentes autos.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em demanda visando à indenização por desapropriação indireta, deu provimento aos embargos infringentes da Fazenda Estadual, julgando improcedente o pedido, decidindo que a) "não se consegue ver, da simples promulgação e publicação de decretos, um ato de apossamento administrativo, ainda mais quando as limitações neles contidas não discrepam das do Código Florestal"; b) além disso, "essas limitações trazidas não inutilizaram o direito de propriedade, tanto que o proprietário do imóvel (...) conseguiu vendê-lo ao autor embargante"; c) a desvalorização ocorrida "foi sofrida pelo anterior proprietário, que transmitiu o domínio como o tinha, e ciente o comprador das limitações (art. 1.122 e *caput* do art. 1.101, ambos do Código Civil)", o que resta evidenciado pela comparação entre o valor pago pelo adquirente, corrigido até a época da avaliação (cerca de R$ 24.000,00 — vinte e quatro mil reais) e o valor aí estimado do imóvel sem as restrições (cerca de R$ 2.300.000,00 — dois milhões e trezentos mil reais ou de R$ 440.000,00 — quatrocentos e quarenta mil reais, conforme o critério adotado). (Fls. 825/826)

A Primeira Turma do STJ, em agravo regimental, confirmou a decisão que deu provimento ao recurso especial de fls. 861/932, considerando que "a circunstância de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto os adquirentes se sub-rogaram, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações (vinculados ao imóvel)" (fl. 1.235). Na apreciação dos embargos de declaração, esclareceu a Primeira Turma que "no ressarcimento por desapropriação, a floresta de preservação permanente que recobre o terreno deve ser indenizada pelo valor econômico que sua exploração poderia gerar, não fosse a vedação administrativa que a impede". (Fls. 1.236/1.239)

Nos embargos de divergência (fls. 1.276/1.291), o embargante aponta dissídio entre a orientação aí adotada e a a) consolidada nas Súmulas ns. 7 e 126 do STJ, aplicáveis ao caso; b) esposada em julgados em que se decidiu não haver prejuízo a indenizar aos adquirentes de imóveis já afetados pelas restrições administrativas do Código Florestal, restrições essas que, certamente, influenciaram a

valorização da área; c) aquela expressa em julgados em que se decidiu pela não-indenizabilidade das áreas de preservação permanente.

A relatora, Ministra Eliana Calmon, deu parcial provimento aos embargos, determinando o "retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que, dentro do entendimento desta Corte, seja produzida a prova técnica para a demonstração inequívoca quanto à possibilidade de haver ou não exploração econômica da cobertura florestal, aspecto não enfrentado pelo Tribunal", por considerar que a) segundo construção jurisprudencial, a indenização deve corresponder apenas à cobertura vegetal, já que não houve apossamento, mas limitação administrativa, estando condicionado seu deferimento, ainda, à efetiva possibilidade de exploração econômica, a ser aferida caso a caso; b) somente no caso de ficar comprovada a inutilização total da propriedade é que deve ser reconhecido o direito à indenização por inteiro.

O Ministro João Otávio de Noronha divergiu, "para fazer valer a tese dos paradigmas que consideram a impossibilidade da propositura da ação indenizatória em casos como os dos presentes autos", registrando, em voto-vista, que a) está caracterizado o dissenso quanto ao tema dos efeitos da circunstância de a aquisição do imóvel pelo autor haver sido posterior às restrições; b) não se pode falar, no caso, em prejuízo, pois, quando da compra do imóvel, já incidiam sobre ele as limitações, as quais foram consideradas na fixação do preço, e das quais tinham ciência o ora embargado. Pedi vista.

2. O entendimento adotado pelo acórdão paradigma (REsp n. 196.456-SP) tem respaldo em precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte, a saber:

> "Processual Civil. Parque Ecológico da Serra do Mar. Aquisição posterior à criação do Parque. Indenização mitigada.
>
> Tendo o recorrente adquirido o imóvel após a criação do Parque Ecológico, conhecendo as limitações a ele impostas, vê-se mitigado o direito indenizatório do proprietário.
>
> Recurso especial não conhecido." (REsp n. 258.709-SP, Primeira Turma, Ministro Falcão, DJ 24.02.2003)
>
> "Administrativo e Processual Civil. Desapropriação indireta. Restrições administrativas. Decreto n. 10.251/1977. Parque Estadual da Serra do Mar. Ausência de prejuízos. Inexistência de direito à indenização.
>
> 1. Não se pode, por meio da ação desapropriatória, ressarcir prejuízo que o recorrente, a toda evidência, não sofreu, visto que adquiriu

sabidamente um imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido." (REsp n. 407.186-SP, Segunda Turma, Ministro João Otávio Noronha, DJ 18.08.2006)

Ora, no caso, ficou reconhecido no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça o seguinte:

"Pesem, embora, o brilho dos doutos votos dos Desembargadores Lineu Peinado e Guerrieri Rezende, a razão está, com a devida vênia da preciosa lição dos inumeráveis julgados trazidos aos autos pelo autor-embargante, com o douto voto vencido do eminente Desembargador Pires de Araújo: é que não se consegue ver, da simples promulgação e publicação dos decretos, um ato de apossamento administrativo, ainda mais quando as limitações neles contidas não discrepam das do Código Florestal.

Demais, essas limitações trazidas não inutilizaram o direito de propriedade, tanto que o proprietário do imóvel, ao tempo em que trazidas, conseguiu vendê-lo ao autor embargante. Não se nega que elas trouxeram desvalorização, mas essa foi sofrida pelo anterior proprietário, que transmitiu o domínio como o tinha, e ciente o comprador das limitações (art. 1.122 e *caput* do art. 1.101, ambos do Código Civil). Isso fica mais claro se se verificar que o preço que o autor-embargante pagou pelo imóvel, corrigido para a época da avaliação (dezembro de 1995), foi de R$ 24.301,86 (vinte e quatro mil trezentos e um reais e oitenta e seis centavos), enquanto que, segundo essa mesma avaliação, sem as restrições, valeria R$ 2.291.300,00 (dois milhões, duzentos e noventa e um mil e trezentos reais), ou R$ 439.663,00 (quatrocentos e trinta e nove mil, seiscentos e sessenta e três reais)." (Fls. 825/826)

Subjaz a essa orientação o entendimento de que o princípio constitucional da justa indenização visa a proteger o direito de propriedade, mas não a fomentar enriquecimento indevido, à base de pura especulação imobiliária. Assim a pretensão indenizatória, nos moldes como aqui deduzida (a demandante adquiriu o imóvel por preço equivalente a R$ 24.301,86 e pretende indenização de R$ 2.291.300,00) representa, não o exercício de um direito, mas uma invocação abusiva do direito.

3. Também está assentado em precedentes do STJ sobre casos análogos o entendimento de que "o ato administrativo que criou o Parque Estadual da Serra do Mar não impôs aos proprietários outras restrições que não aquelas

decorrentes da legislação constitucional e infraconstitucional, sendo certo que essas limitações administrativas, de caráter geral, não constituem direito que ampare qualquer indenização" (REsp n. 468.405-SP, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 19.12.2003). No mesmo sentido: REsp n. 628.698, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ 13.03.2006)

Subjaz a essa orientação o entendimento de que não há nexo de causalidade, essencial à configuração do direito à indenização pretendida, entre a ação do Estado de São Paulo (de editar o Decreto n. 10.251/1977) e a conseqüência danosa invocada na demanda, consistente, em última análise, nas severas restrições ao direito de propriedade.

4. Há, ademais, outro fundamento que conduz às mesmas conclusões do acórdão paradigma. Conforme se sabe, o Estado de São Paulo, que inicialmente manifestara a intenção promover uma desapropriação das terras para implantar o Parque da Serra do Mar (tanto que o Decreto n. 10.251/1977, declarou toda a área de utilidade pública com essa finalidade), acabou não concretizando tal intento (houve demandas desapropriatórias apenas em relação a parcelas da área originalmente prevista). Mais ainda: o Estado deixou transcorrer o prazo própria para promover a desapropriação e manifestou expressamente que não mais pretende desapropriar. Ora, se o Estado não desapropriou e nem quer desapropriar, não há como reconhecer ao particular o direito a ser desapropriado compulsoriamente. Excepciona-se somente a situação da chamada "desapropriação indireta", hipótese que, uma vez configurada, impõe ao Poder Público a obrigação de indenizar a propriedade, cuja titularidade, por esse mecanismo judicial, se transfere compulsoriamente ao domínio do Estado.

Essa "aquisição compulsória", bem se percebe, somente pode ser justificada em situações excepcionais. Conforme assentado em doutrina e jurisprudência, o direito a indenização com fundamento em "desapropriação indireta" (aqui invocado como causa de pedir), somente se justifica quando fatos consumados e irreversíveis tornem inevitável a substituição da prestação específica (de restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (de indenizá-la em dinheiro), com a conseqüente transferência compulsória do domínio ao Estado, situação essa só configurada quando presentes cumulativamente as seguintes circunstâncias: a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; b) a sua destinação (afetação) à utilização pública; e c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.

No caso, está afastada essa situação, porque, reconhecidamente, a) a mera edição do Decreto n. 10.251/1977 não configurou tomada de posse, a qual

pressupõe necessariamente a prática de atos materiais; b) no plano jurídico-normativo, muito pouco foi inovado, com a edição do Decreto, em relação ao direito de propriedade da autora, cujo conteúdo era delimitado por normas constitucionais (arts. 5º, XXII e XXIII, 170 e 225) e pela legislação ordinária federal (Código Florestal, Lei de Parcelamento do Solo), tendo o citado Decreto apenas declarado de utilidade pública as áreas particulares compreendidas nos limites do Parque nele aludido, tornando-as passíveis de ulterior processo expropriatório — o qual, no entanto, no que se refere às terras da autora, jamais veio a se concretizar. Assim, não se configurou na hipótese a excepcional situação que faça nascer, em favor do proprietário, o direito de transferir a sua propriedade ao Estado, mediante justa indenização.

Essa orientação foi adotada em casos análogos, como, v.g., no REsp n. 442.774, Primeira Turma, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 20.06.2005 e REsp n. 257.970, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ 13.03.2006. A propósito, no julgamento do REsp n. 468.405-SP (Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 19.12.2003), tratando de caso semelhante, sustentei, em meu voto, o seguinte:

> "2. A questão primeira a ser enfrentada, prejudicial a todas as demais, é a de definir o direito da autora — e, portanto, o dever do Estado de São Paulo — de que a área seja objeto de desapropriação indireta, isto é, que a propriedade da área seja transferida do particular para o poder público, com as conseqüências daí decorrentes, inclusive no que se refere à integral indenização. A questão tem, no caso, importância ainda maior porque o Estado, que inicialmente manifestara a intenção de desapropriar (tanto que o Decreto n. 10.251/1977, declarou a área de utilidade pública para essa finalidade), acabou não concretizando tal intento, e, mais que isso, declarou, expressamente, que "não desapropriou e nem pretende desapropriar as terras dos autores" (art. 87). Como e por que, nessas circunstâncias, teria a empresa autora o direito de ver seu imóvel desapropriado e, portanto, de obrigar o Estado a desapropriar? Esta a questão primeira e central.
>
> Para respondê-la, é indispensável, antes de mais nada, ter presente a razão de ser e a natureza desse instituto que se costuma denominar de "desapropriação indireta". Em estudo doutrinário sobre a tutela da posse na Constituição e no atual Código Civil (em A Reconstrução do Direito Privado, organizadora Judith Martins-Costa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 843/861), tivemos oportunidade de tecer, entre outras, as seguintes considerações a respeito:

"É sabido que o instituto da propriedade, fruto de construção jurídica de muitos séculos, que teve seu caráter de inviolabilidade absoluta associado à influência de idéias fundadas no individualismo, recebeu, mais modernamente, uma configuração relativizadora, inspirada sobretudo pelo princípio da 'função social da propriedade', do qual decorre um conjunto de limitações ao exercício daquele direito. (...) Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidos a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. (...) Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real e não no campo puramente jurídico. (...) Direito de propriedade e função social das propriedades são, com efeito, valores encartados na Constituição como direitos fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII) e como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), com força normativa de mesmo quilate e hierarquia. Vistos em sua configuração abstrata, representam mandamentos sem qualquer antinomia, a merecer, ambos, idêntica e plena observância. Entretanto, não há princípios constitucionais absolutos. E uma das manifestações mais comuns desta verdade fica patenteada nas situações em que, por circunstâncias do caso concreto, mostra-se impossível dar atendimento pleno a normas de mesma hierarquia. (...) Ora, nos casos em que, circunstancialmente, a realidade dos fatos acarreta fenômenos de colisão entre princípios da mesma hierarquia, outra alternativa não existe senão a de criar solução que resulte em concordância prática entre eles, o que somente será possível a partir de uma visão relativizadora dos princípios colidentes. Ou seja: a solução do caso concreto importará, de alguma forma e em alguma medida, limitação de um ou de ambos em prol de um resultado específico. (...) Assim também pode ocorrer, eventualmente, entre direito de propriedade e função social da propriedade. (...) Para situações concretas desta natureza, o legislador, como se verá, tem buscado soluções harmonizadoras, formulando regras de superação do impasse, que, sem eliminar do mundo jurídico nenhum dos princípios colidentes, faz prevalecer aquele que, segundo critério de política legislativa, se evidencia preponderante em face do momento histórico e dos valores jurídicos e sociais envolvidos. (...) A

chamada desapropriação indireta constitui, conforme se demonstrará, fórmula tipicamente pretoriana de resolver o fenômeno concreto de colisão entre o princípio garantidor do direito de propriedade e o que impõe às propriedades uma destinação compatível com a função social".

Entre as fórmulas encontradas pelos legislador para dirimir situações de tensão concreta entre o direito de propriedade e a função social das propriedades, ambos de estatura constitucional, estão os institutos da usucapião, já sedimentado em nosso direito, mas que tem recebido da Lei e da Constituição formatos atualizados, e o do novel instituto, traçado no art. 1.228, § 4º, do novo Código Civil, denominado "desapropriação judicial", que, todavia, tem mais semelhanças com uma espécie de usucapião onerosa. Observamos, entretanto, no referido estudo, também o seguinte:

"Colisões semelhantes, todavia, podem ocorrer em circunstâncias novas, para as quais não se terá em mãos a fórmula previamente estabelecida em lei para solucionar o impasse. Diante da omissão legal, cabe ao juiz criá-la. (...) Terá como parâmetro a analogia — que lhe permite adotar para o caso solução dada pelo legislador a caso semelhante — e os princípios gerais do direito, estes aplicados, com a devida ponderação, à luz das circunstâncias e dos valores colidentes em concreto.

É o que tem acontecido nos casos de desapropriação indireta. Conceitua-se como tal a ocupação, pela Administração, de propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público. O ato inicial constitui, no entendimento maciço da doutrina e da jurisprudência, típico esbulho possessório. Ocorre que, implantada a obra ou o serviço — e, portanto, afetado o bem, a destinação de interesse público — surge o conflito de interesse entre o proprietário (esbulhado) e a Administração. A solução dada pelo Judiciário é a de converter a prestação específica (de restituir o bem) em prestação alternativa, de pagar o equivalente em dinheiro, um 'justo preço'. Daí a denominação de desapropriação indireta.

Quem examina essa solução pretoriana à luz, exclusivamente, do direito de propriedade, chega à conclusão de sua manifesta inconstitucionalidade. Isso porque, dizem os arautos dessa tese, a Constituição teve 'um propósito radical, que foi o de acobertar a propriedade particular contra as arremetidas do poder político. Para tanto, desenhou

> com milimétrica precisão o seu perfil jurídico e, de parelha, indicou de modo exauriente as possibilidades tanto para seu despojamento definitivo quanto provisório', e nesse sentido qualificou a propriedade como 'direito subjetivo inviolável', (...) bem jurídico equiparável à vida, à liberdade e à segurança, que são os valores da mais alta hierarquia, no sistema constitucional pátrio'. (Carlos Ayres de Britto e José Sérgio Monte Alegre, *Desapropriação Indireta — Inconstitucionalidade*, Revista de Direito Público, n. 74, p. 244)
>
> Entretanto, olhada sob o prisma do interesse público e da destinação social do bem, pode-se legitimar constitucionalmente a solução judicial. Não teria sentido algum, com efeito, em nome do direito de propriedade, comprometer a obra pública já realizada e já incorporada a uma destinação comunitária. Aqui, o princípio da função social, tomado no sentido amplo, deve ser privilegiado em face do estrito interesse particular do proprietário. A solução adotada, que se traduz na conversão da prestação específica (restituição do bem) em prestação alternativa de perdas e danos, representa, assim, criação pretoriana de regra para dirimir a colisão, no caso verificada, entre o princípio do direito de propriedade e o da função social das propriedades. Privilegia-se o segundo, mas sem comprometer inteiramente o primeiro, cuja satisfação *in natura* é substituída pela obrigação de indenizar".

Era já a lição de Pontes de Miranda, para quem "o fundamento da desapropriação está em que, havendo conflito entre o interesse público e o interesse privado, que se não previu em lei, se há de atender àquele, dando-se satisfação a esse, indiretamente" (*Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, tomo XIV, p. 146/147)

E é, essencialmente, a mesma solução — conversão da prestação específica (restituir a coisa vindicada) em prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro) — adotada, por exemplo, nas hipóteses de a) "desapropriação judicial" (espécie de usucapião onerosa regulada pelo § 4º do art. 1.228 do novo Código Civil); b) desapropriação nula, prevista no art. 35 da Lei de Desapropriações (Decreto-Lei n. 3.3.65/1941), bem assim no art. 23 do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964) e no art. 21 da Lei Complementar 76/1993; c) edificação ou plantação em terreno alheio, de boa-fé, de construção ou plantação que exceda consideravelmente o valor do terreno (art. 1.255, parágrafo único, do novo Código Civil).

3. Delineada assim a desapropriação indireta, como uma das fórmulas de composição do impasse gerado pela necessidade de dar aplicação

simultânea ao direito de propriedade e à função social das propriedades, cumpre traçar os pressupostos indispensáveis para a sua configuração e aplicação coercitiva. Para que se tenha por caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (de retomada plena da sua propriedade), pela prestação alternativa de prestação em dinheiro, com a conseqüente transferência compulsória do domínio ao Estado (é justamente isso que ocorre na desapropriação indireta), é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.

O apossamento administrativo é conceituado por José dos Santos Carvalho Filho como "o fato administrativo pelo qual o Poder Público assume a posse definitiva de determinado bem" (*Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 691). A exigência de que haja efetiva ocupação, isto é, imissão na posse por parte do Poder Público é traço tão marcante da desapropriação indireta que alguns doutrinadores chegam a designar o instituto simplesmente como "apossamento administrativo" ou "desapossamento administrativo". (Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 425; Lúcia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003)

A afetação é "o fato ou a manifestação de vontade do poder público em virtude do que a coisa fica incorporada ao uso e gozo da comunidade". (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 153)

E, finalmente, o traço mais característico da desapropriação indireta é, sem dúvida, a irreversibilidade, entendida como a impossibilidade de desfazimento da situação de fato criada pela ocupação estatal sem que comprometa bem jurídico ainda mais relevante que a propriedade particular sacrificada. Assim, por exemplo, se o Estado constrói estrada sobre terreno de particular, é de se ter por consumado o fato, já que o retorno ao status quo ante implicaria destruição da obra, com evidente comprometimento do interesse coletivo. Somente a irreversibilidade, aliás, tal como aludida, é que justifica que se tolere essa forma de desapropriação, cujo início é marcado pela prática de verdadeiro esbulho possessório por parte do Estado.

Sendo inviável a reversão à situação anterior, outra alternativa não resta ao Juiz senão esta de converter a prestação específica (da garantia plena das faculdades do domínio, nomeadamente esta da restituição da posse), por prestação alternativa de indenização, com a transferência ao Estado do direito de propriedade do bem de se apropriou. É nesse sentido a doutrina de Mário Roberto Velloso — "(a desapropriação indireta] decorre da inviabilidade de reverter-se uma ocupação praticada pelo Poder Público para fins de utilidade pública ou interesse social" (Desapropriação — Aspectos Civis, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 163) — e de José dos Santos Carvalho Filho — "a desapropriação indireta somente se consuma quando o bem se incorpora definitivamente ao patrimônio público." (Cit., p. 685)

4. Ora, no caso concreto, não se configura situação dessa natureza, já que não está satisfeito qualquer dos requisitos acima aludidos (...). Não há, como se constata, sequer alegação, na petição inicial, de que o Estado tenha praticado qualquer ato atentatório à posse da demandante. Não se pode concordar com a afirmação da sentença de que "o decreto-lei tem caráter de apossamento por si próprio", já que a tomada da posse pressupõe necessariamente a prática de atos materiais. O esbulho supõe fato. Ele não existe no plano meramente normativo.

5. Por outro lado, não há negar que, também no plano jurídico-normativo, muito pouco foi inovado, com a edição do Decreto n. 10.251/1977, em relação ao direito de propriedade da autora. O regime jurídico do direito de propriedade, de sede constitucional, decorre, entre outras, das seguintes disposições:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.
>
> (*Omissis*)
>
> XXII - é garantido o direito de propriedade;
>
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
>
> (*omissis*)
>
> (...)
>
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(*omissis*)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

(*omissis*)

VI - defesa do meio ambiente;

(*omissis*)

(...)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(*omissis*)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(*Omissis*)

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

(*Omissis*)

Assegura a Constituição, portanto, apenas a instituição da propriedade, orientada por determinados princípios, entre os quais sobressai o da sua função social, cabendo à lei regular o exercício e definir o conteúdo e os limites desse direito.

Afirma Hely Lopes Meirelles que "o Estado, no uso de sua soberania interna, pode intervir na propriedade privada e nas atividades particulares por várias

formas, a saber: pelas limitações administrativas gerais, e pelos meios específicos de intervenção na propriedade particular, consistentes na desapropriação, na servidão administrativa, na requisição e na ocupação temporária". Conceitua a limitação administrativa como "toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social", para concluir que "a limitação administrativa difere tanto da servidão administrativa como da desapropriação. A limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não obriga o Poder Público a qualquer indenização. (*Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 605/612)

Especificamente no que se refere às áreas consideradas de especial relevância do ponto de vista da proteção do meio ambiente, instituiu o Código Florestal (Lei n. 4.771/1965) uma série de limitações ao direito de propriedade, entre as quais se destacam as constantes dos seguintes dispositivos:

> Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.
>
> § 1º As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas e demais formas de vegetação são consideradas uso nocivo da propriedade, aplicando-se, para o caso, o procedimento sumário previsto no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil.
>
> (*Omissis*)
>
> (...)
>
> Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
>
> a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:
>
> (*omissis*)
>
> b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
>
> c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinqüenta) metros de largura;
>
> d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

(*Omissis*)

(...)

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

a) a atenuar a erosão das terras;

b) a fixar as dunas;

c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

(*Omissis*)

(...)

Art. 14. Além dos preceitos gerais a que está sujeita a utilização das florestas, o Poder Público Federal ou Estadual poderá:

a) prescrever outras normas que atendam às peculiaridades locais;

b) proibir ou limitar o corte das espécies vegetais consideradas em via de extinção, delimitando as áreas compreendidas no ato, fazendo depender, nessas áreas, de licença prévia o corte de outras espécies;

c) ampliar o registro de pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem à extração, indústria e comércio de produtos ou subprodutos florestais.

Manoel Queiroz Pereira Calças, em artigo publicado na Revista de Direito Ambiental n. 6 (Desapropriação Indireta e o Parque Estadual da Serra do Mar), após referir tais limitações, conclui que "desde épocas imemoriais, as florestas nativas de nosso país tiveram sua exploração subordinada a limitações administrativas, de caráter geral, que jamais ensejaram a mais remota possibilidade de gerarem direito a indenização em relação ao Estado." (p. 67)

O Decreto Estadual n. 10.251/1977, por sua vez, instituiu o Parque Estadual da Serra do Mar mediante as seguintes disposições:

> Art. 1º Fica criado o Parque Estadual da Serra do Mar, com a finalidade de assegurar integral proteção à flora, à fauna, às belezas naturais, bem como para garantir sua utilização a objetivos educacionais, recreativos e científicos.
>
> (...)
>
> Art. 6º Ficam declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação, por via amigável ou judicial, as terras de domínio particular abrangidas pelo Parque ora criado.
>
> Em 1982, Decreto n. 19.448 alterou a redação do art. 6º, que passou a ser a que segue:
>
> Art. 6º Verificada a existência de terras de domínio particular na área do Parque Estadual da Serra do Mar, será expedido, a cada propriedade, ato declaratório de utilidade pública, para sua oportuna desapropriação após indicação e justificação, em processo regular, pelo Instituto Florestal, órgão da Secretaria da Agricultura e do Abastecimento.
>
> § 1º Ficam incorporadas, desde já, ao acervo do Parque as terras devolutas estaduais por ele abrangidas.
>
> § 2º Não se consideram prejudicados os processos desapropriatórios, quer amigáveis ou judiciais, porventura em andamento, à data da publicação deste Decreto.

Como se vê, o mencionado Decreto Estadual declarou de utilidade pública as áreas particulares compreendidas no Parque por ele criado,

tornando-as passíveis de ulterior processo expropriatório. Todavia, como se sabe, a declaração "não opera a transferência da propriedade ou da posse do bem", produzindo como efeitos "a) a partir de sua divulgação, tem início o prazo decadencial de cinco anos para a declaração de utilidade pública e dois anos para a declaração de interesse social; decorridos tais prazos, o expropriante não mais terá respaldo para promover a expropriação do mesmo bem (...); b) as autoridades administrativas ficam autorizadas a adentrar nos prédios abrangidos na declaração (...); c) as benfeitorias necessárias podem ser realizadas e depois incluídas na indenização (...)". (Odete Medauar, Direito Administrativo Moderno, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 418)

Poucas foram, no entanto, as expropriações intentadas pela Fazenda do Estado para transferir as áreas de propriedade particular para o patrimônio do Estado (Manoel Queiroz Pereira Calças, cit., p. 68; José Carlos de Moraes Salles, A Questão das Desapropriações Indiretas na Serra do Mar, em Decorrência da Instituição de Parque Estadual pelo Decreto n. 10.251, de 30.08.1977, Revista dos Tribunais n. 714, p. 311). Para essas hipóteses — ou seja, quando o Estado, com base em juízo discricionário de conveniência e de oportunidade, decidiu realizar a transferência das terras para o seu domínio, promovendo, para tanto, a competente ação de desapropriação —, não pode haver dúvida sobre ser devida indenização, por força de mandamento constitucional (art. 5º, XXIV). Quanto aos demais casos, porém, é absolutamente inviável pretender, sob alegação de que houve desapropriação indireta, o pagamento de indenização, "pois o Estado de São Paulo não ocupou quaisquer dos imóveis situados na Serra do Mar, sendo evidente que não pode o particular pretender compelir o Estado a efetuar a desapropriação de seu imóvel, sob o argumento de que a simples edição do decreto estadual importou no exaurimento da potencialidade econômica do mesmo. A efetivação da desapropriação é ato próprio da soberania estatal, informado pelos princípios da conveniência e da oportunidade". (Manoel de Queiroz Pereira Calças, cit., p. 68)

A indenização somente poderia ser concedida, segundo o mesmo autor, "se comprovado o efetivo prejuízo decorrente da impossibilidade do proprietário continuar a explorar economicamente a propriedade, anteriormente explorada, em face das restrições derivadas do decreto estadual". (Cit., p. 68)

Na mesma direção já apontava Pontes de Miranda: "se houve a declaração de desapropriação e não se chegou a acordo, nem foi proposta a

ação de desapropriação, ou foi proposta e o Estado incorreu em absolvição da instância, precluindo-se o prazo de cinco anos, cabe pedir o proprietário indenização pelos danos que lhe causou a declaração de desapropriação". (*Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, tomo XIV, p. 247)

No caso em exame, portanto, o Decreto Estadual, aparentemente, não trouxe aos proprietários restrições adicionais àquelas já decorrentes da legislação constitucional e ordinária (Código Florestal — Lei n. 4.771/1965, Lei de Parcelamento do Solo — Lei n. 6.766/1979), as quais, conforme se registrou, consubstanciam limitações administrativas, de caráter geral, e, por isso, não suscetíveis de indenização.

6. Alguns fatos, portanto, são certos. Não houve apossamento das terras pelo Estado, muito menos sua destinação permanente à utilização pública. Tampouco deseja o Poder Público adquirir as áreas, que jamais integraram, fática ou juridicamente, o seu patrimônio. A simples edição do Decreto Estadual não pode ser considerado ato possessório, e, mesmo que o fosse, tratando-se de ato meramente normativo, é certo que não operou, por si só, efeitos irreversíveis. No plano normativo — único onde operou — sua reversibilidade é plenamente aceitável e viável, inclusive, se for o caso, por decisão judicial. Sendo assim, nas circunstâncias, não se pode reconhecer, em favor da proprietária, o direito de se ver desapropriada, ou seja, o direito de obrigar o Estado a adquirir a propriedade, mediante indenização. A plena reversibilidade da situação fática permite-lhe a utilização, se for o caso, dos interditos possessórios, com indubitável possibilidade de obtenção da tutela específica, cumulada, quem sabe, com a indenização pelos danos efetivamente ocorridos por eventual ilegitimidade do ato de criação do Parque. O que não se pode é impor ao Estado a aquisição compulsória das áreas, se ele não a quer, e, sobretudo, se é perfeitamente possível o retorno ao status quo anterior à edição do Decreto. Demonstrada a inocorrência dos pressupostos da desapropriação indireta, por não estar caracterizado qualquer de seus elementos — apossamento do imóvel pelo Poder Público; afetação à utilização pública; irreversibilidade da situação de fato daí decorrente —, impõe-se julgar improcedente o pedido formulado na presente demanda. O que fica ressalvado à autora é o direito de, em ação própria, pleitear do Estado de São Paulo indenização dos prejuízos reais e efetivos que porventura lhe tenha sido causado pela edição do Decreto n. 10.251/1977, nomeadamente os que poderiam ter decorrido de novas ou indevidas limitações à sua propriedade, diversas ou maiores das

que já existiam por força da legislação federal. É adequada, no particular, a síntese de Manoel de Queiroz Pereira Calças: "de se concluir, portanto, que, seja sob a ótica do direito de propriedade, condicionado pela Constituição à função social; seja pelo reconhecimento de que as limitações administrativas impostas pelo Código Florestal (anterior e atual) não geram direito à indenização; seja pelo reconhecimento de que a simples edição do Decreto Estadual n. 10.251/1977, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar, não se concretizou como ato caracterizador de apossamento administrativo (esbulho possessório); inviável o reconhecimento de desapropriação indireta para a concessão da indenização aos proprietários de imóveis situados na área abrangida pelo Parque Estadual da Serra do Mar. A indenização, em tais casos, só poderá ser concedida se o proprietário comprovar que realizava a exploração econômica do imóvel antes da edição do Decreto Estadual n. 10.251/1977 e que em face do aludido decreto sofreu o esvaziamento econômico de sua propriedade." (Cit., p. 70)

5. No caso concreto, portanto, a exemplo do precedente citado, não se configura situação caracterizadora de desapropriação indireta. A inexistência do apossamento está reconhecida pelas instâncias ordinárias e na própria petição inicial, onde se lê:

"A exemplo de sua propriedade (área de 80 alqueires) em que o pedido de desmatamento foi objeto de indeferimento, com chancela do Poder Judiciário, a área mencionada no item 1 desta peça (confira-se Documentos ns. 2 e 6 — memorial descritivo), de 400 alqueires, foi totalmente abrangida pelo Parque Estadual da Serra do Mar, instituído pelo Decreto Estadual n. 10.251/1977, com o que os princípios e as conseqüências são as mesmas: impossibilidade de exploração com dever de indenizar o Estado de São Paulo.

Deveras, ocorre que, com a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, o demandante teve esvaziado o conteúdo econômico inerente ao seu direito de propriedade pois, se é certo que não ocorreu propriamente apossamento administrativo, também é certo que as limitações surgidas com a criação do parque foram tais e tamanhas que não mais pode utilizar o bem, gozando e usufruindo de suas qualidades, na forma de sua expressão econômica. (Fls. 5/6)

(...)

Diante de todo o exposto, pede-se à Vossa Excelência que condene a Fazenda Pública do Estado de São Paulo a pagar ao demandante, em um

> único pagamento, o valor a ser apurado em perícia (...). Após o pagamento da indenização (pois a perda de propriedade somente se deverá dar após o pagamento de indenização, consoante dicção de norma constitucional: '(...) prévia e justa indenização...'), dever-se-á expedir mandado judicial ao Cartório de Registro de Imóveis de Miracatu para transferência da propriedade à parte demandada." (Fl. 19)

Não houve apossamento das terras pelo Estado, muito menos sua destinação permanente à utilização pública. O esbulho supõe fato. Ele não existe no plano meramente normativo. Tampouco deseja o Poder Público adquirir as áreas, que jamais integraram, fática ou juridicamente, o seu patrimônio. Não há, portanto, fundamento jurídico para atender à pretensão da demanda, que busca indenização total do imóvel com a conseqüente e compulsória transferência da sua propriedade.

6. Em síntese, há vários fundamentos que conduzem e impõem a confirmação do entendimento adotado pelo Tribunal recorrido e pelo acórdão paradigma. Convém anotar que que, em embargos de divergência, uma vez comprovado o dissídio, a Seção, ao aplicar o direito à espécie, não está necessariamente vinculada aos estritos limites dos fundamentos jurídicos invocados nos acórdãos em confronto. Nesse sentido é a doutrina (v.g.: Marcelo Pires Torreão, dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Safe, 2004, p. 168/169) e a jurisprudência desta Corte:

> "Nos embargos de divergência, uma vez comprovado o dissídio, cabe à Seção aplicar o direito à espécie, podendo chegar a uma solução diversa da encontrada nos acórdãos em confronto (...)". (EREsp n. 130.605-DF, Segunda Seção, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 23.04.2001)

7. Ante o exposto, acompanhando o voto do Ministro João Otávio de Noronha, dou provimento aos embargos de divergência, para restabelecer o acórdão do Tribunal de Justiça que julgou improcedente o pedido.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira: Discute-se nestes autos a indenização referente ao parque Serra do Mar. O tema já foi analisado neste Tribunal. Não lembro se em acórdão por mim relatado ou de algum dos ilustres colegas. Certo é que vem reconhecendo que a aquisição posterior do imóvel não justifica a alegação de surpresa com o ato praticado pelo Estado que teria causado desvalorização

à propriedade. Por isso mesmo, não há que se cogitar de uma indenização a ser deduzida em ação de desapropriação indireta.

Ademais, o direito de desapropriar após uma declaração de utilidade pública da área é atribuição do Estado, da qual não decorre prejuízo para a situação do particular.

Peço vênia à Srª. Ministra Eliana Calmon para me acostar à manifestação primeira do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, com os subsídios ora trazidos no voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Ante ao exposto, dou provimento aos embargos de divergência.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, meu ponto de vista é conhecido, talvez há mais de dez anos, desde o primeiro momento em que apareceram as questões da Serra do Mar no Superior Tribunal de Justiça. Não tenho mais idade para mudar, porque estou muito convencido do meu posicionamento.

Peço vênia à Srª. Ministra-Relatora para acompanhar a divergência, iniciada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha, dando provimento aos embargos de divergência.

Jurisprudência da Primeira Turma

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 16.871-RJ (2003/0150598-4)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes e de Lojas de Conveniência do Município do Rio de Janeiro — Sindcomb
Advogado: Jayme Soares da Rocha
T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrado: Secretário de Energia Indústria Naval e Petróleo do Estado do Rio de Janeiro — Seinpe
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: Patrícia Ferreira Baptista e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Litispendência não-verificada. Legitimidade ativa e passiva *ad causam*. Constitucionalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000. Instalação de lacre nos tanques de combustível. Responsabilidade exclusiva das distribuidoras. Ilegalidade das multas aplicadas aos postos revendedores. Recurso provido.

1. Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do CPC, ao tratarem da litispendência, dispõem que essa se verifica quando é ajuizada ação idêntica a outra anteriormente proposta, ou seja, com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

2. Esta Corte Superior já pacificou o entendimento no sentido de que "as entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, independentemente de autorização dos filiados, só exigível, se for o caso, na fase de cumprimento da sentença condenatória genérica." (REsp n. 838.353-MT, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 16.11.2006)

3. Nos termos da orientação sedimentada nesta Primeira Turma, o Sr. Secretário de Estado de Energia, Indústria Naval e Petróleo é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda em que se discuta a legalidade de multas aplicadas em virtude da Lei Estadual n. 3.438/2000, conforme se depreende do art. 11 do Decreto n. 27.254/2000. (RMS n. 16.646-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 05.04.2004)

4. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido da constitucionalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000, ao julgar improcedente a ADIn n. 2.334-DF.

5. Entretanto, assiste razão ao recorrente no tocante à ilegalidade da responsabilização dos postos revendedores pela não-instalação dos lacres nos tanques de combustível. Isso porque a Lei Estadual n. 3.438/2000 menciona única e exclusivamente as distribuidoras de combustível, sendo essas responsáveis pela instalação dos lacres, e estando sujeitas a multa, em caso de descumprimento da determinação legal. Dessa forma, não poderia o Decreto Estadual n. 27.254/2000 (alterado pelo Decreto n. 29.043/2001), ao regulamentar a lei em questão, prever aplicação de multa aos postos revendedores. Verifica-se, assim, que na edição do referido decreto não foram observados os limites do poder regulamentar outorgado pelo legislador estadual, visto que fixou uma responsabilidade não-prevista anteriormente na lei. Precedentes.

6. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 22.03.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes e de Lojas de Conveniência do Município do Rio de Janeiro — Sindcomb — contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a segurança pretendida sob a seguinte ementa (fl. 206):

"Mandado de segurança coletivo. Entidade sindical. Legitimidade, desnecessidade de autorização expressa dos filiados. Substituição processual. Art. 5º, XXI, da CF.

Lacre eletrônico em bombas de gasolina. Qualidade do combustível comercializado sob a bandeira de determinada distribuidora. Exigência da Lei Estadual n. 3.438/2000.

Competência concorrente do Estado. Obrigação da distribuidora e do comerciante. Interesse público. Portaria n. 116 da ANP, art. 10, XII.

Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da ordem."

Em suas razões, alega o recorrente que seus filiados foram ilegalmente autuados pela Administração, com a imposição de pena de multa, em virtude da não-instalação do lacre eletrônico nos tanques de combustível. Defende a tempestividade, cabimento e adequação do presente recurso ordinário e da ação mandamental, bem como sustenta a inconstitucionalidade e ilegalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000, que estabelece a obrigação de as distribuidoras de combustíveis instalarem lacres eletrônicos nos tanques de armazenamento de combustível dos postos revendedores do Estado do Rio de Janeiro. Assevera que a responsabilidade pela instalação dos lacres em questão recai sobre as distribuidoras de petróleo, razão pela qual seus afiliados não podem ser autuados com base no referido diploma legal. Afirma que a Lei Estadual n. 3.438/2000 violou o art. 177, § 2º, da Constituição Federal, pois invadiu a competência privativa da União ao instituir regras sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento de combustíveis, já reguladas pela Lei n. 9.847/1999 e pela Portaria n. 116/2000 da Agência Nacional do Petróleo — ANP, também alegadamente infringidas pela referida legislação estadual. Sustenta que também houve violação da Portaria n. 9/1997 do Ministério das Minas e Energia, pois "ao prever que somente as distribuidoras de combustíveis poderão ter acesso à abertura e ao fechamento dos tanques de armazenamento dos postos revendedores, a Lei n. 3.438/2000 acabou por impossibilitar que o transporte de combustíveis fosse feito por qualquer outro transportador que não seja a própria companhia distribuidora. Ou seja, o que a própria legislação federal já havia permitido desde jan./1997 a lei estadual ora inquinada torna na prática impossível de ser realizado" (fl. 227). Aponta violação dos princípios constitucionais da isonomia, da livre concorrência, do direito à propriedade e do art. 22 da Constituição Federal, bem como afirma que a citada lei estadual constitui séria ameaça à segurança dos consumidores.

Requer o provimento do presente recurso, a fim de que seja reformado o *decisum* impugnado, concedendo-se a segurança para determinar à autoridade coatora que se abstenha de cobrar as multas aplicadas aos postos revendedores pela não-instalação do lacre eletrônico.

Intimado, o Estado do Rio de Janeiro apresentou contra-razões às fls. 247/256, sustentando que: a) o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a constitucionalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000, no julgamento da ADIn n. 2.334-9-DF; b) o recorrente não é titular de direito líquido e certo, uma vez que não há prova de que os postos filiados permitiram a instalação do lacre; c) a referida norma estadual não padece de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade; d) o Secretário de Energia, Indústria Naval e Petróleo do Estado do Rio de Janeiro é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do *mandamus*; e) há litispendência entre o presente *writ* e o Mandado de Segurança n. 1.564/2001, anteriormente impetrado pelo recorrente; f) o Sindicato recorrente não possui legitimidade ativa para o ajuizamento da ação mandamental. Pugna, assim, pelo desprovimento do recurso.

O recurso ordinário foi recebido pelo Presidente do Tribunal de origem à fl. 287.

O Ministério Público Federal manifestou-se em parecer assim sumariado (fl. 297):

> "Recurso em mandado de segurança. Ato. Multa. Infração a lei ou regulamento. Ausência de prova pré-constituída.
>
> 1. Recurso em mandado de segurança contra ato do Secretário de Energia Indústria Naval e Petróleo do Estado do Rio de Janeiro — Seinpe que autuou os filiados ao recorrente concedendo o prazo de 10 (dez) dias para que efetuassem o pagamento de multa no valor de 10.000 UFIR, em decorrência da não instalação do lacre eletrônico nos tanques de combustível.
>
> 2. O mandado de segurança somente é cabível quando visar, unicamente, obstar a potencial ou efetiva lesão a direito líquido e certo, fazendo-se necessária a prova pré-constituída, uma vez que esse remédio constitucional possui caráter documental, e no seu âmbito não se admite dilação probatória.
>
> 3. *In casu*, inviável a concessão da segurança, em face da ausência de documentos que comprovem, de plano,o direito do impetrante.
>
> 4. Pelo improvimento do recurso."

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Denise Arruda (Relatora): 1. Inicialmente, cumpre analisar as questões preliminares suscitadas pelo recorrido, referentes à ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*, e à existência de litispendência.

Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do CPC, ao tratarem da litispendência, dispõem que essa se verifica quando é ajuizada ação idêntica a outra anteriormente proposta, ou seja, com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Na hipótese dos autos, observa-se, da leitura do documento juntado às fls. 140/166 (petição inicial do Mandado de Segurança n. 2001.004.01564), que a ação anteriormente ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro possui as mesmas partes e causa de pedir, mas não o mesmo pedido do presente *mandamus*, haja vista que aquela buscava a determinação à autoridade coatora de que não exigisse a instalação do lacre eletrônico nos tanques de armazenamento de combustível dos filiados ao impetrante, e este, por outro lado, pretende impedir a cobrança das multas aplicadas em função da não-instalação do referido lacre. Assim, inexiste a apontada litispendência.

Quanto à legitimidade ativa do ora recorrente, esta Corte Superior já pacificou o entendimento no sentido de que "as entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, independentemente de autorização dos filiados, só exigível, se for o caso, na fase de cumprimento da sentença condenatória genérica. Precedentes: REsp n. 624.340, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 27.09.2004; REsp n. 487.202-RJ, Primeira Turma, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 24.05.2004; REsp n. 637837, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 28.03.2005; AgRg no REsp n. 794019, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ 31.08.2006." (REsp n. 838.353-MT, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 16.11.2006)

Também não assiste razão ao recorrido no tocante à apontada ilegitimidade passiva *ad causam*. Isso porque, nos termos da orientação sedimentada nesta Primeira Turma, o Sr. Secretário de Estado de Energia, Indústria Naval e Petróleo é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda em que se discuta a legalidade de multas aplicadas em virtude da Lei Estadual n. 3.438/2000, conforme se depreende do art. 11 do Decreto n. 27.254/2000.

Corroborando esse entendimento, confiram-se os seguintes precedentes:

> "Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Legitimidade da autoridade coatora. Constitucionalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000-RJ. ADIn n. 2.334. Instalação de lacres eletrônicos nos tanques dos postos revendedores de combustíveis. Responsabilidade exclusiva das distribuidoras.
>
> I - '1. É o Secretário de Estado de Energia Indústria Naval e Petróleo parte legítima passiva para fins de impetração de mandado de segurança

por multas aplicadas em virtude da Lei n. 3.438/2000 conforme se depreende do art. 11, do Decreto n. 27.254/2000. 2. Não pode prevalecer a tese de inconstitucionalidade da Lei n. 3.438/2000. A questão já encontra-se superada pelo Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade da referida lei ao julgar em 24 de abril de 2003 a ADIn n. 2.334-9.' (ROMS n. 16.646-RJ, Relator Ministro José Delgado, DJ 05.04.2004, p. 203)

II - Prevendo a Lei n. 3.438/2000, como obrigação das Distribuidoras de Combustíveis a instalação de lacres eletrônicos, nos tanques dos Postos de Combustíveis, é descabida a aplicação de multas aos Postos pela não instalação dos equipamentos.

III - Recurso ordinário provido." (RMS n. 17.174-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 25.04.2005)

"Recurso ordinário. Mandado de segurança. Legitimidade da autoridade coatora. Constitucionalidade da Lei n. 3.438/2000. ADIn n. 2.334-9/2003. Instalação de lacres eletrônicos nos tanques dos postos revendedores de combustíveis. Responsabilidade exclusiva das distribuidoras. Previsão da Lei Estadual n. 3.438/2000 e Decreto Regulamentador n. 27.254/2000. Inexistência de previsão legal de solidariedade passiva dos postos fornecedores. Imposição ilegal da multa. Existência de direito líquido e certo dos recorrentes. Recurso provido.

1. É o Secretário de Estado de Energia Indústria Naval e Petróleo parte legítima passiva para fins de impetração de mandado de segurança por multas aplicadas em virtude da Lei n. 3.438/2000 conforme se depreende do art. 11, do Decreto n. 27.254/2000.

Omissis.

7. Recurso ordinário provido." (RMS n. 16.646-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 05.04.2004)

Destarte, rejeitadas as questões preliminares, passa-se ao exame do mérito.

2. Saliente-se, de início, que não mais restam dúvidas quanto à constitucionalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000, haja vista que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o assunto, julgando improcedente a ADIn n. 2.334-DF, que impugnava a citada norma, em acórdão assim ementado:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Decretos de caráter regulamentar. Inadmissibilidade. 3. Não configurada a alegada usurpação de competência privativa da União por Lei estadual. 4. Competência concorrente que permite ao Estado regular de forma específica aquilo que a União

houver regulado de forma geral (art. 24, inciso V, da Constituição). 5. Não conhecimento da ação quanto aos Decretos ns. 27.254, de 09.10.2000 e 29.043, de 27.08.2001, e improcedência quanto à Lei do Estado do Rio de Janeiro Lei n. 3.438, de 07.07.2000." (Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 30.05.2003)

Entretanto, assiste razão ao recorrente no tocante à ilegalidade da responsabilização dos postos revendedores pela não-instalação dos lacres nos tanques de combustível.

Com efeito, dispõe a Lei Estadual n. 3.438/2000, em sua redação original:

"O Governador do Estado do Rio de Janeiro, Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Obriga as Distribuidoras de Combustíveis, a colocarem lacres eletrônicos, nos tanques dos postos de Combustíveis, que fazem distribuição.

Art. 2º Fica a distribuidora responsável pela colocação de lacres nos Postos, podendo só a mesma ter acesso à abertura dos tanques.

Art. 3º O não cumprimento desta Lei, sujeitará as infratoras, à multa de 10.000 Unidades Fiscais de Referência — UFIR, para cada caso aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 30 dias a contar de sua publicação.

Art. 5º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

Observa-se, portanto, que a referida norma menciona única e exclusivamente as distribuidoras de combustível, sendo elas responsáveis pela instalação dos lacres, e estando sujeitas a multa, em caso de descumprimento da determinação legal. Dessa forma, não poderia o Decreto Estadual n. 27.254/2000 (alterado pelo Decreto n. 29.043/2001), ao regulamentar a lei em questão, prever aplicação de multa aos postos revendedores.

Verifica-se, assim, que na edição do referido decreto não foram observados os limites do poder regulamentar outorgado pelo legislador estadual, visto que fixou uma responsabilidade não-prevista anteriormente na lei.

Sobre o assunto, citam-se os seguintes julgados deste Superior Tribunal de Justiça:

"Administrativo. Postos de combustíveis. Lacre de segurança. Multa. Lei Estadual n. 3.438/2000 e Decretos ns. 27.254/2000 e 29.043/2001 do Estado do Rio de Janeiro.

1. O STF considerou de plena constitucionalidade a Lei n. 3.438 de 07.06.2000.

2. No plano infraconstitucional, o art. 3º da Lei n. 3.438/2000 prevê a imposição de pena pecuniária exclusivamente às distribuidoras de combustíveis caso não seja cumprida a determinação de instalar o lacre de segurança, instituído para uso obrigatório em todos os postos de venda.

3. O Decreto Estadual n. 29.043/2001, ao alterar o Decreto Estadual n. 27.254/2000, indicando os postos de combustíveis como responsáveis solidários pela instalação dos lacres de segurança, extrapolou seu poder de regulamentação.

4. Recurso ordinário provido." (RMS n. 17.811-RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 20.02.2006)

"Administrativo. Lei Estadual n. 3.438/2000. Constitucionalidade. Instalação de lacres em bombas de combustível. Obrigação das distribuidoras de combustíveis.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIn n. 2.334, declarou a constitucionalidade da Lei n. 3.438/2000.

2. A Lei n. 3.438/2000 prevê a imposição de pena pecuniária exclusivamente às distribuidoras de combustíveis na hipótese de não-cumprimento de instalação do lacre de segurança, instituído para uso obrigatório em todos os postos de venda.

3. Precedentes: RMS n. 17.811, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 20.02.2006; RMS n. 17.547, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 28.11.2005.

Recurso ordinário provido." (RMS n. 16.695-RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJ 18.12.2006)

"Administrativo. Lei Estadual n. 3.438/2000. Constitucionalidade já atestada pelo STF. Colocação de lacres em bombas de combustíveis. Obrigação dirigida legalmente às distribuidoras. Ilegalidade da notificação de aplicação de multa aos revendedores.

I - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIn n. 2.334, declarou a constitucionalidade da Lei n. 3.438/2000, motivo a ensejar o fim de qualquer teorização sobre o tema.

II - Todavia, a despeito da constitucionalidade reconhecida, consoante externei quando do julgamento do RMS n. 17.174-RJ (*in* DJ 25.04.2005), prevendo a Lei n. 3.438/2000 ser obrigação das Distribuidoras de Combustíveis a instalação de lacres eletrônicos, nos tanques dos Postos de Combustíveis, é descabida a aplicação de multas aos revendedores, motivada pelo descumprimento da norma, por não serem eles os sujeitos da obrigação estabelecida.

III - Outros precedentes citados: RMS n. 16.646-RJ, DJ 05.04.2004; RMS n. 16.585, DJ 06.12.2004.

IV - Recurso ordinário provido." (RMS n. 17.547-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 28.11.2005)

"Recurso ordinário. Mandado de segurança. Legitimidade da autoridade coatora. Constitucionalidade da Lei n. 3.438/2000. ADIn n. 2.334-9/2003.Instalação de lacres eletrônicos nos tanques dos postos revendedores de combustíveis. Responsabilidade exclusiva das distribuidoras. Previsão da Lei Estadual n. 3.438/2000 e Decreto Regulamentador n. 27.254/2000. Inexistência de previsão legal de solidariedade passiva dos postos fornecedores. Imposição ilegal da multa. Existência de direito líquido e certo dos recorrentes. Recurso provido.

1. É o Secretário de Estado de Energia Indústria Naval e Petróleo parte legítima passiva para fins de impetração de mandado de segurança por multas aplicadas em virtude da Lei n. 3.438/2000 conforme se depreende do art. 11, do Decreto n. 27.254/2000.

2. Não pode prevalecer a tese de inconstitucionalidade da Lei n. 3.438/2000. A questão já encontra-se superada pelo Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade da referida lei ao julgar em 24 de abril de 2003 a ADIn n. 2.334-9.

3. Determinando a Lei n. 3.438/2000 competir exclusivamente às distribuidoras 'todas as providências necessárias à instalação dos lacres eletrônicos...' cabendo-lhes '(...) a responsabilidade pela fiscalização e controle da sua adequada utilização, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 3º da Lei n. 3.438 de 7 de julho de 2000, não pode, ao argumento da existência de responsabilidade solidária dos postos revendedores, proceder a autuação destes com aplicação de multa. A solidariedade é a passiva e depende de expressa determinação de lei. Portanto, não pode prevalecer o disposto no Decreto n. 29.043/2001 que acrescentou o art. 10A ao Decreto n. 27.254/2000, posto que extrapolou da lei a que visava regulamentar.

4. O Código de Defesa do Consumidor prevê solidariedade quanto à qualidade do produto e no caso da ocorrência de dano ao consumidor e não quanto à obrigação de fazer ou armazenar produto imposto por lei, especificamente a determinado partícipe da cadeia de fabricação e comercialização.

5. No que pese a real necessidade de se garantir maior proteção ao consumidor, é evidente que a Lei Estadual n. 3.438/2000 seja por que motivo for, ao dispor sobre o uso do lacre eletrônico nos tanques de armazenamento de combustível, deixou à margem de qualquer responsabilização os postos revendedores, motivo porque se revela estéril o argumento de ser legal a autuação dos ora recorrentes pela não instalação do lacre eletrônico.

6. Configuração de violação de direito líquido e certo dos recorrentes pela imposição de multa por solidariedade legalmente não prevista.

7. Recurso ordinário provido." (RMS n. 16.646-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 05.04.2004)

Destarte, considerando-se as razões acima expostas, bem como a jurisprudência firmada nesta Corte sobre o tema, deve ser dado provimento ao presente recurso ordinário para conceder a segurança pleiteada, anulando-se os autos de infração expedidos em desfavor dos filiados ao impetrante, haja vista sua manifesta ilegalidade.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 17.644-DF (2003/0232563-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: João Gomes Valente

Advogado: Erick José Travassos Vidigal

T. origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Impetrado: Juízo de Direito da Vara da Infancia e da Juventude de Brasília-DF,

Administrador Regional de Brasília

Impetrado: Diretor Geral do Departamento de Trânsito do Distrito Federal

Recorrido: União

EMENTA

Administrativo. Processo Civil. Mandado de segurança. Ato Juiz de Direito do TJDFT. Competência. Permissão de uso. Revogação. Súmula n. 473-STF. Desnecessidade de contraditório. "Termo de contrato" que autoriza sua rescisão se ausente finalidade.

1. Nos termos do art. 8º, III, **c**, da Lei n. 8.185, de 1991 (que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios), compete ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios processar e julgar mandado de segurança contra ato praticado por Juiz de Direito do Distrito Federal.

2. A permissão de uso é instituto de caráter precário que pode ser revogado a qualquer tempo pela Administração Pública, desde que não mais se demonstre conveniente e oportuna. Aplicação da Súmula n. 473-STF.

3. No caso, ademais, a permissão deixou de ter a destinação para a qual fora concedida, fato por si só autorizador da sua revogação, segundo previsto no contrato.

4. Recurso ordinário 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, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 12.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança impetrado por João Gomes Valente, apontando como autoridades coatoras o Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, o Administrador Regional de Brasília e o Diretor-Geral do

Detran-DF, visando à anulação de procedimento administrativo no qual foi formalizada a extinção da autorização de uso de bem público, cujo objeto consistia na licença para que o impetrante utilizasse terreno do Juizado da Infância e da Juventude para o funcionamento de oficina mecânica, mediante a contraprestação de "proporcionar iniciação profissional aos internos do Caje, bem como prestar serviços de manutenção e conservação das viaturas daquele juizado" (fl. 3). Além disso, o mandado de segurança objetivou a declaração de nulidade de atos de fiscalização praticados juntamente à oficina mecânica em questão, consubstanciados na lavratura de autos de infração e na apreensão de veículos.

A liminar foi parcialmente concedida (acórdão de fls. 267/272) para que os veículos apreendidos pelo Detran, que se encontravam na oficina durante a fiscalização, fossem restituídos ao impetrante.

Decidiu o Tribunal de origem, relativamente ao Detran e à Administração Regional de Brasília, indeferir a inicial, por ausência de legitimidade passiva; bem como conceder parcialmente a ordem, apenas para liberar os veículos apreendidos. O acórdão restou assim ementado:

> Mandado de segurança. Parte ilegítima passiva. Ocupação de área pública. Precariedade. Desocupação.
>
> 1. Mero executor de ato é parte ilegítima passiva em mandado de segurança.
>
> 2. A administração pode fazer cessar, em qualquer momento, por motivo de conveniência e oportunidade, a ocupação precária de área pública, máxime quando não mais persistirem os motivos que levaram à ocupação.
>
> 3. E, assim, notificado o ocupante para que desocupe a área, no prazo de trinta dias, não há que se falar em cerceamento de defesa e ausência de contraditório.
>
> 4. Com ressalva do entendimento do Relator, procede pedido de restituição de veículos, com documentação irregular, se não foram apreendidos em circulação, mas em oficina mecânica onde estão sendo consertados.
>
> 5. Inicial indeferida quanto à Administração Regional de Brasília e ao Detran. Ordem concedida em parte. (Fl. 309)

No recurso ordinário (fls. 337/350), fundado no art. 105, II, **b**, da Constituição, o recorrente sustenta, em síntese, que a) firmou, em 1979, contrato de autorização de uso, por prazo indeterminado, por meio do qual ficou autorizado a utilizar terreno da União (sob a administração do Juizado da Infância e da Juventude), para a instalação de sua oficina mecânica, mediante a contrapartida de "proporcionar iniciação profissional aos internos do CAJE, bem como prestar

serviços de manutenção e conservação das viaturas daquele juizado" (fl. 338); b) no dia 1º.10.2001 foi notificado para que desocupasse o imóvel em 30 dias, em desacordo com a cláusula 14ª do contrato, que previa, para tanto, prazo mínimo de 90 dias; c) o processo administrativo por meio do qual se decidiu extinguir a autorização de uso está eivado de nulidade, em razão de ter-lhe sido negado o exercício do contraditório e da ampla defesa, já que somente tomou conhecimento da existência de tal processo após a sua decisão final, quando recebeu a aludida notificação; d) foi submetido a atos com abuso de poder e desvio de finalidade quando, antes do término do prazo da notificação, para retirá-lo do imóvel em questão (fl. 348), foi promovida, sob o comando do juiz de direito apontado como autoridade coatora, uma operação de fiscalização na oficina, que envolveu diversos órgãos da administração do Distrito Federal e redundou na lavratura de autos de infração, apreensão de veículos.

O parecer do Ministério Público Federal de fls. 360/363 opinou pela baixa dos autos ao Tribunal de origem para que se procedesse à intimação da União Federal e do Detran para o oferecimento das contra-razões.

Intimada, a União Federal apresentou contra-razões (fls. 367/377), pugnando, preliminarmente, a) pela declaração de incompetência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para decidir o mandado de segurança, porquanto a União suportaria as conseqüências patrimoniais da nulidade do ato administrativo praticado pelo Juiz de Direito do TJDFT; b) pela sua intimação, na pessoa de um dos Advogados da União, do teor do acórdão recorrido; e c) pelo reconhecimento da ausência de interesse do impetrante no prosseguimento da demanda. No mérito, sustenta que a) o princípio do devido processo legal não foi violado; b) "a ocupação era precária, dependente única e exclusivamente da conveniência e oportunidade da Administração" (fl. 376); e c) a área era utilizada de forma irregular.

Às fls. 379/381, o MPF observa que o recurso deve ser julgado prejudicado pela perda do objeto.

Em cumprimento ao despacho de fl. 383, o Distrito Federal apresentou contra-razões (fls. 385/387), apontando ausência de interesse e de legitimidade para constar do pólo passivo, uma vez que a autoridade coatora, juiz de direito vinculado ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, é autoridade federal, pois "pertence, inequivocamente, à estrutura constitucional da União." (Fl. 385)

Em novo parecer (fls. 389/390), o MPF corrobora o anterior (fls. 379/381), observando que o recurso deve ser julgado prejudicado.

É o relatório

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Relativamente à Administração Regional de Brasília e ao Detran-DF o processo foi extinto sem julgamento do mérito, por ausência de legitimidade passiva, decisão que transitou em julgado, à falta de impugnação recursal. Assim, inviável a intimação do Detran para contra-arrazoar o recurso.

2. Improcede a alegação de incompetência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para julgar mandado de segurança. É que o ato impugnado foi praticado Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, investido na sua competência administrativa de supervisionar, coordenar e orientar o patrimônio destinado a atender os menores sujeitos à sua jurisdição. Ora, a Lei n. 8.185, de 1991, que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios, estabelece, em seu art. 8º o seguinte:

> "Art. 8º Compete ao Tribunal de Justiça: I - processar e julgar originariamente:
>
> (...) c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra atos do Presidente do Tribunal e de qualquer de seus órgãos e membros; do Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e Territórios; dos Juízes do Distrito Federal e Territórios; do Governador do Distrito Federal; do Tribunal de Contas do Distrito Federal e de qualquer de seus membros; dos Secretários de Governo do Distrito Federal; dos Governadores dos Territórios e de seus Secretários"

Sob esse aspecto, a norma adota o regime de competência tradicional em nosso sistema, segundo o qual cabe aos tribunais processar e julgar mandados de segurança contra atos praticados por juízes a eles vinculados. Nesse sentido é o art. 108, I, **c**, segundo o qual ao Tribunal Regional Federal compete processar e julgar, originariamente, "os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal".

3. No mérito, não assiste razão ao impetrante. Com efeito, o denominado "Termo de Contrato" celebrado entre o Juizado de Menores do Distrito Federal e o impetrante, acostado às fls. 40/42, possui as seguintes características: a) tem por objeto a ocupação de área em terreno de propriedade do Juizado de Menores para instalação de uma oficina, b) inexiste remuneração ao autorizado, c) as modificações no imóvel são realizadas mediante prévia autorização e às custas do particular, d) inexiste prazo determinado, d) foi pactuado em nome do interesse público, qual seja, "proporcionar aos internos do Centro de Observação de

Menores, iniciação profissional" (fl. 40). Trata-se, portanto, de típica modalidade de permissão de uso, instituto de direito administrativo caracterizado pela unilateralidade por parte da administração pública, discricionariedade, precariedade e ausência de licitação. É o que se extrai da doutrina:

> "Permissão de uso é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público.
>
> (...)
>
> O que acaba de ser exposto permite ser estabelecida mais nítida comparação entre autorização e permissão de uso. Ambas têm a natureza de ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Nas duas hipóteses, o uso pode ser gratuito ou oneroso, por tempo determinado (permissão ou autorização qualificada) ou indeterminado (permissão ou autorização simples). Três diferenças podem ser assinaladas, em face do direito positivo brasileiro: 1. enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, a permissão implica a utilização privativa para fins de interesse coletivo; 2. dessa primeira diferença decorre outra, relativa à precariedade. Esse traço existe em ambas as modalidades, contudo é mais acentuado na autorização, justamente pelas finalidades de interesse individual; no caso de permissão, que é dada por razões de predominante interesse público, é menor o contraste entre o interesse do permissionário e o do usuário do bem público; 3. a autorização, sendo dada no interesse do usuário, cria para este uma faculdade de uso, ao passo que a permissão, sendo conferida no interesse predominantemente público, obriga o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido." (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 18ª ed., São Paulo, Atlas, p. 602/606

Dada a natureza precária do ato, tem-se que a administração pública pode promover, a qualquer momento, a retomada do bem, bastando, para tanto, a verificação de que a revogação da permissão se demonstrava conveniente e oportuna, nos termos da Súmula n. 473-STF. Esse exercício de auto-tutela dos interesses administrativos não compromete direito líquido e certo do administrado, ainda mais quando, como no caso, foi notificado com antecedência da revogação da permissão de uso.

Ademais, no próprio "Termo de Contrato" restou consignado que o "contrato ficará automaticamente rescindido se o autorizado infringir qualquer de suas cláusulas ou se perder, por qualquer motivo, sua finalidade" (fl. 42). Ora, está cabalmente demonstrado nos autos que a atividade desenvolvida pelo impetrante

no local não mais se relacionava com o propósito originário da permissão, que era o de proporcionar iniciação profissional aos menores internos.

De casos análogos são os seguintes julgados da Corte:

"Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Ato administrativo. Permissão de uso de imóvel municipal por particular. Natureza precária e discricionária. Possibilidade de cancelamento. Previsão contratual. Ausência de direito líquido e certo.

1. A autorização de uso de imóvel municipal por particular é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária, precária, através do qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Trata-se, portanto, de ato revogável, sumariamente, a qualquer tempo, e sem ônus para o Poder Público.

2. Como a Administração Pública Municipal não mais consente a permanência da impetrante no local, a autorização perdeu sua eficácia. Logo, não há direito líquido e certo a ser tutelado na hipótese dos autos.

3. Comprovação nos autos da existência de previsão contratual no tocante ao cancelamento da permissão debatida.

4. Recurso não provido" (RMS n. 16.280-RJ, Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 19.04.2004)

"Administrativo. Mandado de Segurança. Permissão de Uso Revogada. Inadimplência Contratual. Cláusula Resolutória Expressa. Prova Pré-Constituída Insuficiente.

1. Desatendidas cláusulas pactuadas com previsão de resolução unilateral, o inadimplemento favorece ato revogatório editado pelo Administrador Público, orientado pela prevalência do interesse público, no caso, sem ofensa ao "devido processo legal".

2. Recurso sem provimento". (RMS 9.434-RJ, Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 07.06.1999)

Desta forma, deve ser mantido o acórdão recorrido, pois não há qualquer vício que acarrete a nulidade do processo administrativo em questão.

4. Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.604-PR (2005/0026326-4)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrentes: Vespertino Ferreira Pimpão Filho e outros

Advogado: Adyr Sebastião Ferreira

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Impetrado: Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná

Recorrido: Estado do Paraná

Procuradores: Rosângela do Socorro Alves e outros

EMENTA

Administrativo e Processo Civil. Recurso em mandado de segurança. Lei Estadual n. 14.277/2003. Criação de novas serventias cartorárias. Ilegitimidade passiva *ad causam* do Presidente da Assembléia Legislativa Estadual.

I - Mandado de Segurança impetrado contra as disposições da Lei Estadual n. 14.277/2003, que determinou a criação de novas serventias cartorárias.

II - A autoridade responsável pela execução do comando legal não é o Sr. Presidente da Assembléia Legislativa Estadual, mas sim o Ilustre Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, posto que a competência para determinar a criação de novas serventias pertence a este, e não àquele.

III - "Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a pratica do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; (...)" (Hely Lopes Meirelles, *in Mandado de Segurança*, 26ª ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Editora Malheiros, p. 59)

IV - Recurso Ordinário 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 ordinário em mandado de segurança, 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, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 7 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 14.12.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por Vespertino Ferreira Pimpão Filho e outros, contra Acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

> "Mandado de segurança. Aprovação de substitutivo geral do Código de Organização e Divisão Judiciárias, transformado na Lei n. 14.277/2003. Ilegitimidade passiva do Sr. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Ocorrência. Extinção do processo, por força do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil". (Fl. 1.363)

Os Recorrentes sustentam, em síntese, que o ato coator foi editado pelo Poder Legislativo Estadual, razão pela qual o Sr. Presidente da Assembléia Legislativa deve figurar na ação como autoridade impetrada. Destacam que a criação de novos cartórios violam seu direito líquido e certo a um processo legislativo sem vícios, uma vez que a competência pertence ao egrégio Tribunal de Justiça Estadual.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do presente Recurso Ordinário. (Fls. 1.407/1.410)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O Recurso merece ser conhecido, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade exigidos.

Outrossim, compulsando os autos, verifico que o aresto recorrido merece ser mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com efeito, o ato apontado como ilegal é a Lei Estadual n. 14.277/2003, que entre outras providências, estabeleceu a possibilidade de criação de novas serventias cartorárias nas Comarcas de Araucária, Campo Largo e Colombo. (Fls. 316/355)

Os impetrantes, ora Recorrentes, em verdade pretendem, preventivamente, afastar os efeitos concretos do aludido diploma legal.

Ocorre que, a autoridade responsável pela execução do comando legal não é, *data venia*, o Sr. Presidente da Assembléia Legislativa Estadual, mas sim o ilustre Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de modo que andou bem o aresto recorrido ao considerar a ilegitimidade passiva *ad causam* do aludido membro do Poder Legislativo.

É que, consoante observa a doutrina mais abalizada, *verbis*:

> "Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a pratica do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; (...)" (Hely Lopes Meirelles, *in Mandado de Segurança*, 26ª ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Editora Malheiros, p. 59)

Nesse contexto, afigura-se evidente a ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Presidente da Assembléia Legislativa Estadual, posto lhe falecer competência para determinar a criação de novas serventias cartorárias.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Ordinário.

É o meu voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.685-RJ (2005/0038041-3)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrentes: Gelcimar da Rocha Pinto e outros

Advogados: Arthur Vieira da Cunha e outro
T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrados: Prefeito do Município do Rio de Janeiro e outro
Recorrido: Município do Rio de Janeiro
Procuradores: Maria Luisa Alkimim e outros

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Transformação de motoristas auxiliares em permissionários autônomos de serviço de veículos de aluguel a taxímetro. Prova do descumprimento da Lei Municipal n. 3.123/2000 pelas autoridades coatoras e do preenchimento dos requisitos legais pelos impetrantes. Inexistência. Mandado de segurança. Dilação probatória. Impossibilidade.

1. *Mandamus* gravitante em torno do cumprimento da Lei Municipal n. 3.123/2000, que determinou a gradual transformação dos motoristas auxiliares de veículos de aluguel a taxímetro em permissionários autônomos.

2. Acórdão recorrido calcado na inviabilidade do *writ*, em virtude da ausência de prova pré-constituída da formulação do pleito administrativo e da alegada recusa da autoridade impetrada em cumprir a aludida lei.

3. Alegação da Administração Municipal de que os motoristas não preencheram os requisitos previstos na lei.

4. O Mandado de segurança — remédio de natureza constitucional — visa a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado, e por ter rito processual célere não comporta dilação probatória.

5. Dessarte, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de ser contemplado em norma legal e ser induvidoso (certo e incontestável).

6. *In casu*, a impetrante não demonstrou o descumprimento da lei pela autoridade coatora, nem que preenche os requisitos legais necessários para gozo do benefício, não ensejando, assim, seu pleito o uso da via da segurança, embora tutelado por outros meios judiciais.

7. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 4 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 28.04.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Gelcimar da Rocha Pinto e outros em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao agravo regimental que impugnava a decisão monocrática que indeferira liminarmente a inicial. A ementa do acórdão recorrido restou assim vazada:

> "Mandado de Segurança. Agravo regimental. Indeferimento de Inicial. Correta a decisão que infere liminarmente a inicial, quando o pedido não prescinde de dilação probatória.
>
> Decisão confirmada."

Noticiam os autos que Gelcimar da Rocha Pinto e outros, motoristas auxiliares de veículos de aluguel a taxímetro, impetraram mandado de segurança em face do Prefeito do Município do Rio de Janeiro e do Presidente da Superintendência Municipal de Transportes Urbanos — SMTU, objetivando que os impetrados tomassem "todas as providências no sentido de cumprir integralmente a Lei n. 3.123/2000, transformando os taxistas auxiliares em permissionários para a exploração do transporte público por táxi, determinando, ainda, aos réus que oficiem ao Detran-RJ para que este emplaque os automóveis dos autores e ao Instituto de Pesos e Medidas — IPEM para aferir os taxímetros (...)".

O Desembargador Relator do *mandamus*, indeferiu liminarmente a inicial, sob o seguinte fundamento:

> "Pretendem os Impetrantes a concessão da segurança, porque os Impetrados 'não cumprem a Lei Municipal n. 3.123/2000 e se recusam a

transformar os taxistas auxiliares em permissionários, sob o argumento de que foram opostos embargos de declaração' nos autos do Recurso Extraordinário n. 359.444, julgado no dia 24 de março deste ano, pelo Plenário da Corte Suprema.

Tendo em vista a via eleita, o Remédio Heróico do Mandado de Segurança, que não comporta a dilação probatória, deveriam trazer, desde logo, prova da formulação de seus pleitos e da recusa daquelas autoridades ao atendimento.

Trata-se de prova essencial à configuração do direito líquido e certo e do seu ferimento, por ato ilegal ou praticado com abuso do poder."

Interposto agravo pelos impetrantes, no qual se aduziu o seguinte:

"Afirma o i. Relator que o presente feito não comporta dilação probatória, razão pela qual deveriam trazer desde logo a prova da formulação dos seus pleitos e da recusa da autoridade.

Em que pese tal entendimento, consta dos autos à fl. 8 processo administrativo no qual o primeiro impetrante formula a pretensão objeto deste *mandamus*.

Ocorre que o atual Prefeito do Município do Rio de Janeiro, primeiro impetrado, vem se colocando sistematicamente contra a Lei Municipal que deu o direito aos impetrantes de trabalharem com os seus próprios veículos, inclusive ajuizando representação de inconstitucionalidade, conforme esclarecido na inicial. Tal fato é público e notório e foi amplamente divulgado na mídia.

Por oportuno, em razão dessa feroz oposição do Alcaide da Cidade à Norma Municipal, ambos impetrados se recusam a receber qualquer requerimento no sentido de cumprir a Lei n. 3.213/2000.

Entretanto, não dependem de prova os fatos notórios, a teor do disposto no art. 334, I, do CPC.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 6º da Lei n. 1.533/1951 dispõe que a prova do alegado pelo impetrante pode ser obtida após a resposta da autoridade coatora.

(...)

A necessidade de prova pré-constituída em mandado de segurança não é absoluta, conforme se vê na redação do parágrafo único do art. 6º, da Lei n. 1.533/1951."

A Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pela unanimidade de votos de seus integrantes, negou provimento ao agravo regimental, asseverando que:

"Ao contrário do que entendem os impetrantes aqui não se aplica a exceção do parágrafo único do art. 6º, da Lei n. 1.533/1951.

Tal como afirmado na decisão recorrida deveriam eles trazer desde logo prova da formulação de seus pleitos perante a autoridade referida e da recusa ao atendimento.

Como se vê, trata-se de prova essencial à configuração do direito líquido e certo que alegam e do seu ferimento, por ato ilegal ou abusivo daquela autoridade.

Não se pode, também, afirmar que se constituam, o pedido e o desatendimento, em fatos notórios a tornar prescindível a dilação probatória."

Em suas razões recursais, aduzem os impetrantes, ora recorrentes, que:

"7. (...) a Lei Municipal n. 3.123/2000 está em plena vigência, só dependendo do cumprimento por parte dos recorridos do que ela dispõe.

8. Acontece que a Autoridade Máxima do Poder Executivo Carioca não cumpre o determinado na referida Lei e não outorga as permissões aos beneficiários da norma.

9. Em razão da omissão das autoridades, diversos taxistas auxiliares ajuizaram mandados de segurança que, inclusive, foram julgados por esse egrégio Tribunal em grau de recurso ordinário que, em sua maioria, deu provimento aos mesmos.

Do Indeferimento da Inicial

(...)

13. Não custa lembrar que os recorrentes pretendem que o Poder Executivo cumpra a lei, sendo o mandado de segurança o remédio jurídico para fazer valer seus direitos.

14. Trata-se de decisão nula, ilegal, data vênia, posto que não podem os recorrentes e outros motoristas ficar privados do mérito do pedido vestibular do *mandamus* pelo egrégio Colegiado, pois entendem como líquido e certo o direito dos mesmos.

15. Ademais, o indeferimento liminar do *mandamus* sem conhecimento do mérito, nega o direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV, a), causa lesão a

direito (CF, art. 5º, XXXV), inobserva o devido processo legal (CF, art. 5º, LV).

(...)"

Em contra-razões, sustenta o Município do Rio de Janeiro:

"(...) no que pertine à Representação de Inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 3.123/2000, a Administração Municipal vem acatando a decisão judicial em relação aos motoristas que preencherem os requisitos legais impostos pela referida lei.

(...)

Na hipótese em tela, vale dizer que os impetrantes não lograram comprovar o preenchimento dos requisitos impostos na referida lei municipal, o que impede a concessão da segurança, haja vista que o rito do mandado de segurança implica na comprovação de plano do direito alegado.

Destarte, não se pretende discutir a constitucionalidade da referida, porém não se pode ignorar que no caso em comento não há prova documental capaz de comprovar o preenchimento dos requisitos legais impostos pela Lei n. 3.123/2000.

Nesse sentido, vale citar os acórdãos proferidos nos Mandados de segurança ns. 688/2002 e 1.099/2002, nos quais a Colenda Nona Câmara Cível reconheceu expressamente a necessidade de serem observados e comprovados os requisitos impostos pela Lei n. 3.123/2000 e, por conseqüência, denegou a segurança (...)."

Parecer do Ministério Público Estadual no sentido de que:

"Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Mandado de segurança. Exigência direito líquido e certo — prova documental pré-constituída. Ausência face à necessidade de dilação probatória com a juntada de documentos posteriores. Extinção do processo sem resolução do mérito. Parecer pelo conhecimento do recurso e seu improvimento."

O representante do *Parquet* federal opinou pelo não provimento do recurso ordinário, nos termos da seguinte ementa:

"Administrativo e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Alegado descumprimento à Lei Municipal n. 3.123/2000, que trata da transformação dos motoristas auxiliares de veículos de aluguel a taxímetro em permissionários autônomos para transporte de passageiros por táxi. Indeferimento da inicial por impropriedade da via eleita. Decisão confirmada pelo acórdão que negou provimento ao agravo regimental in-

terposto pelos recorrentes. Correta aplicação do direito. Prova do indeferimento administrativo da permissão e do cumprimento das exigências legais por todos os recorrentes. Inexistência. Via eleita que não comporta dilação probatória. Recurso que não deve ser provido."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Com efeito, é de sabença que o mandado de segurança, representando instrumento processual de tutela de direito subjetivo público constitucional, goza de eminência ímpar, equiparável à do *habeas corpus*. Assim, na sua origem era mesmo denominado de *habeas corpus* civil, revelando a natureza da lesão que visava conjurar.

In casu, o impetrante não demonstrou seu suposto direito líquido e certo.

Como é de sabença, a demonstração do direito líquido e certo, em sede de mandado de segurança, demanda prova pré-constituída. Neste sentido posiciona-se a doutrina:

"(...)

Finalmente, o último requisito é o que concerne ao direito líquido e certo. Originariamente, falava-se em direito certo e incontestável, o que levou ao entendimento de que a medida só era cabível quando a norma legal tivesse clareza suficiente que dispensasse maior trabalho de interpretação.

Hoje, está pacífico o entendimento de que a liquidez e certeza referem-se aos fatos; estando estes devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz.

Daí o conceito de direito líquido e certo como o direito comprovado de plano, ou seja, o direito comprovado juntamente com a petição inicial. No mandado de segurança, inexiste a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito." (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in Direito Administrativo*, Editora Atlas, 13ª ed., p. 626)

Ademais, é cediço que em sede de Mandado de Segurança não há espaço para dilação probatória, devendo o direito ser líquido e certo, na lição do saudoso professor Hely Lopes Meirelles, *litteris*:

"(...) é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras

palavras, o direito invocado, para sem amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio — e mal-expresso — alusivo a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subseqüente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações." (*in Mandado de Segurança*, 18ª ed., Malheiros Editores, 1997, p. 34/35)

Neste sentido julgado desta relatoria, no MS n. 8.320-DF, publicado no DJ 19.12.2002, *verbis*:

"Processual Civil. Mandado de segurança. Requisitos. Ausência de demonstração de direito líquido e certo. Ataque a lei em tese. Inviabilidade. Súmula n. 266-STF. Mandado de segurança. Legitimidade. Sindicato.

1. A propositura do *writ* pelo Sindicato, pressupõe sua regular constituição. É inviável, em sede de Mandado de Segurança, analisar as razões pelas quais o Sindicato ainda não logrou a sua regularização, para após verificar da liquidez e certeza do seu direito. Extinção por ilegitimatio ad processu que se mantém.

2. O mandado de segurança — remédio de natureza constitucional — visa a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado, e por ter rito processual célere não comporta dilação probatória.

3. Deveras, não cabe mandado de segurança contra lei em tese. (Súmula n. 266-STF)

4. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito (267, VI, do CPC)"

In casu, a impetrante não demonstrou o descumprimento da lei pela autoridade coatora, nem que preenche os requisitos legais necessários para gozo do benefício, não ensejando, assim, seu pleito o uso da via da segurança, embora tutelado por outros meios judiciais.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

RECURSO ESPECIAL N. 613.695-RS (2003/0223438-9)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul
Procuradores: Cristina Neuhaus e outros
Recorrida: Veísa Veículos Ltda
Advogados: Régis de Souza Renck e outros
Sustentação oral: Renato Romeu Renix, pela parte recorrida

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Omissão ou ausência de fundamentação. Não configuradas. Tributário. ICMS. Substituição tributária na aquisição de veículos. Benefício fiscal. Redução da base de cálculo do imposto. Condição imposta pelo Convênio n. 50/1999. Observância.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula n. 282-STF.

2. Não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

3. Não tendo a demandante descumprido a condição imposta pelo Convênio ICMS n. 50/1999 para a fruição do benefício fiscal em questão, consistente na redução da base de cálculo do ICMS, faz jus à

permanência no Termo de Acordo ST/V4R-002/2001 celebrado com o ora recorrente.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e 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, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e José Delgado (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 29.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em mandado de segurança visando à permanência da impetrante no Termo de Acordo ST/V4R-002/2001, que outorga aos revendedores de veículos automotores o benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS, por se sujeitarem à apuração do imposto pela base de cálculo presumida, deu provimento à apelação e reformou a sentença denegatória da ordem. O acórdão recorrido restou assim ementado:

"Apelação cível. Mandado de segurança. Substituição Tributária na aquisição de veículos. Convênio n. 50/1999.

Preenchidas as condições legais, tem direito o contribuinte a ser incluído no acordo, que prevê redução da base de cálculo na aquisição de veículos, mantida a cláusula, que condiciona o beneficio ao não-aproveitamento de crédito fiscal a título de imposto sobre a diferença entre a base de cálculo utilizada pra o débito de responsabilidade por substituição tributária e o preço praticado na saída subseqüente, mesmo porque, como a redução da base de cálculo constitui-se em favor legal, pode estar sujeita ao cumprimento de condições pelo contribuinte. Recurso provido". (Fl. 221)

Os embargos de declaração opostos pelo Estado foram rejeitados.

No recurso especial (fls. 248/266), fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: a) arts. 165, 458, II, e 535, II, porque, em suma, o acórdão recorrido é omisso na análise de questões postas; b) arts. 1º, parágrafo único, I, da LC n. 24/1975 e 1º da Lei n. 1.533/1951, uma vez que I - os benefícios fiscais decorrentes do ICMS devem ser concedidos ou revogados pelos Estados e pelo Distrito Federal mediante convênio, sendo válida a regra do Convênio ICMS n. 50/1999, que condiciona a redução da base de cálculo da exação ao não-aproveitamento de eventual crédito fiscal oriundo da diferença entre a base de cálculo presumida e o preço de venda praticado; II - a recorrida teria descumprido essa condição ao ingressar com demandas judiciais objetivando a declaração do direito de creditar-se do montante recolhido a maior em decorrência do regime da substituição tributária, inexistindo direito líquido e certo a amparar sua pretensão; III - o STF já decidiu que não ofende o art. 150, § 7º, da Constituição Federal o fato de o contribuinte não poder se creditar do resíduo decorrente do mecanismo da substituição tributária; c) arts. 1º e 20, I, da Lei n. 8.884/1994, porque, em síntese, a permanência do pacto com a recorrida representa quebra da isonomia em relação aos demais contribuintes que cumprem as regras conveniais, bem como lesão à livre concorrência.

Em contra-razões (fls. 374/383), a recorrida alega, essencialmente, que os processos por ela ajuizados não ensejam, por si só, justo motivo para excluí-la do termo de acordo em referência, uma vez que a condição imposta pelo Convênio n. 50/1999 é apenas o não-aproveitamento de créditos de ICMS, regra que foi por ela respeitada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. No que toca à apontada ofensa aos arts. 1º da Lei n. 1.533/1951, 1º e 20, I, da Lei n. 8.884/1994, não pode ser conhecido o recurso, porque não houve, pelo acórdão recorrido, emissão de juízo acerca da matéria a que se referem esses dispositivos legais. Assim, devido a falta do indispensável prequestionamento, não pode ser o recurso especial conhecido, incidindo, por analogia, a Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

2. Não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente

cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta (REsp n. 172.329-SP, Primeira Seção, Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 09.12.2003; AgRg no Ag n. 512.437-RJ, Primeira Turma, Min José Delgado, DJ 15.12.2003; AgRg no Ag n. 476.561-RJ, Segunda Turma, Ministro João Otávio de Noronha, DJ 17.11.2003; REsp n. 250.748-RJ; Sexta Turma, Ministro Fernando Gonçalves, DJ 23.04.2001). No caso, os embargos de declaração objetivaram, apenas, o pronunciamento do Tribunal de origem sobre os dispositivos legais apontados pelo embargante para efeito de prequestionamento, sem indicar concretamente onde estaria a omissão ou ausência de fundamentação do acórdão recorrido. Nesse contexto, verifica-se que o acórdão emitiu juízo acerca das questões que eram necessárias para o deslinde da controvérsia, de modo que a alegação de omissão ou ausência de fundamentação do acórdão reflete mero inconformismo com os termos da decisão, não restando caracterizados os vícios apontados.

3. Passo ao exame da alegada violação ao art. 1º, parágrafo único, I, da LC n. 24/1975 e, conseqüentemente, à cláusula segunda, § 2º, do Convênio ICMS n. 50/1999, que é do seguinte teor: "a concessão do presente benefício condiciona-se também à não-utilização, por parte do contribuinte substituído, de qualquer crédito fiscal sob alegação de diferença do imposto entre o preço base de cálculo e o preço praticado".

Acerca da existência ou não de transgressão, por parte do contribuinte, a essa condição imposta para a fruição do benefício fiscal, assim se manifestou o Tribunal de origem:

> "A ora apelante usufruiu os Termos de Acordo ns. 18/1999, 28/1999 e 03/2001, e foi excluída do termo seguinte, porque, segundo o Diretor do Departamento da Receita, há os Processos ns. 1198405423 e 1198405431 em que a autora manifesta sua discordância com a base de cálculo prevista para o regime de substituição tributária e requer adjudicação de créditos de alegado diferença entre o 'preço base de cálculo' para a substituição tributária e o preço realmente praticado ao consumidor final, afrontando a clara redação do § 2º do Convênio n. 50/1999, que veda claramente tal prática. Não restou à Fiscalização medida outra que não a de não incluir o nome da impetrante no rol de empresas beneficiárias do Termo de Acordo. Então, a não-renovação do Termo de acordo teve origem, em última análise, na afronta ao Convenio n. 50/1999.
>
> A exclusão da empresa do benefício de redução da alíquota ocorreu, pois, conforme esclareceu a autoridade fazendária, por manifesta discordância com a base de cálculo imposta, o que, de modo algum, afronta o

Convênio ICMS n. 50/1999. Não houve, efetivamente, creditamento indevido de valores, como refere o convênio.

Nos processos mencionados (Embargos Infringes n. 70001022862 e Apelação Cível n. 70000673517), ainda não definitivamente julgados, questiona a concessionária o tema da repetição de indébito em decorrência de cobrança de substituição tributária de ICMS sobre valor maior do que aquele da real operação.

Não significa, porém, tenha a apelante se apropriado, repita-se, indevidamente (porque sem autorização fiscal ou judicial), de crédito tributário.

Tem, portanto, direito a permanecer no acordo, condicionada à manutenção do benefício ao não-aproveitamento de crédito fiscal a título de imposto sobre a diferença entre a base de cálculo utilizada para o débito de responsabilidade por substituição tributária e o preço praticado na saída subseqüente, mesmo porque, como a redução da base de cálculo constitui-se em favor legal, pode estar sujeita ao cumprimento de condições pelo contribuinte." (Fls. 224/225)

Como se vê, a condição imposta pelo Convênio ICMS n. 50/1999 para a permanência no Termo de Acordo ST/V4R-002/2001, e conseqüente continuidade da percepção do benefício fiscal em questão, é apenas o não-aproveitamento de quaisquer créditos de ICMS decorrentes da sistemática da substituição tributária por parte das empresas beneficiárias do referido acordo, consoante a disposição expressa da cláusula segunda do Convênio ICMS n. 50/1999. Ora, o inconformismo da recorrida manifestado através de processo judicial, no qual busca o reconhecimento do direito ao creditamento do montante recolhido a maior em decorrência da base de cálculo presumida adotada no regime da substituição tributária, não traduz, por si só, o descumprimento de tal condição, uma vez que não há nos autos qualquer indicação que tenha ocorrido a efetiva apropriação, por parte da recorrida, dos créditos de ICMS em comento, conforme consignou o aresto recorrido. Outra seria a situação — a qual, frise-se, não ocorre no caso concreto — se o Convênio em comento condicionasse o benefício fiscal à renúncia ao direito de crédito ou à desistência das ações, tal como ocorre, por exemplo, na legislação federal que, dispondo acerca do REFIS, expressamente condiciona a inclusão do contribuinte ao "encerramento do feito por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim à renúncia do direito" (Lei n. 9.964/2000, art. 2º, § 6º). No caso dos autos, entretanto, o Convênio somente veda o aproveitamento dos créditos, de modo que a exclusão somente seria legítima a partir do momento em que a contribuinte realizasse tal aproveitamento.

4. Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento. É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: A empresa recorrida, por via de mandado de segurança, reivindica o reconhecimento de permanecer no Convênio n. 50/1999, prorrogado pelo Termo de Acordo ST/V4R-002/2001, assegurando-lhe, em conseqüência, o direito ao regime de substituição tributária em igualdade de condições com o tratamento tributário outorgado aos demais revendedores de veículos que se vinculam ao mencionado acordo.

Em síntese, os fatos motivadores da súplica mandamental são os seguintes:

a) a impetrante, por ser revendedora de veículos, está sujeita, no Estado do Rio Grande do Sul, ao regime de substituição tributária, através do qual o fabricante retém e recolhe o ICMS devido nas compras consumadas;

b) o referido ICMS, quando a empresa revendedora de veículos celebra termo de acordo com o Estado, conforme exige a cláusula segunda do Convênio ICMS n. 129/1997, é calculado com alíquota de 12%, no lugar de 17%;

c) segundo a impetrante, o Estado do Rio Grande do Sul recusa-se, de modo ilegal, a renovar o acordo que lhe proporciona a redução da alíquota de ICMS, embora anteriormente o tenha celebrado normalmente;

d) a ilegalidade consiste no fato de que, segundo o Convênio ICMS n. 129/1997, a única condição para a formação do acordo é a manifestação expressa do contribuinte aceitando o regime de substituição tributária.

O Estado do Rio Grande do Sul, ora recorrente, em informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, alega que a impetrante foi excluída do benefício fiscal discutido por ter sido verificado que, em ação judicial, manifesta sua discordância com a base de cálculo prevista para o regime de substituição tributária, afrontando a clara redação do § 2º do Convênio n. 50/1999, que veda expressamente qualquer discussão sobre a base de cálculo do ICMS por quem está sendo beneficiado pela redução da alíquota.

O acórdão recorrido, embora reconheça que a impetrante discute, em dois processos judiciais, a base de cálculo do ICMS aplicada ao regime de substituição tributária acordado entre as partes, entendeu por afastar essa situação como causa impeditivas para a celebração do acordo.

Está no acórdão recorrido (fls. 223/225):

"A ora apelante usufruiu os Termos de Acordo ns. 18/1999, 28/1999 e 03/2001, e foi excluída do termo seguinte, porque, segundo o Diretor do Departamento da Receita, "há os Processos de ns. 1198405423 e 1198405431 em que a autoria manifesta sua discordância com a base de cálculo prevista para o regime de substituição tributária e requer adjudicação de créditos de alegada diferença entre o 'preço base de cálculo' para a substituição tributária e o preço realmente praticado ao consumidor final, afrontando a clara redação do § 2º do Convênio n. 50/1999, que veda claramente tal prática. Não restou à Fiscalização medida outra que não a de não incluir o nome da impetrante no rol de empresas beneficiárias do Termo de Acordo. Então, a não-renovação do Termo de acordo teve origem, em última análise, na afronta ao Convênio n. 50/1999".

A exclusão da empresa do benefício de redução da alíquota ocorreu, pois, conforme esclareceu a autoridade fazendária, por manifesta discordância com a base de cálculo imposta, o que, de modo algum, afronta o Convênio ICMS n. 50/1999. Não houve, efetivamente, creditamento indevido de valores, como refere o convênio.

Nos processos mencionados (Embargos Infringentes n. 70001022862 e Apelação Cível n. 70000673517), ainda não definitivamente julgados, questiona a concessionária o tema da repetição de indébito em decorrência de cobrança de substituição tributária de ICMS sobre valor maior do que aquele da real operação.

Não significa, porém, tenha a apelante se apropriado, repita-se, indevidamente (porque sem autorização fiscal ou judicial), de crédito tributário.

Tem, portanto, direito a permanecer no acordo, condicionada a manutenção do benefício ao não-aproveitamento de crédito fiscal a título de imposto sobre a diferença entre a base de cálculo utilizada para o débito de responsabilidade por substituição tributária e o preço praticado na saída subseqüente, mesmo porque, como a redução da base de cálculo constitui-se em favor legal, pode estar sujeita ao cumprimento de condições pelo contribuinte."

O posicionamento do acórdão de 2º grau foi prestigiado pelos votos já proferidos.

O exame dos autos leva-me a acompanhar o entendimento já manifestado pelo Relator e dos eminentes Ministros que o acompanharam.

O fato, por si só, da recorrida estar discutindo a base de cálculo utilizada nos negócios jurídicos alcançados pelo regime de substituição tributária não é

causa suficiente para excluí-la do benefício fiscal. Essa exclusão só pode ser feita se e quando a recorrida, caso vencedora da disputa judicial, entender de se apropriar das diferenças que pretende. Até então, há, apenas, um litígio instaurado, sem nenhuma repercussão no regime de substituição tributária discutido na presente lide e no benefício fiscal identificado.

É de ficar claro que o Convênio ICMS n. 50/1999 e o Termo de Acordo n. 28/2000 veda, expressamente, o aproveitamento de qualquer crédito fiscal, ao argumento de existirem diferenças entre a base de cálculo estimada para a hipótese e o preço efetivo de venda. Em nenhum momento, condiciona-se o gozo do benefício da redução da alíquota ao fato da empresa não reivindicar em juízo qualquer pretensão tributária relativa ao regime de substituição tributária acordado.

Enquanto a recorrida, conscientemente, não se utilizar de qualquer creditamento da diferença de base de cálculo caso seja vencedora nas ações interpostas, tem garantido o direito de celebrar o acordo fiscal que lhe assegura redução de alíquota no regime de substituição tributária que aceitou.

No referente aos demais aspectos do recurso especial, estou, também, de pleno acordo com o Relator, nada tendo a acrescentar aos seus fundamentos.

Isso posto, como fez o Relator, conheço parcialmente do recurso especial, para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 621.906-RJ (2003/0219304-8)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda
Advogados: Marcos André Campuzano Martinez e outros
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. ECA. Anúncio de evento sem indicação dos limites de idade recomendados. Competência do juízo da sede da emissora. Legitimidade passiva da responsável pela produção e divulgação do evento. Precedentes do STJ. Recurso especial desprovido.

1. A regra de competência prevista no art. 147, § 3º, do ECA, estabelece que em "caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede", hipótese configurada nos autos.

2. O sujeito ativo da infração administrativa prevista no art. 253 do ECA é aquele responsável pelo espetáculo e que não tomou as providências necessárias à indicação dos limites de idade quanto ao evento divulgado.

3. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior: REsp n. 704.971-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 24.10.2005, p. 198; REsp n. 555.638-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 10.10.2005, p. 222; REsp n. 596.001-RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 27.09.2004, p. 336.

4. Desprovimento do recurso especial.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto por Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 45):

"Classe 'D'. Autuação. Art. 253, da Lei n. 8.069/1990. Anúncio de evento a ser transmitido por emissora de televisão sem indicar os limites

de idade a que não se recomendava. Preliminares de incompetência do juízo sentenciante em favor do juízo da sede da emissora e de ilegitimidade passiva da recorrente para figurar como ré na demanda. Desobediência dos critérios estabelecidos pelo legislador com o intuito de proteger crianças e adolescentes. Ferido o ideal de direito ao respeito e à inviolabilidade da integridade psíquica e moral das pessoas em desenvolvimento. Conhecimento e improvimento do apelo."

Houve a oposição de embargos de declaração, os quais foram rejeitados, assim se manifestando o Tribunal de origem (fl. 57):

"Embargos de declaração. Inexistência dos pressupostos elencados pelo disposto no art. 535, do Código de Processo Civil. Improvimento."

A recorrente sustenta que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 147, § 3º, e 253 da Lei n. 8.069/1990 (ECA). Defende a incompetência territorial do juízo que procedeu ao auto de infração, pois o anúncio do evento ocorreu por transmissão televisiva. Alega que é "parte ilegítima para figurar como autuada, eis que sua atividade consiste em fornecer o equipamento de som e artistas para apresentação musical" (fl. 63). Requer o provimento do recurso especial para reformar o aresto recorrido.

O recorrido apresentou contra-razões ao recurso especial. (Fls. 75/81)

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Denise Arruda (Relatora): A pretensão recursal não merece prosperar.

A ora recorrente sustenta que o aresto recorrido negou vigência aos seguintes dispositivos legais do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990):

"Art. 147 A competência será determinada:

(...)

§ 3º Em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas as transmissoras ou retransmissoras do respectivo Estado."

"Art. 253:Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem."

A questão relacionada à competência foi analisada com precisão pelo Ministério Público Federal (fl. 104):

"No que tange à competência, temos que, ao contrário do que alega a recorrente, as razões do recurso especial, a sede da transmissora do anúncio (Rádio e Televisão Bandeirantes) está localizada no Rio de Janeiro e não no Estado de São Paulo, não havendo, por isso, que se falar em incompetência do Juízo de Direito da Comarca do Rio de Janeiro, onde foi lavrado o auto de infração."

Por outro lado, é necessário observar o objetivo da penalidade imposta à infração administrativa prevista no art. 253 do ECA, o qual impõe aos responsáveis pela apresentação de quaisquer espetáculos, assim como aos órgãos responsáveis pela divulgação e publicidade, a expressa indicação dos limites de idade recomendáveis.

Assim, o sujeito ativo da infração administrativa prevista no dispositivo infraconstitucional é o responsável pelo espetáculo público denominado "Tornado" que não tenha tomado as providências necessárias à indicação dos limites de idade quanto ao evento divulgado, o que caracteriza a legitimidade da ora recorrente, a qual promoveu e anunciou o referido espetáculo.

Sobre o tema, Wilson Donizeti Liberati (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente,* 6ª ed., São Paulo:Malheiros, p. 253) ensina que "será considerado sujeito ativo da infração de anúncio de espetáculos sem indicativos de limite de idade todo aquele que anunciar peças teatrais, filmes, representação ou espetáculo. Em geral, será o responsável pela casa de diversão".

No mesmo sentido, o entendimento de Roberto João Elias (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 292):

"Diferentemente do que ocorre com a infração administrativa tratada no art. 252, que se refere à informação no local onde se realiza a exibição, o artigo se aplica no caso de divulgação do espetáculo em qualquer veículo adequado, seja jornal, revista, televisão, rádio, outdoor e congêneres.

Basta que não se indiquem os limites de idade recomendáveis para que se configure a infração administrativa. Não é necessário que a falta de informação faça com que crianças ou adolescentes ingressem ou pretendam ingressar no local onde é exibido o espetáculo.

A intenção do legislador, assim como ocorre no caso do artigo anterior, é preservar a inviolabilidade da integridade psíquica e moral do menor, elementos constantes do direito ao respeito, tratado no art. 17 do Estatuto.

A sanção é aplicada ao anunciante, ou seja, àquele que exibe o espetáculo e não diligenciou, ao propagá-lo, em atentar para a indicação da faixa etária pertinente.

É necessário, portanto, que os menores e seus responsáveis sejam informados, adequadamente, para que aqueles possam exercer o seu direito de lazer de conformidade com a sua idade." (Grifou-se)

Nesse sentido, a orientação pacífica desta Corte Superior:

> "Recurso especial. Anúncio de evento sem indicação dos limites de idade a que não se recomendem. Competência do Juízo da Vara de Infância e da Juventude da Sede da Emissora de Televisão. Art. 147, § 3º, do ECA. Legitimidade passiva da recorrente, que promoveu e anunciou o evento. Art. 253 do ECA.
>
> 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê penas independentes de multa tanto para casas de espetáculos e órgãos de divulgação ou publicidade que desrespeitarem o disposto no seu art. 253.
>
> 2. O art. 253 do ECA prevê como infração administrativa 'anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem.'
>
> 3. *In casu*, a recorrente anunciou o evento sem indicar os limites de idade a que não se recomendem. (REsp n. 596.001-RJ Relator Ministro Franciulli Netto DJ 27.09.2004; REsp n. 263.283-RJ Relator Ministro Humberto Gomes de Barros DJ 15.12.2003)
>
> 4. É cediço em doutrina que 'será considerado sujeito ativo da infração de anúncio de espetáculos sem indicativos de limite de idade todo aquele que anunciar peças teatrais, filmes, representação ou espetáculo. Em geral, será o responsável pela casa de diversão.' (Wilson Donizeti Liberati, *In Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 253)
>
> 5. Recurso especial improvido." (REsp n. 704.971-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 24.10.2005, p. 198)
>
> "Administrativo. ECA. Lavratura de auto de infração. Veiculação de anúncio de evento sem indicação dos limites de idade a que não se recomendam (art. 253). Legitimidade passiva do res-

ponsável pela produção e divulgação do evento. Competência do juízo da sede da emissora. Precedente da Segunda Turma (REsp n. 596.001-RJ). Recurso especial a que se nega provimento." (REsp n. 555.638-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 10.10.2005, p. 222)

"Recurso especial. Anúncio de evento sem indicação dos limites de idade a que não se recomendem. Competência do Juízo da Vara de Infância e da Juventude da Sede da Emissora de Televisão. Art. 147, § 3º, do ECA. Legitimidade passiva da recorrente, que promoveu e anunciou o evento. Art. 253 do ECA.

O art. 147, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA, dispõe que a competência será determinada, em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, pelo local da sede estadual da emissora ou rede.

In casu, a Rádio e Televisão Bandeirantes do Rio de Janeiro Ltda — TV Band, empresa que transmitiu o programa anunciado pelo recorrente, tem sede no Rio de Janeiro, razão pela qual não há incompetência do Juízo da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca do Rio de Janeiro para apreciar o presente feito.

Por outro lado, o art. 253 do ECA prevê como infração administrativa 'anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem.'

A esse respeito, Wilson Donizeti Liberati ensina que 'será considerado sujeito ativo da infração de anúncio de espetáculos sem indicativos de limite de idade todo aquele que anunciar peças teatrais, filmes, representação ou espetáculo. Em geral, será o responsável pela casa de diversão.' (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 253)

Na espécie, portanto, não deve ser responsabilizada a empresa que apenas transmitiu o baile, pois, nos termos do acórdão recorrido, foi a recorrente, Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda, quem promoveu e anunciou o evento intitulado 'Tornado muito nervoso' sem indicar os limites de idade a que não se recomendem.

Como bem asseverou o douto *Parquet* federal, 'compulsando os autos, extrai-se que o anúncio do espetáculo foi feito pela recorrente.

A conduta de não observar as prescrições legais foi praticada pela Empresa e não pela Emissora de Televisão, motivo pelo qual cai por terra a sua alegação de ilegitimidade passiva'. (Fl. 88)

Recurso especial improvido." (REsp n. 596.001-RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 27.09.2004, p. 336)

Ante o exposto, o recurso especial deve ser desprovido, mantendo-se integralmente o r. acórdão recorrido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 639.170-PR (2004/0004724-2)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: Importadora de Frutas La Violetera Ltda
Advogados: Francisco Braz Neto e outros
Recorrido: Banco Central do Brasil
Procuradores: Flávio Meirelles Medeiros e outros

EMENTA

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Importação. Obrigações assumidas em moeda estrangeira. Paridade cambial. Regime de Bandas Cambiais Instituído pelo Bacen. Comunicados ns. 6.563/1999 e 6.565/1999. Liberação para que o mercado definisse a taxa de câmbio. Inexistência de irregularidade.

1. Ação em que se pleiteia a disponibilização à recorrente da quantia de U$ 1.816.742,00 (um milhão, oitocentos e dezesseis mil, setecentos e quarenta e dois dólares), convertidos em moeda nacional pela cotação do dólar fixada na última banda cambial (Comunicado 6.560/1999), ou seja, R$ 1,32 (um real e trinta e dois centavos), à consideração de que: a) a Resolução n. 2.234/1996 determinava a intervenção obrigatória do Banco Central do Brasil sempre que os limites das faixas de flutuação, superior ou inferior, fossem atingidos pelas taxas praticadas no mercado; b) o Banco Central do Brasil, ao definir que não mais interviria no mercado mediante a fixação de bandas cambiais para manter a estabilidade da moeda nacional frente ao

dólar americano (Comunicados ns. 6.563/1999 e 6.565/1999), modificou, sem autorização do Conselho Monetário Nacional, as diretrizes previstas em lei, afetando sobremaneira os negócios assumidos em moeda estrangeira.

2. Salienta-se, inicialmente, que a paridade a que se refere o § 2º do art. 3º da Lei n. 9.069/1995 diz respeito apenas ao lastreamento da moeda nacional, não guardando qualquer relação com a taxa de câmbio que, na prática, segue as oscilações do mercado.

3. A prerrogativa atribuída ao Banco Central do Brasil, de intervir no mercado para garantir a estabilidade da moeda nacional, está expressamente prevista no art. 11, III, da Lei n. 4.595/1964. Entretanto, o Banco Central do Brasil, na sua missão de manter a estabilidade das taxas cambiais, poderá, quando muito, alterar as condições normais de oferta e procura, vendendo ou comprando moeda estrangeira e puxando, para cima ou para baixo, o seu valor equivalente em moeda nacional. Isso porque a razão existente entre a moeda nacional e outras moedas estrangeiras não depende apenas do mercado interno, mas de inúmeros outros fatores, muitas vezes relacionados a fatos imprevisíveis.

4. São extremamente previsíveis, por outro lado, as variações da moeda nacional frente à norte-americana, daí é que deve surgir a prudência do importador, que tem em suas mãos a possibilidade de amenizar os riscos inerentes ao negócio assumido em moeda estrangeira, mediante a contratação de seguros (operações de cobertura — hedge — realizadas por meio de operações de swap) contra os efeitos das variações de câmbio.

5. Conforme assentado pelo eminente Ministro Luiz Fux no julgamento dos REsps ns. 549.873-SC e 614.048-RS, "a ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado".

6. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao

recurso especial, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 13 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 16.04.2007

RELATÓRIO

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

> "Administrativo. Bacen. Taxas de câmbio. Lei n. 4.595/1964. Modificações introduzidas nos mecanismos de intervenção do Bacen no mercado de câmbio durante os primeiros meses do ano de 1999. Regularidade na edição dos Comunicados ns. 6.563 e 6.565 pelo diretor de assuntos internacionais do Banco Central do Brasil.
>
> Hipótese em que o objetivo do CMN e do Bacen (Lei n. 4.595/1964, art. 4º, incisos V e XVIII e art. 11, inciso III) é a preservação da moeda nacional. O regime de 'bandas cambiais' foi instituído com a finalidade de preservação do interesse público, nunca para garantir ao particular o direito de adquirir dólares por preço inferior do praticado no mercado.
>
> Apelação improvida." (Fl. 557)

Opostos embargos de declaração, restaram parcialmente acolhidos, para efeito de prequestionamento.

No recurso especial (fls. 573/600), a recorrente aponta violação dos arts. 3º, § 2º, e 6º, I e II, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.069/1995, e 9º e 11 da Lei n. 4.595/1964. Afirma, em síntese, que: a) "a Lei n. 4.595/1964 determina expressamente que o Bacen cumprirá as disposições que lhe são atribuídas pela legislação e, sobretudo, cumprirá as disposições que lhe são atribuídas pelo Conselho Monetário Nacional" (fl. 585), cabendo-lhe, ainda, "regular o funcionamento do mercado cambial, manter a estabilidade de taxas cambiais e equilibrar o balanço de pagamentos" (fl. 586); b) a Lei n. 9.069/1995 previa "um controle cambial rígido a ser exercido pelo Banco Central do Brasil, em que se vinculava e estabelecia uma paridade entre a moeda nacional e o dólar americano" (fl. 588); c) a Resolução n. 2.234/1996 determinava a intervenção obrigatória do Banco Central do Brasil sempre que os limites das faixas de flutuação, superior ou inferior, fossem

atingidos pelas taxas praticadas no mercado; d) o Banco Central do Brasil, ao definir que não mais interviria no mercado mediante a fixação de bandas cambiais para manter a estabilidade da moeda nacional frente ao dólar americano (Comunicados ns. 6.563/1999 e 6.565/1999), modificou, sem autorização do Conselho Monetário Nacional, as diretrizes previstas em lei, afetando sobremaneira os negócios assumidos em moeda estrangeira; e) definidas em lei as diretrizes cambiais, jamais poderiam ser modificadas por simples comunicados. Requer seja dado provimento ao recurso para se conceder a segurança pleiteada, determinando-se, assim, ao Banco Central do Brasil a disponibilização à recorrente da quantia de U$ 1.816.742,00 (um milhão, oitocentos e dezesseis mil, setecentos e quarenta e dois dólares), convertidos em moeda nacional pela cotação do dólar fixada na última banda cambial (Comunicado ns. 6.560/1999), ou seja, R$ 1,32 (um real e trinta e dois centavos).

Apresentadas as contra-razões e admitido o recurso, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

Salienta-se, inicialmente, que a paridade a que se refere o § 2º do art. 3º da Lei n. 9.069/1995 diz respeito apenas ao lastreamento da moeda nacional, não guardando qualquer relação com a taxa de câmbio que, na prática, segue as oscilações do mercado.

O referido dispositivo legal tem a seguinte redação:

> "Art. 3º O Banco Central do Brasil emitirá o REAL mediante a prévia vinculação de reservas internacionais em valor equivalente, observado o disposto no art. 4º desta Lei.
>
> (...)
>
> § 2º A paridade a ser obedecida, para fins da equivalência a que se refere o *caput* deste artigo, será de um dólar dos Estados Unidos da América para cada Real emitido."

Vale transcrever, sobre o ponto, o seguinte trecho da sentença de 1º grau de jurisdição:

> "Não me parece correta a argumentação do impetrante no tocante ao art. 3º da Lei n. 9.069/1995, pois a paridade entre o real e o dólar ali preceituada tem cunho monetário, não cambial. Significa dizer que a quantia

> em reais circulando pelo País terá que ter lastro equivalente em dólares. É paridade monetária, não cambial.
>
> (...)
>
> Logo no início do art. 4º da mesma lei vê-se o nítido caráter monetário do preceito legal esgrimido pelo impetrante, pois há expressa alusão ao 'lastreamento do real', para regular a emissão de dinheiro. O substrato político para tal mandamento legal é, certamente, dar credibilidade à moeda nacional, que em razão da hiperinflação não passava de papel colorido." (Fls. 487/488)

A prerrogativa atribuída ao Banco Central do Brasil, de intervir no mercado para garantir a estabilidade da moeda nacional, está expressamente prevista no art. 11, III, da Lei n. 4.595/1964, *verbis*:

> "Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil:
>
> (...)
>
> III - Atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo para êsse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial;"

Entretanto, o Banco Central do Brasil, na sua missão de manter a estabilidade das taxas cambiais, poderá, quando muito, alterar as condições normais de oferta e procura, vendendo ou comprando moeda estrangeira e puxando, para cima ou para baixo, o seu valor equivalente em moeda nacional.

Isso porque a razão existente entre a moeda nacional e outras moedas estrangeiras não depende apenas do mercado interno, mas de inúmeros outros fatores, muitas vezes relacionados a fatos imprevisíveis.

São extremamente previsíveis, por outro lado, as variações da moeda nacional frente à norte-americana, daí é que deve surgir a prudência do importador, que tem em suas mãos a possibilidade de amenizar os riscos inerentes ao negócio assumido em moeda estrangeira, mediante a contratação de seguros (operações de cobertura — *hedge* — realizadas por meio de operações de *swap*) contra os efeitos das variações de câmbio.

Aliás, como bem ressaltou o ilustre representante do Ministério Público Federal no 1º grau de jurisdição, "os contratos firmados em moeda estrangeira são todos contratos de risco, tanto os de exportação como os de importação". E prossegue: "Firmado o contrato, ou seja, obrigando-se a empresa nacional para

com a estrangeira, tem ela apenas expectativa de que o contrato possa ser perfeitamente cumprido, caso a taxa cambial permaneça nos valores esperados pelo exportador/importador. Em relação a esta taxa de câmbio, portanto, tem-se uma mera expectativa de direito; constitui risco integral de uma das partes contratantes e, ainda, não configura qualquer direito derivado do contrato supra-referido, mas de circunstâncias estranhas a ele. Desta forma, tinha a impetrante mera expectativa de direito de cumprir seus compromissos contando com uma taxa cambial esperada." (Fls. 483/484)

Apreciando questão idêntica à ora deduzida, a Primeira Turma desta Corte, nos autos do REsp n. 549.873-SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, concluiu pelo acerto da decisão tomada naquela ocasião pelo Tribunal de origem, na qual ficou consignado que:

a) "ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial";

b) "o mercado de câmbio, por natureza, é variável, tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de *hedge*";

c) "ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo Bacen, em 18.01.1999, através do Comunicado 6565, e a correspondente maxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano";

d) "a teoria da imprevisão aplica-se aos contratantes, não vinculando terceiros";

e) "a liberação do mercado de câmbio, pelo Bacen, na ocasião, é tida por regular, pois surgiu como alternativa capaz de proteger as reservas cambiais do Brasil";

f) "a volatização do mercado financeiro e de capitais, produto da globalização, é capaz de provocar súbitos desequilíbrios nas reservas cambiais, o que exige dos Governos modificações em sua política cambial, muitas vezes inesperadas ou mais drásticas que as esperadas, na tentativa de conter a liquidação da economia do país".

O respectivo acórdão ficou assim ementado:

"Responsabilidade civil do Estado. Paridade cambial. Intervenção estatal no domínio econômico. Pretensão de imputação de responsabilidade objetiva por força de alteração da paridade cambial. Conseqüente dever de

indenizar à União e ao Bacen. Fatores inerentes à conjuntura internacional que se assemelham ao fato do príncipe. Improcedência.

1. A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174, da CF.

2. Deveras, sólida a lição de que um 'dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a 'liberdade de iniciativa', conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a 'livre concorrência' como um de seus princípios obrigatórios: 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência'. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: 'Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...)'. (Celso Antônio Bandeira de Mello *in Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., Malheiros, 2002, p. 619/620)

3. No afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, o Estado-Soberano pode preconizar a paridade cambial, previsivelmente sujeita, quanto à sua estabilidade, ao comércio externo e à política internacional, fatos inimputáveis ao Estado Nacional, quer à luz da responsabilidade objetiva quer à luz da responsabilidade subjetiva, inerentes às hipóteses de atos omissivos, nos quais é imperioso detectar que

a entidade pública tinha o dever de evitar o imprevisto que gerou dano a terceiros.

4. Consoante escorreitamente assentado no aresto recorrido '1. A União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações em que se discute direito à indenização por prejuízos decorrentes da súbita modificação da política cambial, estando legitimado, com exclusividade, o Bacen, que decidiu e implementou a liberação do mercado de câmbio. 1. (*sic*) Ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial. O mercado de câmbio, por natureza, é variável. Tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de hedge. 2. Ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo Bacen, em 18.01.1999, através do Comunicado n. 6.565, e a correspondente maxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano. A teoria da imprevisão aplica-se aos contratantes, não vinculando terceiros. 3. A liberação do mercado de câmbio, pelo Bacen, na ocasião, é tida por regular, pois surgiu como alternativa capaz de proteger as reservas cambiais do Brasil. A volatização do mercado financeiro e de capitais, produto da globalização, é capaz de provocar súbitos desequilíbrios nas reservas cambiais, o que exige dos Governos modificações em sua política cambial, muitas vezes inesperadas ou mais drásticas que as esperadas, na tentativa de conter a liquidação da economia do país. (...)'

5. A existência de norma legal indicativa do exercício da intervenção no domínio econômico revela exercício regular de direito, mercê de não se inferir da norma jurídica qualquer atuar omissivo posto inexistente o dever legal de manutenção da paridade, o qual, se existente, poderia conduzir à culpa *in ommittendo*.

6. O fato do príncipe é argüível intramuros entre os particulares e extraterritorialmente pelo Estado, desde que o suposto fato imprevisível e danoso dependa de conjunturas internacionais, imprevisíveis, *ad substantia*.

7. A ciência jurídica-econômica não é imutável e eterna, como não são os ordenamentos voltados à regulação das atividades econômicas, sujeitas estas às mais diversas espécies de injunções internas e internacionais, como guerras, estratégias de proteção de produtos alienígenas, rompimento de relações diplomáticas, etc.

8. O Estado responde objetivamente pelos seus atos e de seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros e, por omissão, quando manifesto o dever legal de impedir o ato danoso, hipótese em que a sua responsabilidade é subjetiva decorrente de imperícia ou dolo.

9. A ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado.

10. Recurso Especial desprovido." (DJ 25.10.2004)

Os mesmos fundamentos foram adotados no julgamento do REsp n. 614.048-RS, também de relatoria do Ministro Luiz Fux, quando a Primeira Turma deste Pretório teve a oportunidade de confirmar o entendimento então adotado (acórdão publicado no DJ 02.05.2005)

Tem-se, assim, conforme assentado pelo eminente Ministro Luiz Fux nos julgados anteriormente mencionados, que "a ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado".

À vista do exposto, o recurso especial deve ser desprovido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 650.235-PR (2004/0034841-6)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Lembrasul Supermercados Ltda
Advogados: Antônio Ivanir de Azevedo e outros
Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária Incra
Procuradores: Valdez Adriani Farias e outros
Recorridos: Os Mesmos
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradores: Patrícia Vargas Lopes e outros

EMENTA

Vigência da Contribuição ao Incra. Natureza de intervenção no domínio econômico. Leis ns. 7.789/1989 e 8.212/1991. Destinação diversa.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, após diversos pronunciamentos, com base em ampla discussão, reviu a jurisprudência sobre o assunto, chegando à conclusão que a contribuição destinada ao Incra não foi extinta, nem com a Lei n. 7.787/1989, nem pela Lei n. 8.212/1991, ainda estando em vigor.

II - Tal entendimento foi exarado com o julgamento proferido pela Colenda Primeira Seção, no EREsp n. 770.451-SC, Relator p/ o acórdão Ministro Castro Meira, Seção de 27.09.2006. Naquele julgado restou definido que a contribuição ao Incra é uma contribuição especial de intervenção no domínio econômico, destinada aos programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares. Assim, a supressão da exação para o Funrural pela Lei n. 7.787/1989 e a unificação do sistema de previdência através da Lei n. 8.212/1991 não provocaram qualquer alteração na parcela destinada ao Incra.

III - Recurso especial do Incra provido. Recurso especial do contribuinte prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial do Incra e julgar prejudicado o do contribuinte, 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), 27 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 30.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Tratam-se de recursos especiais interpostos por Lembrasul Supermercados Ltda, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal e pelo Instituto de Colonização e Reforma Agrária — Incra, com esteio no art. 105, III, **a**, da CF, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> "Tributário. Incra (0,2%). Lei n. 8.212/1991. Extinção. Empresas urbanas. Repetição. Cabimento. Honorários.
>
> 1. A exigência de 0,2%, incidente sobre a folha de salários, foi recepcionada pela CF/1988 face ao princípio da continuidade da ordem jurídica (art. 59 do ADCT), como imposto residual, mas não sobreviveu face aos arts. 167-IV da CF/1988 — era destinado ao Incra — e 240 da CF — que não o manteve, prevendo no art. 62 do ADCT o Senar em seu lugar —, vindo a desaparecer a obrigação com a implantação do plano de custeio (Lei n. 8.212/1991).
>
> 2. A exigência de 0,2% ao Incra das empresas urbanas, no período precedente à CF/1988, não vulnerava o ordenador porquanto tais contribuições tinham caráter assistencial, sendo o trabalhador rural seu beneficiário, não havendo, ainda, relação entre a contribuição e a vinculação dos empregados aos sistemas urbanos e rural, configurando obrigação genérica, para prover um fundo financeiro, destinado ao custeio de benefícios em favor dos trabalhadores rurais.
>
> 3. Recolhimentos ao Incra, após 25.07.1991, são passíveis de repetição.
>
> 4. Honorários em dez por cento sobre o valor da condenação.
>
> 5. Apelação parcialmente provida." (Fl. 1186)

A empresa recorrente alega, em síntese:

a) a supressão da exação destinada ao Incra pelo art. 3º da Lei n. 7.787/1989, razão pela qual tem direito à repetição dos valores indevidamente recolhidos;

b) Inclusão do IGPM em 1994;

c) aplicação de 1% (um por cento) ao mês a título de juros compensatórios, a contar da data de cada pagamento indevido até a efetiva compensação ou restituição, nos termos do art. 72 do Decreto n. 612/1992, os arts. 34 e 36 da Lei n. 8.212/1991 e o art. 161 do CTN;

d) possibilidade de compensação, uma vez que o aresto recorrido definiu a possibilidade, *in casu*, apenas de repetição via precatório.

O Incra, por sua vez, pleiteia o indeferimento da restituição pretendida, entendendo que continua devida a exação.

Após a decisão de fls. 1.330/1.335, dando parcial provimento ao recurso especial do contribuinte e a decisão de fls. 1.362/1363 complementando-a, exerci o juízo de retratação e reconsiderei o *decisum* impugnado, entendendo que a questão não estava pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que impunha o exame do feito perante o colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Primeiramente faz-se oportuno observar que em face da decisão de fl. 1.391, na qual reconsiderei a decisão de 1.330/1.335, tornando-a sem efeito resta prejudicado o agravo regimental de fls. 1.348/1.351.

Presentes os requisitos de admissibilidade passo ao exame do mérito dos recursos especiais.

Analiso inicialmente o recurso especial do Incra.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, após diversos pronunciamentos, com base em ampla discussão, reviu a jurisprudência sobre o assunto, chegando à conclusão que a contribuição destinada ao Incra não foi extinta, nem com a Lei n. 7.787/1989, nem pela Lei n. 8.212/1991, ainda estando em vigor.

Tal entendimento foi exarado com o julgamento proferido pela Colenda Primeira Seção, no EREsp n. 770.451-SC, Relator p/ o acórdão Ministro Castro Meira, Sessão de 27.09.2006.

Naquele julgado restou definido que a contribuição ao Incra é uma contribuição especial de intervenção no domínio econômico, destinada aos programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares.

Observou-se que a edição da Lei n. 7.787/1989 tratou de suprimir a contribuição para o Prorural a cargo do Funrural, destinado à assistência social do trabalhador rural, uma vez que estabeleceu uma alíquota única de 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas, reservada à previdência social, mas deixou incólume a parcela destinada ao Incra.

A contribuição ao Incra também não foi objeto da Lei n. 8.212/1991, que extingue os regimes de previdência social instituídos pela LC n. 11/1971, incluindo aqui a previdência rural, a qual, conforme acima explicitado, não era integrada pela contribuição ao Incra.

Concluiu-se então que:

a) a contribuição para o Incra não foi extinta pelos diplomas normativos acima mencionados, encontrando-se em vigor;

b) para as demandas em que não mais se discute a legitimidade da cobrança da exação, afastou-se a possibilidade da compensação da contribuição ao Incra, com outras contribuições sobre a folha de salários, em virtude da natureza da contribuição ao Incra, classificada como especial atípica, destinada a promover a reforma agrária.

Nesse diapasão, destaco os seguintes precedentes:

"Tributário. Contribuição destinada ao Incra. Lei n. 2.613/1955 (Art. 6º, § 4º). Decreto-Lei n. 1.146/1970. LC n. 11/1971. Natureza jurídica e destinação constitucional. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - Cide. Legitimidade da exigência mesmo após as Leis ns. 8.212/1991 e 8.213/1991. Discussão que se restringe à possibilidade de compensação. Art. 66 da Lei n. 8.383/1991.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 770.451-SC (acórdão ainda não publicado), após acirradas discussões, decidiu rever a jurisprudência sobre a matéria relativa à contribuição destinada ao Incra.

2. Naquele julgamento discutiu-se a natureza jurídica da contribuição e sua destinação constitucional e, após análise detida da legislação pertinente, concluiu-se que a exação não teria sido extinta, subsistindo até os dias atuais e, para as demandas em que não mais se discutia a legitimidade da cobrança, afastou-se a possibilidade de compensação dos valores indevidamente pagos a título de contribuição destinada ao Incra com as contribuições devidas sobre a folha de salários.

3. Em síntese, estes foram os fundamentos acolhidos pela Primeira Seção:

a) a referibilidade direta não é elemento constitutivo das CIDE's;

b) as contribuições especiais atípicas (de intervenção no domínio econômico) são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa (referibilidade). Esse é o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas;

c) as CIDE's afetam toda a sociedade e obedecem ao princípio da solidariedade e da capacidade contributiva, refletindo políticas econômicas de

governo. Por isso, não podem ser utilizadas como forma de atendimento ao interesse de grupos de operadores econômicos;

d) a contribuição destinada ao Incra, desde sua concepção, caracteriza-se como Contribuição Especial de Intervenção no Domínio Econômico, classificada doutrinariamente como Contribuição Especial Atípica (CF/1967, CF/1969 e CF/1988, art. 149);

e) o Incra herdou as atribuições da Supra no que diz respeito à promoção da reforma agrária e, *em caráter supletivo, as medidas complementares de assistência técnica, financeira, educacional e sanitária, bem como outras de caráter administrativo;*

f) a contribuição do Incra tem finalidade específica (elemento finalístico) constitucionalmente determinada de promoção da reforma agrária e de colonização, visando atender aos princípios da função social da propriedade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais (art. 170, III e VII, da CF/1988);

g) a contribuição do Incra não possui referibilidade direta com o sujeito passivo, por isso se distingue das contribuições de interesse das categorias profissionais e de categorias econômicas;

h) o produto da sua arrecadação destina-se especificamente aos programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares. Por isso, não se enquadram no gênero Seguridade Social (Saúde, Previdência Social ou Assistência Social), sendo relevante concluir ainda que:

h.1) esse entendimento (de que a contribuição se enquadra no gênero Seguridade Social) seria incongruente com o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento, ao se admitir que essas atividades fossem dirigidas apenas aos trabalhadores rurais assentados com exclusão de todos os demais integrantes da sociedade;

h.2) partindo-se da pseudo-premissa de que o Incra integra a "Seguridade Social", não se compreende por que não lhe é repassada parte do respectivo orçamento para a consecução desses objetivos, em cumprimento ao art. 204 da CF/1988;

i) o único ponto em comum entre o Funrural e o Incra e, por conseguinte, entre as suas contribuições de custeio, residiu no fato de que o diploma legislativo que as fixou teve origem normativa comum, mas com finalidades totalmente diversas;

j) a contribuição para o Incra, decididamente, não tem a mesma natureza jurídica e a mesma destinação constitucional que a contribuição previdenciária sobre a folha de salários, instituída pela Lei n. 7.787/1989 (art. 3º, I), tendo resistido à Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, com amparo no art. 149 da Carta Magna, não tendo sido extinta pela Lei n. 8.212/1991 ou pela Lei n. 8.213/1991.

4. Impossibilidade de compensar-se, nos termos do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, os valores pagos a título de contribuição para o Incra com a contribuição incidente sobre a folha de salário porque não possuem elas a mesma natureza jurídica e destinação constitucional.

5. Embargos de Divergência conhecidos mas improvidos." (EREsp n. 705.536-PR, Relator p/ o acórdão Ministra Eliana Calmon, DJ 18.12.2006, p. 292)

"Tributário. Incra. Contribuição. Natureza. Extinção. Leis ns. 7.789/1989 e 8.212/1991. Compensação.

1. Criado pelo Decreto-Lei n. 1.110/1970 com a missão de promover e executar a reforma agrária, a colonização e o desenvolvimento rural no País, ao Incra foi destinada, para a consecução de seus objetivos, a receita advinda da contribuição incidente sobre a folha de salários no percentual de 0,2% fixada no art. 15, II, da LC n. 11/1971.

2. O Incra nunca teve a seu cargo a atribuição de serviço previdenciário, razão por que a contribuição a ele destinada não foi extinta pelas Leis ns. 7.789/1989 e 8.212/1991 — ambas de natureza previdenciária —, permanecendo íntegra até os dias atuais como contribuição de intervenção no domínio econômico. Em face das conclusões expendidas, resta prejudicada a análise da pretensão da empresa recorrente acerca do pedido de compensação.

3. Recurso especial do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária provido.

4. Recurso especial da contribuinte prejudicado." (REsp n. 886.052-PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ 02.02.2007, p. 391)

Tais as razões expendidas, dou provimento ao recurso especial do Incra e julgo prejudicado o recurso especial da empresa contribuinte. Não havendo condenação, fixo os honorários em 20% sobre o valor da causa.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 674.586-SC (2004/0096228-0)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Rosângela Aparecida Voss
Advogado: Maristela J. Medeiros Bogo
Recorrido: Hospital Municipal São José
Advogados: Diva Mara Machado Schlindwein e outros

EMENTA

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

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

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

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

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

festação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

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

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

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

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

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

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

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

5. Incidência de indenização por danos morais.

7. Recurso especial provido.

7. Deveras, consoante doutrina José dos Santos Carvalho Filho: "A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva (...)", sendo certo que a caracterização da

responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administra tivo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexo causal: também denominado nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consectariamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despiciendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Recurso especial provido para a) determinar que a pensão mensal seja paga desde o falecimento da vítima, à razão de 2/3 do salário mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade; a partir daí, à base de 1/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade; b) fixar a indenização por danos morais em 300 salários-mínimos. Invertidos os ônus de sucumbência.

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, prosseguindo no julgamento, após voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, por maioria, vencido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (voto-vista), dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e José Delgado (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 6 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 02.05.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por Rosângela Aparecida Voss (fls. 305/318), com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"Responsabilidade civil objetiva. Pleito de danos materiais e morais. Morte de menor em decorrência de infecção generalizada. Atuação dos

profissionais da entidade hospitalar típica à espécie. *Onus probandi*. Nexos de causalidade e culpa indemonstrados. Apelo inacolhido. Vinculação de magistrado. Inocorrência.

"Nas obrigações de meio, que se contrapõe às obrigações de resultado, segundo Demogue, obriga-se tão-somente a diligenciar honestamente a realização de um fim, com os meios que dispõe, a exemplo do que se dá com o exercício profissional da medicina, quando a responsabilidade do médico fica condicionada à demonstração de sua culpa, que por negligência, imprudência ou imperícia" (Revista Forense, vol. 303, p. 179)

O *onus probandi* incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, nos termos do inciso I, do art. 333 do CPC.

A simples alegação não é suficiente para formar a convicção do magistrado; é imprescindível a comprovação da extência do fato alegado (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*).

"Mercê das alterações introduzidas na processualística pátria pela Lei n. 8.637, de 31.03.1993, a vinculação do magistrado substituto que preside as audiências de julgamento nos feitos submetidos à sua apreciação no interregno da substituição, vê-se encerrada, com a sua conseqüente e total desvinculação, com a assunção do titular e com a sua designação para outra unidade jurisdicional, ainda que na mesma comarca" (CC n. 99.01426-6 Desembargador Trindade dos Santos)." (Fl. 268)

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados, *verbis*:

"Embargos de declaração. Omissão. Art. 535, II, do CPC. Inocorrência. Desacolhimento.

Tendo o acórdão combatido examinado todos os pontos indispensáveis para o deslinde da quaestio, não há que se falar em omissão.

"Os embargos de declaração prestam-se ao aprimoramento do julgado que omite ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal, apresenta-se obscuro ou contraditório e não a elucidar questões já implicitamente decididas no julgado embargado." (EEAR no CC n. 27.046-BA, Ministra Nancy Andrighi)

Segundo noticiam os autos, Rosângela Aparecida Voss ajuizou ação de indenização por danos patrimoniais e morais morais, ao fundamento, *litteris*:

"(...)

No dia 1º.09.1995, por volta das 10:00 horas, a menor Carina Talita Voss, filha da autora, com oito anos de idade, conforme certidão de

nascimento inclusa, com oito anos de idade, conforme certidão de nascimento inclusa, foi levada ao "Pronto Socorro" do réu para ser medicada de uma contusão sofrida no ombro esquerdo motivada por uma queda de bicicleta. Às 13:30 horas, mais ou menos, foi atendida pelo médico plantonista, Dr. Jorge Okuda, o qual, após tomar as providências de praxe, liberou-as sem maiores delongas.

2. Ocorre que no dia seguinte (02.09.1995), face o agravamento de seu estado de saúde, foi a menor novamente levada ao P.S. do ré, onde foi atendida somente às 19:00 horas, suplicando por atendimento de emergência, principalmente porque apresentava paralisia dos membros superior e inferior direitos.

O médico plantonista, Dr. Renato Soares, que atendeu, sem realizar outros exames complementares à radiografia, já realizada, a despeito da menor estar passando mal, limitou-se a repetir o medicamento prescrito anteriormente, conforme se vê dos receituários inclusos, liberando-a, enfim, sem outras recomendações médicas.

3. A menor, embora ingerindo religiosamente o medicamento prescrito, não apresentou nenhuma melhora, tendo, inclusive, piorado durante os períodos diurno e noturno do dia seguinte (03.09.1995).

Novamente, no dia 04.09.1995, por volta das 10:00 horas, foi a menor levada ao P. S. Do réu,oportunidade em que foi internada por determinação do Dr. Renato Soares, afim de serem realizados os devidos exames médicos, os quais, pelo que se tem notícia, foram efetivados somente após às 18:00 horas daquele dia. Pouco tempo depois, por volta das 20:00 horas, os familiares da menor foram cientificados pelo médico designado para o caso, que ela fora transferida para a U.T.I, face o seu estado de saúde ser gravíssimo. Comunicou, ainda o referido médico, que naquela mesma noite a menor seria operada, mas que ele nada poderia garantir sobre o êxito da cirurgia, uma vez que os rins dela já haviam "parado", e seu estado de saúde era periclitante.

Mais tarde, o dito médico retornou comunicando que efetivamente havia realizado a cirurgia e que constava infecção generalizada no corpo da criança, sendo por esse motivo, mínima a possibilidade de sua sobrevivência. Disse ele também, que a menor foi operada tarde demais e, se sobrevivesse, ficaria com seqüelas irreparáveis para o resto da vida.

4. Então, a menor, após longo período em estado de "coma", veio a falecer no dia 09.09.1995, conforme certidão de óbito inclusa.

5. Diante do exposto evidencia-se que a negligência do preposto do réu, Dr. Renato Soares, pelo fato de não ter tomado as providências em tempo hábil, exigidas pelas circunstâncias, foi na verdade a causa da morte da criança.

Além de ter se havido com negligência, o referido médico houve-se também com imprudência e imperícia. Senão vejamos:

a) Foi imprudente porque, precipitadamente, sem usar de cautela, limitou-se a repetir a prescrição do medicamento receitado à menor, quando do primeiro atendimento;

b) Foi imperito, porque deixou de proceder, na menor, o devido exame médico, faltando assim com a observância das normas técnicas que o caso exige. (...).” (Fls. 2/3)

O Juiz de Direito da 3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda da Comarca de Joinville-SC julgou improcedente o pedido, sob o fundamento *litteris*:

“(...) Conforme reza o art. 333, I, do CPC o ônus da prova cabe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito. No caso em tela, não há provas de que a menor tenha apresentado um quadro clínico de rigidez no membro superior esquerdo quando do seu retorno ao pronto socorro do requerido em 02.09.1995. È ponto nevrálgico da questão, eis que tal sintoma poderia sugerir o padecimento infeccioso que se instalava na menor.

O quadro clínico evoluiu para uma infecção generalizada que culminou com o óbito da menor no dia 09.09.1995. A questão crucial é: obrou com culpa — negligência por falta de atendimento adequado ou imperícia por adoção de procedimento correto — o profissional que deu atendimento a menor?

A análise criteriosa dos autos informa que houve diagnóstico tardio do estado clínico da menor. Ocorre, entretanto que este “erro de diagnóstico”, conforme se verifica nos tratados médicos, é plenamente justificável pela raridade do quadro que se apresentava. Não trata-se de erro manifesto e grosseiro,mas de um quadro excepcional que se apresentou,e, conforme comprova os documentos dos autos, tomou-se as medidas ordinárias e preventivas que o caso requeria nos exatos termos do procedimento normal de um profissional de medicina mediano. (...)” (Fls. 201/202)

Irresignada a autora interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento ao recurso, nos termos da ementa acima transcrita.

A Recorrente, em sede de recurso especial, sustenta, preliminarmente, ofensa ao art. 535, do CPC, ao fundamento de que, a despeito da oposição de embargos de declaração, o acórdão hostilizado não manifestou-se acerca da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, 6º, CF), do onus probanbi nas relações de consumo e a possibilidade de inversão do ônus da prova com vistas à facilitação da defesa do direito do consumidor (Lei n. 8.078/1990), bem como do pedido de assistência judiciária.

No mérito aduz que:

> "(...) Verifica-se porém, sem qualquer sofisma, que os eméritos julgadores de 1º e 2º graus, deixando de aplicar em favor da Recorrente o princípio da responsabilidade civil objetiva, contrariando violentamente os preceitos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, houveram-se em flagrante e abominável injustiça.
>
> *omissis*
>
> Ademais, deveria ser observado pelos ilustres e sábios julgadores que a Recorrente, conforme se vê da exordial deste feito, ajuizou ação contra o Hospital Municipal São José, pessoa jurídica de direito público, fato esse, que por si só, seria mais do que suficiente para autorizar nos julgamentos de 1º e 2º graus a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva por risco. Inclusive o recorrido à fl. 22 está qualificado como "autarquia municipal", cuja qualificação, aliada aos documentos acostados à peça contestatória confirma ser a mesma entidade de direito público, não podendo, destarte, os julgadores já mencionados, alegarem que não aplicaram em sua decisão o princípio da responsabilidade civil objetiva, que compreende a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral,em virtude de desconhecerem tal fato, ou mesmo porque a Recorrente não formulou na ação pedido específico de reconhecimento e aplicação do referido princípio de direito.
>
> Ressalta-se que de acordo com o princípio da responsabilidade objetiva o agente tem a obrigação de reparar o dano, independentemente da constatação da culpa, simplesmente porque o dano foi produzido.
>
> *omissis*
>
> Ora, no presente caso e na oportunidade, estando o Dr. Renato Soares no exercício de sua função e agindo em razão dela e não tendo ocorrido fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato de terceiro, deveriam, so ilustres julgadores, em obediência ao dispositivo constitucional e respeito ao que acha-se consagrado pela doutrina e jurisprudência, ter dado

provimento ao recurso de apelação, reformando a sentença de 1º grau para, em conseqüência, decretar a procedência da ação." (Fls. 309/312)

O Hospital Municipal São José, em contra-razões às fls. 337/346, pugna, preliminarmente, pela inadmissibilidade do recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7-STJ.

No mérito sustenta, sinteticamente, que o direito civil pátrio adotou a teoria da culpa genérica no que diz respeito à responsabilidade médica, o que, no seu entender, impõe à vítima do dano provar a culpa do profissional, stricto sensu, consubstanciado na imprudência, negligência e imperícia ou dolo, decorrente de ação ou omissão voluntária para fins de ressarcimento do dano.

O recurso especial foi admitido no Tribunal *a quo*, consoante despacho de fls. 370/371.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço dos recursos pela alínea **a**, do permissivo constitucional, uma vez que a matéria restou devidamente prequestionada.

Com efeito, na hipótese sub examine, a violação do art. 535 do CPC não restou configurada. Isto porque o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos, consoante se infere do voto condutor dos embargos de declaração às fls. 298/300.

Nesse sentido confira-se, à guisa de exemplo, julgado desta Relatoria no REsp n. 665.538-PE, DJ 17.12.2004, *litteris*:

> "Processual civil. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada.
>
> 1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
>
> 2. Recurso especial a que se nega seguimento (art. 557, *caput*, do CPC).

Ultrapassadas a questões preliminares, subjaz a questão atinente à responsabilidade civil do Estado, decorrente de dano patrimonial e moral, e a obrigação de indenizar o lesado.

Noticiam os autos que Rosângela Aparecida Voss ajuizou ação de indenização em face do Hospital Municipal São José, ao fundamento de que no dia 1º.09.1995 levou sua filha, Carina Talita Voss, para atendimento naquele estabelecimento hospitalar, que diagnosticada por médico plantonista, foi encaminhada para casa, sendo certo que, dois dias após, constatou-se erro na avaliação anteriormente realizada, vindo a menor a falecer em decorrência de Infecção generalizada (Septicemia).

O Juiz Singular julgou improcedente a demanda, ao fundamento de que o ônus da prova cabe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, consoante preceitua o art. 333, I, do CPC.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento à apelação, ao fundamento *litteris*:

> " (...) Quanto ao mérito, cumpre primeiramente fixar a lição de Clóvis Beviláqua acerca do art. 1.545 do CC, que cuida da culpa dos profissionais da saúde: "A responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzem morte, inabilitação para o trabalho, ou ferimento, funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a escusa que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se Ihes confiam, no pressuposto de que os zelem. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as infrações." (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. 4, p. 696)
>
> O histórico demonstrado nos prontuário médicos em anexo são incontroversos: Carina Talita Voss foi levada ao pronto socorro em decorrência de uma queda de bicicleta, e, após atendida pelo médico Jorge Okuda foi liberada para sua residência (Bau n. 319.030).
>
> Retornou ao pronto-socorro no dia 02.09.1995, sábado, às 20h26min (Bau n. 319.547) com sintomas de dor no local da contusão — região deltóide (músculo da espádua, triangular que vai da parte superior do úmero ao terço externo da clavícula) —, vômitos e febre. Atendida pelo cirurgião Jorge Murata, foram realizadas radiografias de tórax e ombro, nada constando de anormal nos exames.

Por existir referência a febre e vômitos, a criança foi encaminhada ao médico Renato Soares, pediatra de plantão, o qual constatou sinais sugestivos de faringe-amigdalite, prescrevendo analgésico e antiflamatório.

Em 04.09.1995, às 10h55min, a paciente retornou e foi atendida pelo pediatra José Vicente Bertazo e pelos ortopedistas Argemiro Boehm e Mauro Marquiotti, seguido de Renato Soares, também pediatra, de plantão no período das 13 às 16 horas (Bau n. 320.044).

Foram realizadas radiografias do ombro e úmero, a pedido do ortopedista Argemiro Boehm que demonstravam aumento do volume de partes moles e estrutura óssea preservada, enquanto que a realizada no tórax mostrava infiltrado heterogêneo nas bases pulmonares. Os médicos Renato Soares e Mauro Marquiotti, constatando a gravidade da situação e supondo a presença de septicimia (presença de germes ou substância sépticas no sangue circulante), solicitaram exames apropriados e a urgente internação às 25min daquele dia (fI. 70). Na mesma oportunidade foram realizados exames de líquidos (realizado pelo médico), glicose, uréia, creatinina, sódio e potássio e uma gasometria arterial, esta última realizadas às 19h55min os quais, segundo laudo laboratorial, estavam normais.

Internada na UTI, foi realizada uma drenagem (colocação de tubos destinado a eliminar líquidos de cavidades de tecidos impregnados de líquidos após atos operatórios) de abcesso (coleção de pus dentro de tecidos orgânicos, em conseqüência de inflamação) de ombro e de cotovelo. O procedimento foi efetuado pelo médico plantonista Hamilton Ribas Júnior, com início às 21 h30min e término às 23 horas (relatório cirúrgico).

Em 05.09.1995 a paciente apresentou sinais clínicos e radiológicos de pneumonia bilateral, a qual evoluiu para um empidemia (acumulação de pus em cavidades do corpo, especialmente no tórax) pulmonar esquerdo que foi drenado cirurgicamente em 06.09.1995. Outro empidemia, desta vez do lado direito, foi drenado em 08.09.1995.

Desde o dia 04.09 a paciente recebeu antibioticoterapia, com medicamentos reservados para situações especiais e graves, habitualmente resolutivos, como A Ceftriaxona e Vancocina. No dia 05.09.1995 foi realizada associação das drogas com amicocina, antibiótico extremamente eficaz.

Às 18 horas do dia 04.09.1995 foi realizada uma punção do ombro, a qual encontrou apenas sangue,. do hematoma já identificado clínica e radiologicamente. Foi enviada amostra para cultura, visando a identificar

a bactéria causadora da possível infecção local. A cirurgia realizada na mesma noite identificou infecção óssea em cotovelo e ombro.

Ainda naquele dia, sendo constatado torpor, insuficiência respiratória severa e quadro de choque infeccioso, foram obtidas amostras de sangue para culturas e realizados todos os esforços para a recuperação da paciente.

Estabeleceram por fim diagnóstico de septicemia complicada com síndrome de angústia respiratória aguda.

As culturas realizadas revelaram ausência de crescimento bacteriano, exceto a cultura do abcesso pleural do dia 08.09.1995, a qual mostrou a bactéria pseudomonas, germe habitualmente ligado a situação envolvendo pacientes imunodeprimidos, em UTI, a qual deveria ser secundária.

Infelizmente a doença evoluiu e a criança faleceu em 09.09.1995, não obstante a equipe médica e de atendimento do Hospital São José tenha empreendido todos os esforços possíveis a fim de preservar-lhe a vida.

Não há, na espécie, nexo de causalidade, que é essencial para a responsabilização de alguém por um dano.

A respeito discorre a doutrina:

"o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se 'nexo causal', de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela conseqüência." (Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*, vol. 70, Ed. Saraiva, p. 352)

"(...) a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente" (Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*, 70 vol., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 31).

E ainda: "Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento

ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente." (Silvio Rodrigues. Direito Civil — Responsabilidade Civil, vol. IV, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 18)

Quanto à culpa, é de mister identificar que o caso em análise versa sobre a modalidade da imperícia, pois diz respeito à inobservância ou não de regra técnica. Aquela, segundo Fernando Noronha: "(...) é a culpa profissional: o agente, aqui, ofende regras técnicas de uma dada atividade, ou porque não as conhece, ou porque age inconsideradamente. Se ele não tem os conhecimentos profissionais necessários, existe como que uma imperícia negligente (...)' Se ele, apesar de ser bom profissional, pratica um ato arriscado, na esperança de que tudo terminará bem, haverá uma como que imperícia imprudente (H')" (Universidade Federal do Estado de Santa Catarina — UFSC, *in* Apostila de Responsabilidade Civil, Capítulo 7 — Caracterização, Modalidades, Pressupostos, item 11.2.2, p. 462).

Observe-se que na espécie a medicação e o tratamento, conforme anteriormente mencionados, corresponderam aos sintomas apresentados.

É certo que, consoante lição de Marco Henry Thélin, "(...) nas obrigações de meio, que se contrapõe às obrigações de resultado, segundo Demogue, obriga-se tão-somente a diligenciar honestamente a realização de um fim, com os meios que dispõe, a exemplo do que se dá com o exercício profissional da medicina, quando a responsabilidade do médico fica condicionada à demonstração de sua culpa, quer por negligência, imprudência ou impe Revista Forense, vol. 303, p. 179).

Ocorre, portanto, que o ônus da prova do nexo de causalidade e da culpa, fatos constitutivos do direito pleiteado, é do autor, por força do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Incisiva é a orientação de Moacyr Amaral Santos, quando ensina que: "o autor, na inicial, alega o fato, ou fatos, em que se fundamenta o pedido (...). Tais fatos, se possíveis e juridicamente relevantes, serão levados em conta pelo juiz ao proferir a sentença, uma vez convencido quanto à veracidade dos mesmos. Mas como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato." (*Comentários ao Código de Processo Civil IV*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 29)

Ora, como, *in casu*, o *onus probandi* incumbia à autora, e não tendo ela fornecido a prova destinada à formação da convicção quanto aos fatos alegados, outro não pode ser o veredicto senão a improcedência do pedido.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo."

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

A hipótese sub examine cinge-se à Responsabilidade Civil do Estado, mais especificamente, por omissão de um de seus agentes.

Consoante cediço, a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

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

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

> Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado.
>
> 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.
>
> 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.
>
> 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

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

5. Incidência de indenização por danos morais.

7. Recurso especial provido.

Com efeito, destaque-se elucidativo trecho do voto, proferido pelo Desembargador Newton Trisotto, que de forma brilhante examinou a questão posta nos autos, *litteris*:

"(...)

2.1. Conforme o art. 333 do Código de Processo Civil, ao autor cumpre provar o fato constitutivo do seu direito (inciso I). Essa regra não é absoluta; comporta exceções. Uma delas se verifica no caso *sub judice*.

O Hospital Municipal de São José, réu nesta demanda, é pessoa jurídica de direito público; na contestação, está qualificado como "autarquia municipal.' (Fl. 22)

De acordo com o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, "assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

A norma constitucional encerra o princípio da responsabilidade civil objetiva, que compreende a teoria do risco administrativo e a teoria do risco inteqral (ou responsabilidade objetiva por risco).

Apoiada em lição de Hely Lopes Meirelles, observa Maria Sylvia di Pietro que "a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior." (Direito administrativo, Atlas, 1999, 118ª ed., p. 504)

Conforme Odete Medauar, "a adoção da responsabilidade objetiva do Estado levou alguns autores a cogitar de uma nebulosa distinção entre teoria do risco integral e teoria do risco administrativo. A primeira representaria um sentido absoluto da responsabilidade da Administração, para levá-la a ressarcir todo e qualquer dano relacionado a suas atividades. A segunda admitiria isenção total ou parcial da responsabilidade, se fosse comprovada força maior ou participação da vítima no evento danoso. No entanto, autores que mencionaram em suas obras a teoria do risco integral, para adotá-lá admite a isenção da Administração em caso de força maior ou culpa da vítima, pois em tais hipóteses deixaria de haver nexo de

causalidade ensejadora da responsabilização. Desse modo, parece inexistir diferença substancial entre o risco integral e o risco administrativo, como ensina Yussef Said Cahali (Responsabilidade civil do Estado, 2ª ed., 1995, p. 40/44).” (*Responsabilidade civil do Estado*, RT, 2001, 5ª ed., p. 431)

São defensores da teoria do risco integral, entre outros, Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira e Celso Ribeiro Bastos.

A teoria do risco integral não é aceita pela maioria dos juristas. Entre eles, prevalece o entendimento de que “o fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo que acontece no meio social.’ (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, Lumen Juris, 1999, 5ª ed., p. 390)

Da doutrina colaciono lições relacionadas com a matéria:

“Para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização.” (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro,* RT, 1989, 14ª ed., p. 558)

“Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.

É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.

Segundo Hely Lopes Meirelles a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral; a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado:

culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior.' (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *op. cit.,* p. 504)

"Havendo dano e nexo causal, o Estado será responsabilizado patrimonialmente, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica pública, fonte da descompensação ocorrida.

Qual o fato ou ato necessário e suficiente para dar origem à responsabilidade civil do Estado? Em que condições o Estado é obrigado a indenizar?

Em primeiro lugar, cumpre recordar que o instituto da responsabilidade gira em tomo do dano, conseqüente necessário de uma causa, pessoal ou material, que lhe deu origem. No fundo, em última análise, a causa é sempre o homem, porque as máquinas estão ou devem estar sob contínua vigilância do agente público.

A fonte primeira da responsabilidade civil do Estado é o agente público, que se exterioriza ou por meio de atos administrativos, ou por meio de fatos administrativos, ou, ainda, por omissões." (José Cretella Júnior, O Estado e a obrigação de indenizar, Saraiva, 1980, p. 105)

Tendem os tribunais à rejeição da teoria do risco integral, conforme se observa dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e, do Superior Tribunal de Justiça cujas ementas passo a reproduzir:

omissis

Também neste Sodalício e nesta Câmara não prevalece a teoria do risco integral (AC ns. 2000.005899-8 e 2000.022985-7, Desembargador Francisco Oliveira Filho; AC ns. 2000.000032-9 e 1999.019677-1, Desembargador Luiz Cézar Medeiros; AC n. 2000.018560-4, Desembargador João Martins; AC n. 2000.006132-8, Desembargador César Abreu; AC n. 1999.004117-4, Desembargador Volnei Carlin), tese que igualmente rejeito.

É certo que a obrigação dos médicos é de meio e não de resultado. Essa distinção tem relevância porquanto na obrigação de meio cumpre à vítima comprovar os pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão do agente; b) culpa; c) relação de causalidade; d) dano experimentado. Naquela de resultado, esse ônus é transferido ao causador do dano. (Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, Saraiva, 1999, 30ª ed., v. 4, p. 55)

2.2. No caso sub examine, sequer é necessário perquirir a respeito desse aspecto da questão. Isto porque, estabelecida a premissa de que o

Hospital São José é responsável pela reparação de danos que seus servidores ou contratados venham a causar a terceiros, compete-lhe provar que a morte de Carina Talita Voss não decorreu de ação culposa dos médicos que a atenderam: Drs. Jorge Okuda e Renato Soares.

Sendo o juiz leigo na ciência médica, não deve dispensar a prova pericial. Sobre o tema, no acórdão relativo à Apelação Cível n. 1998.008641-8, destaquei:

"O juiz é o destinatário da prova (Moacyr Amaral Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1977, IV v., p. 9). Cumpre-lhe aferir a necessidade ou não da sua realização (CPC, art. 130). E tem o juiz a 'iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de Estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes' (REsp n. 43.467, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* RSTJ n. 84/250), respeitado, evidentemente, o princípio de que todos são iguais perante a lei, por cuja observância, no processo, deve zelar. (CPC, art. 125, I)

Conforme precedente da Câmara, 'se fatos decisivos para o deslinde da causa não se encontram suficientemente esclarecidos, ao órgão julgador é lícito converter o julgamento em diligência para que sejam inquiridas testemunhas e realizada prova pericial (RITJSC, art. 116; AC n. 1999.017688-6; REsp n. 142.174, Ministro Peçanha Martins)." (AC n. 1998.001023-3)

Na doutrina também é posta em relevo essa dificuldade:

"Os fatos conflituosos podem ser simples ou complexos. Simples é o fato que, uma vez ocorrido, imediatamente gera conseqüências jurídicas. A morte ocasiona a sucessão hereditária. Provado o fato morte, deflagra-se o processo de inventário, sem a necessidade de perquirição da causa da morte. Complexo é o fato que, para gerar conseqüências jurídicas, é mister ver demonstrados certos elementos intrínsecos à sua ocorrência, que não são facilmente visualizáveis. Ruído o prédio, não é suficiente a prova do desabamento para que o construtor seja condenado à reparação, sendo imprescindível o exame dos motivos da queda.

Na hipótese dos fatos complexos, seu perfeito conhecimento demanda conhecimentos científicos que o juiz não está obrigado a ter, necessitando de um auxiliar com formação acadêmica na área relativa ao fato a provar,

para formara a convicção correta do fato acontecido." (Luiz Rodrigues Wambier, Curso avançado de processo civil, RT, 1998, v. 1, p. 531)

"Tem cabimento a perícia quando a prova do fato depender de conhecimento especial, de natureza científica (Código de Processo Civil, arts. 145, 420, I, e 424, I), que não se encontra no âmbito da ciência que se espera do juiz. Vale-se, então, o juiz, de pessoas que tenham o conhecimento adequado à apuração que deve ser feita no processo, preenchendo a lacuna de sua Cultura" (Antônio Carlos de Araújo Cintra, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 2000, v. 4, p. 198).

2.3. O conjunto probatório é constituído do prontuário médico (fls. 63/142) e das declarações prestadas pela autora (fls. 155/156), pelo Dr. Renato Soares (fls. 157/158) e pelo Dr. Clóvis Hoepener. (Fl. 164)

Penso que, se houve falha no atendimento à vítima, esta ocorreu na primeira vez em que ela retornou ao hospital.

Das declarações prestadas em juízo pelo Dr. Renato Soares, extraio os excertos que seguem:

"Que o depoente é médico pediatra do hospital requerido e foi quem atendeu a menor Carina após ter passado pelo ortopedista Jorge Ukoda e nesta oportunidade diagnosticou' uma amigdalite e faringite, prescrevendo um antiínflamatorio Cat Âflan e um analgésico provavelmente derivado da Dipirona. E que pelo estado da criança não entendeu necessários outros exames aconselhando que voltasse para casa. Que o depoente recebeu novamente a criança em seu consultório no dia 04.09 pela manhã e pelo exame clínico já pôde constatar que se tratava de um quadro infeccioso bastante grave. Do consultório do depoente a criança já medicada seguiu para internação e de lá para cirurgia onde se constatou a existência de infecção grave provocada pela bactéria estafilococus, que segundo o depoente se prolifera com bastante facilidade nos quadros de artitre séptica e osteomelite. Dali o quadro foi se agravando até o óbito.

(...) que o depoente ao diagnosticar a laringo-amigdalite na criança concluiu decorrer de processo viral, até inexistiam secreções nas amígdalas e assim não realizou exame do material que sequer era aparente nas amígdalas. Que o quadro clínico apresentado pela criança ao depoente não fazia supor a possibilidade de infecção por bactéria. Que não procedeu no momento do exame a ligação entra a inflação de amígdala com a lesão traumática no ombro da paciente. Que atualmente refletindo sobre o caso e suas conseqüências o depoente ainda entende não poderia ter reconhecido

a origem da amigdalite, diferente do que fez na oportunidade, ou seja, decorrente do processo viral, vez que sabe que a bactéria estafilococus entrou no corpo da criança e alojou-se no local da lesão mas não pode precisar por que porta entrou." (Fls. 157/158)

À vista dessas declarações, indago: o médico Renato Soares foi perito? Ante o quadro clínico da paciente, deveria ter requisitado exames complementares? Entre esses exames, há algum que poderia revelar o desenvolvida infecção? Dependendo do resultado desses exames, outro seria o diagnóstico ou o tratamento medicamentoso?

Só a resposta a essas indagações e outros esclarecimentos poderiam levar à segura conclusão de que o óbito de Carina Talita Voss não resultou de imperícia ou negligência dos médicos que a atenderam.

Por desconhecer a ciência médica, não tenho essas respostas, razão que me levou a votar pela conversão do julgamento em diligência para que fosse colhido parecer de perito. (Grifo nosso)

A proposta encontra respaldo no Código de Processo Civil (art. 560, parágrafo único) e no Regimento Interno desta Corte (art. 116).

2.4. Não tendo o réu produzido prova satisfatória de que o óbito da vítima não resultou de imperícia, imprudência ou negligência dos médicos que a atenderam, divergi da douta maioria e votei pelo provimento do recurso, adotando, ainda, os fundamentos inseridos nos pareceres do Promotor de Justiça (fls. 234/244) e do Procurador de Justiça (fls. 251/261). (Fls. 280/287)

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

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

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

Contudo, na hipótese vertente, o Hospital Municipal São José não produziu prova satisfatória e suficiente de que o óbito da vítima não resultou de imperícia, imprudência ou negligência dos médicos que a atenderam, consoante se infere do voto proferido pelo Desembargador Newton Trisotto (fls. 280/287), o que revela a necessidade de provimento ao recurso especial para julgar procedente a ação de indenização.

No que pertine à indenização devida a título de danos materiais, a jurisprudência desta Corte e do STF, pacificada pela Súmula n. 491, reconhece o direito dos pais ao pensionamento devido pela morte de filho menor, independentemente de este exercer ou não atividade laborativa, quando se trate de família de baixa renda, como na hipótese dos autos.

> "Civil. Ação de indenização. Atropelamento fatal. Morte de menor. Família de baixa renda. Pensionamento devido. Período. Redução do valor para 1/3 após os 25 anos de idade da vítima. Dano moral. Razoabilidade.
>
> I - Em se tratando de família de baixa renda, é devido o pensionamento pela morte de filho menor em acidente causado por coletivo da empresa ré, equivalente a 2/3 do salário mínimo dos 14 anos até 25 anos de idade da vítima, reduzido para 1/3 até a data em que o *de cujus* completaria 65 anos.
>
> II - Manutenção do valor fixado a título de danos morais, por não se verificar excesso, na espécie.
>
> III - Recurso especial conhecido e parcialmente provido." (REsp n. 514.384-CE, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 10.05.2004)

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

> "Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais e materiais. Indenização.
>
> 1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de fixar a indenização por perda de filho menor, com pensão integral até a data em que a

vítima completaria 24 anos e, a partir daí, pensão reduzida em 2/3, até a idade provável da vítima, 65 anos.

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

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

Ex positis, cumprindo a função uniformizadora desta Corte, dou provimento ao recurso especial para: a) determinar que a pensão mensal seja paga desde o falecimento da vítima, à razão de 2/3 do salário-mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade; a partir daí, à base de 1/3 do salário-mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade e b) fixar a indenização por danos morais em 300 salários-mínimos. Invertidos os ônus de sucumbência.

É como voto.

VOTO-VISTA

Processual Civil. Recurso especial. Alínea **a.** Falta de indicação circunstanciada da forma pela qual teriam sido violados os dispositivos invocados. Alegação de ofensa a norma constitucional. Impossibilidade. Provimento do recurso que depende da obtenção de conclusão no sentido da existência de nexo causal entre a conduta dos médicos e o falecimento da criança, em contrário ao que restou assentado pelo acórdão *a quo*. Necessidade de revolvimento do suporte fático probatório dos autos. Súmula n. 7-STJ. Falta de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Recurso especial não conhecido.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de recurso especial apresentado em face do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, em ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes do falecimento menor em instituição hospitalar municipal, confirmou a sentença que julgara improcedente o pedido, alinhando as seguintes razões: a) não há nexo de causalidade entre a conduta dos médicos, que empreenderam todos os esforços possíveis a fim de preservar a vida da criança, e a evolução do quadro clínico, que culminou com seu falecimento; b) a responsabilidade dos profissionais da saúde é fundada na culpa, versando o caso em apreço sobre a modalidade de imperícia, "pois diz respeito à inobservância ou não de regra técnica", tendo, porém, havido correspondência entre os sintomas apresentados e a medicação e o tratamento fornecidos; c) o ônus da prova do nexo de causalidade e da culpa, elementos constitutivos do direito, recaía sobre a autora, que, no entanto, dele não se de-

sincumbiu (fls. 268/287). Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pela ora recorrente, com as considerações de fls. 297/301.

No especial (fls. 305/318), fundado na alínea **a**, a recorrente aponta violação aos arts. 37, § 6º, da CF, 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 e 4º e 5º da Lei n. 1.060/1950, aduzindo, em síntese, que a) deve ser aplicado ao caso o princípio da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público; b) não tendo havido caso fortuito ou de força maior, nem fato exclusivo da vítima ou de terceiro, impõe-se o julgamento pela procedência do pedido; c) houve omissão do acórdão recorrido na apreciação das questões suscitadas nos embargos de declaração.

O Relator, Ministro Luiz Fux, deu provimento ao recurso, em voto assim ementado:

> "Processual Civil. Administrativo. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada. Responsabilidade civil objetiva. Pleito de danos materiais e morais. Morte de menor em decorrência de infecção generalizada. Atuação dos profissionais da entidade hospitalar municipal. *Onus probandi.*
>
> 1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
>
> 2. Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de Hospital Municipal, em decorrência de falecimento de filha, menor, que diagnosticada por médico plantonista, foi encaminhada para casa, sendo certo que, dois dias após, constatou-se erro na avaliação anteriormente realizada, vindo a menor a falecer em decorrência de Infecção generalizada (Septicemia).
>
> 3. A situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula n. 7 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, ante a existência de tese versada no recurso especial, consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de criança ocasionado por errôneo diagnóstico.
>
> 4. Consoante cediço, a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos

(dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

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

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

> "Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado.
>
> 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.
>
> 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.
>
> 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.
>
> 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.
>
> 5. Incidência de indenização por danos morais.
>
> 7. Recurso especial provido.

7. Deveras, consoante doutrina José dos Santos Carvalho Filho: "A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva (...)", sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato

administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, latu sensu; c) nexo causal: também denominado nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consectariamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despiciendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Recurso especial provido para a) determinar que a pensão mensal seja paga desde o falecimento da vítima, à razão de 2/3 do salário mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade; a partir daí, à base de 1/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade; b) fixar a indenização por danos morais em 300 salários-mínimos. Invertidos os ônus de sucumbência."

2. Por várias razões, não pode ser conhecido o recurso especial.

Primeiramente, quanto ao tema da responsabilidade objetiva do hospital municipal, porque invocado como violado o art. 37, § 6º, da Constituição, norma cuja interpretação é reservada ao Supremo Tribunal Federal, não se comportando no âmbito do recurso especial, destinado a promover a uniformização da aplicação da lei federal infraconstitucional.

Ainda, no entanto, que se pudesse conhecer do apelo no que se refere à questão da responsabilidade objetiva, seu provimento não poderia prescindir do revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, para que se conclua, como pretende a recorrente (fl. 312), e em sentido oposto ao que restou assentado pelo Tribunal de origem (fls. 274/276), que há nexo de causalidade entre a conduta dos profissionais que atenderam a criança e o seu falecimento.

Em segundo lugar, porque, amparado o apelo na alínea **a** do permissivo constitucional, é indispensável ao seu recebimento a indicação circunstanciada da forma pela qual teriam sido ofendidos os dispositivos de lei invocados. No caso, a recorrente simplesmente listou, ao final das razões recursais, os artigos de lei alegadamente violados, o que não basta à satisfação da referida exigência.

Finalmente, em relação à ofensa aos arts. 6º, VIII, do CDC e 4º e 5º da Lei n. 1.060/1950, porque sobre as normas aí insertas não emitiu qualquer juízo o acórdão recorrido, mesmo após a oposição dos embargos de declaração, o que atrai a incidência do óbice da Súmula n. 211-STJ. Ressalte-se que a recorrente sequer indicou como malferido o art. 535 do CPC.

3. Pelas razões expostas, divirjo do Relator, para não conhecer o recurso especial. É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O Relator, em seu voto, dá provimento ao presente recurso especial. As razões do convencimento exposto estão retratadas em ementa do teor seguinte:

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

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

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

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

4. Consoante cediço, a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

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

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

> "Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado.
>
> 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.
>
> 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.
>
> 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.
>
> 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.
>
> 5. Incidência de indenização por danos morais.
>
> 6. Recurso especial provido.

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

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

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

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

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

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

> "Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais e materiais. Indenização.
>
> 1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de fixar a indenização por perda de filho menor, com pensão integral até a data em que a vítima completaria 24 anos e, a partir daí, pensão reduzida em 2/3, até a idade provável da vítima, 65 anos.
>
> 2. Razoabilidade na fixação dos danos morais em 300 (trezentos) salários-mínimos.
>
> 3. Recurso parcialmente provido." (REsp n. 507.120-CE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 10.11.2003)
>
> 13. Recurso especial provido para a) determinar que a pensão mensal seja paga desde o falecimento da vítima, à razão de 2/3 do

salário-mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade; a partir daí, à base de 1/3 do salário-mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade; b) fixar a indenização por danos morais em 300 salários-mínimos. Invertidos os ônus de sucumbência."

Examinei os autos. A prova é certa na configuração de que a menor, filha da recorrente, após ser atendida por médico plantonista, foi encaminhada para casa, vindo, após dois dias, a falecer em decorrência de infecção generalizada.

Dramático é o relato da petição inicial. Ei-lo (fls. 2/3):

"1. No dia 1º.09.1995, por volta das 10:00 horas, a menor Carina Talita Voss, filha da autora, com oito anos de idade, conforme certidão de nascimento inclusa, foi levada ao "Pronto Socorro" do réu para ser medicada de uma contusão sofrida no ombro esquerdo, motivada por uma queda de bicicleta. Às 13:30 horas, mais ou menos, foi atendida pelo médico plantonista, Dr. Jorge Okuda, o qual, após tomar as providências de praxe, liberou-a sem maiores delongas;

2. Ocorre que no dia seguinte (02.09.1995), face o agravamento de seu estado de saúde, foi a menor novamente levada ao P.S. do réu, onde foi atendida somente às 23:00 horas, muito embora lá tenha chega por volta das 19:00 horas, suplicando por atendimento de emergência, principalmente porque apresentava paralisia dos membros superior e inferior direitos.

O médico plantonista, Dr. Renato Soares, que atendeu, sem realizar outros exames complementares à radiografia já realizada, a despeito da menor estar passando mal, limitou-se a repetir o medicamento prescrito anteriormente, conforme se vê dos receituários inclusos, liberando-a, enfim, sem outras recomendações médicas;

3. A menor embora ingerindo religiosamente o medicamento prescrito, não apresentou nenhuma melhora, tendo, inclusive, piorado durante os períodos diurno e noturno do dia seguinte (03.09.1995).

Novamente, no dia 04.09.1995, por volta das 10:00 horas, foi a menor levada ao P.S. do réu, oportunidade em que foi internada por determinação do Dr. Renato Soares, a fim de serem realizados os devidos exames médicos, os quais, pelo que se tem notícia, foram efetivados somente após às 18:00 horas daquele dia. Pouco tempo depois, por volta das 20:00 horas, os familiares da menor foram cientificados pelo médico designado para o caso, que ela fora transferida para a U.T.I., face o seu estado de saúde ser gravíssimo. Comunicou ainda, o referido médico, que naquela mesma noite

a menor seria operada, mas que ele nada poderia garantir sobre o êxito da cirurgia, uma vez que os rins dela já haviam "parado", e seu estado de saúde era periclitante.

Mais tarde, o dito médico retornou comunicando que efetivamente havia realizado a cirurgia e que constatara infecção generalizada no corpo da criança, sendo por esse motivo, mínima a possibilidade de sua sobrevivência. Disse ele também, que a menor foi operada tarde demais e, se sobrevivesse, ficaria com seqüelas irreparáveis para o resto da vida;

4. Então, a menor, após longo período em estado de "coma", veio a falecer no dia 09.09.1995, conforme certidão de óbito inclusa."

A contestação revela que a paciente, quando apresentou-se ao hospital, foi atendida por um ortopedista, tendo sido, imediatamente, liberada para voltar à sua residência.

Eis o relato da contestação (fls. 42/44):

"Conforme se infere da própria inicial, a menor Carina Talita Voss, deu entrada no estabelecimento hospitalar do Requerido, via Pronto-Socorro, no dia 1º.09.1995, às 11:57 horas e não conforme consta da inicial (por volta das 10:00 horas).

Naquela oportunidade, foi atendida corretamente pelo médico Dr. Jorge Okuda, ortopedista, tendo sido liberada para a residência, conforme Bau n. 319.030.

Na data de 02.09.1995, sábado, às 20:26 horas, retornou ao Pronto Socorro e não às 19:00 como cita a inicial, com sintomas de dor no local da contusão — região deltóide — vômitos e febre, tudo na conformidade do que consta no Bau n. 319.547, quando foi atendida pelo médico cirurgião, Dr. Jorge Murata, o qual examinou a paciente e solicitou radiografias de tórax e do ombro, nada constatando de anormal nos exames. (laudos anexos)

Todavia, por existirem referências à febre, vômitos, a criança foi encaminhada ao Dr. Renato Soares, médico pediatra de plantão, o qual por sua vez, constatou sinais sugestivos de faringe-amigdalite e prescreveu de acordo com esta suposição diagnóstica, receitando analgésico e antiinflamatório.

Vale ressaltar, que em nenhum momento, conforme consta do Boletim de Atendimento e na Memória dos Médicos, constatou-se a presença de paralisia dos membros superior e inferior direito.

Em 04.09.1995, às 10:55 horas, a menor retornou e foi atendida, em seqüência, pelos médicos José Vicente Bertazo, pediatra, Argemiro Boehm, ortopedista, Mauro Marquiotti, ortopedista e depois, por Renato Soares, pediatra de plantão no período das 13:00 às 16:00 horas, conforme se pode constatar pelo Bau n. 320.044 e Escalas de Plantão da Ortopedia e da Pediatria do mês de set./1995, anexos.

Foram então realizadas radiografias do ombro e úmero, a pedido do ortopedista Argemiro Boehm. Em ato contínuo, tendo sido constatada a gravidade da situação, o médico Renato Soares, do mesmo modo como o Dr. Mauro Marquiotti e supondo-se a presença de uma septicemia, solicitaram uma bateria de exames indicados para o caso e a urgente internação, o que ocorreu até às 16:00 horas do dia antes citado.

A internação foi registrada às 16:25 (ficha de internação, anexa).

As radiografias de art. escápulo-umeral e do braço mostram "aumento do volume de partes moles e estrutura óssea preservada", conforme laudo, anexo ao prontuário.

A radiografia de tórax realizada no mesmo dia, mostra infiltrado heterogêneo nas bases pulmonares.

Foram realizados exames de líquor, glicose, uréia, creatinina, sódio e potássio e uma gasometria arterial, esta última realizada às 19:55 horas.

O exame de líquor é realizado por médico. Os exames dos rins, conforme consta no prontuário (laudo laboratorial) apresentaram-se normais.

A paciente, foi então internada na UTI.

A cirurgia realizada, foi uma drenagem de abcesso de ombro e de cotovelo. Este procedimento cirúrgico foi realizado pelo plantonista noturno da ortopedia, Dr. Hamilton Ribas Júnior, tendo tido início às 21:30 horas e término às 23:00 horas, conforme relato cirúrgico.

Nestes casos é procedimento correto, necessário seja realizado no tempo possível, após a constatação do problema, aproximadamente 6 horas, considerando-se a existência de vaga no centro cirúrgico e de cirurgião liberado para o ato, o que efetivamente ocorreu.

Em 05.09 a menor apresentou sinais clínicos e radiológicos de pneumonia bilateral, a qual evoluiu para um empiema pulmonar esquerdo. O empiema pulmonar foi drenado cirurgicamente em 06.07.1995, conforme se vê no relatório de operação no prontuário. Outro empiema, desta vez à direita, foi drenado em 08.07.1995.

Merece ainda ser destacado, que desde o dia 04.07, a menor recebeu antibióticoterapia, com medicamentos reservados para situações especiais e graves, habitualmente resolutivos (A Ceftriaxina e a Vancocina). No dia 05.07 foi realizada associação das drogas com a amicocina, antibiótico extremamente eficaz.

Às 18:00 horas, ainda do dia 04.07, foi realizada uma punção do ombro a qual encontrou apenas sangue, do hematoma já identificado clínica e radiologicamente.

Foi enviado amostra para cultura, visando identificar a bactéria causadora da possível infecção local.

A cirurgia realizada na mesma noite, já citada, é que identificou a infecção óssea, em cotovelo e em ombro.

Já na UTI, em 04.07, tendo sido constatado torpor, insuficiência respiratória severa e quadro de choque infeccioso, foram obtidas amostras de sangue para culturas e realizados todos os esforços para a recuperação da menor.

Estabeleceram-se os diagnósticos de Septicemia, complicada com Síndrome de Angústia Respiratória Aguda (Sara).

As culturas todas revelaram ausência de crescimento bacteriano exceto a cultura do abcesso pleural no dia 08.07, o qual mostrou a bactéria Pseudomonas, germe habitualmente ligado a situação envolvendo pacientes imunodeprimidos, em UTI, a qual deve ser secundária.

Na data de 09.07.1995, a doença evoluiu e a criança veio a falecer."

O panorama dos autos deixa claro o que está afirmado à fl. 146:

"O réu confessa que a menor, por ocasião do atendimento do dia 02.09.1995 apresentava sintomas de dor no local da contusão, vômitos e febre, fazendo com que o médico que a atendeu solicitasse radiografias do tórax e do ombro, e também que a menor fosse encaminhada ao Dr. Renato Soares, o qual, por sua vez, limitou-se a prescrever, por suposição diagnóstica, analgésico e antiinflamatório aos sugestivos sinais de faringe-amigdalite.

Destarte, verifica-se que a causa preponderante dos sintomas de dor no local da contusão, vômitos e febre não foi pesquisada através dos exames laboratoriais que deveriam ter sido realizados de imediato, mormente porque a menor apresentava antecedente mórbido. Daí porque, face esta omissão, a presença de paralisia dos membros superior e inferior direitos não foi registrada no Boletim de Atendimento, em anexo às razões contestatórias em espanque.

Com o fito de poupar precioso tempo, há que se diga que os reclamos da autora referem-se ao tratamento médico dispensado à menor, antes de seu internamento, ou seja, antes da cirurgia realizada no dia 04.09.1995, às 21:30 horas.

Ressalte-se que se a bateria de exames indicados para o caso e a urgente internação da menor se efetivassem em tempo hábil (02.09.1995), certamente ela seria salva da morte."

Houve, como demonstrado, precipitação do diagnóstico primitivo e na devolução da paciente à sua residência. Exigia, em face do quadro que a doente apresentava, uma investigação mais aprofundada para afastar dúvidas sobre a enfermidade.

Diante desse quadro, impõe-se o voto do Relator pelos seus próprios fundamentos.

Assim posto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 710.990-SC (2004/0178234-1)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Companhia Industrial H. Carlos Schneider
Advogados: Marcos Leandro Pereira e outros
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Luiz Fernando Jucá e outros
Recorridos: Os Mesmos

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Matéria de índole constitucional. Isenção. PIS e Cofins. Produtos destinados à Zona Franca de Manaus e à Amazônia Ocidental.

1. O Recurso Especial não é sede adequada ao exame de matéria de índole constitucional.

2. Inexistindo pleito de repetição/compensação mostra-se impertinente a alegação de prescrição para o ajuizamento da demanda.

3. O art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967 e o art. 40 do ADCT "preserva a Zona Franca de Manaus como área de livre comércio, estendendo às exportações destinadas a estabelecimentos situados naquela região os benefícios fiscais presentes nas exportações ao estrangeiro". Consectariamente, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus equivale a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro. Sob esse enfoque, é assente nas Turmas de Direito Público que: "O conteúdo do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, foi o de atribuir às operações da Zona Franca de Manaus, quanto a todos os tributos que direta ou indiretamente atingem exportações de mercadorias nacionais para essa região, regime igual ao que se aplica nos casos de exportações brasileiras para o exterior."

4. O art. 5º da Lei n. 7.714/1988, com a redação dada pela Lei n. 9.004/1995, bem como o art. 7º da Lei Complementar 70/1991 autorizam a exclusão, da base de cálculo do PIS e da Cofins respectivamente, dos valores referentes às receitas oriundas de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.

5. Havendo equiparação dos produtos destinados à Zona Franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior, infere-se que a isenção relativa à Cofins e ao PIS é extensiva à mercadoria destinada à Zona Franca. Precedentes do STJ: REsp n. 677.209-SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 28.02.2005; REsp n. 223.405-MT, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 1º.09.2003; REsp n. 144.785-PR, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 16.12.2002.

6. Recurso Especial de Cia Industrial H. Carlos Schneider não conhecido. Recurso Especial da Fazenda Nacional 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, não conhecer do recurso especial da Cia Industrial H. Carlos Schneider e negar provimento ao da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, em uma parte da sessão, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 4 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 28.04.2006

Republicado 08.06.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Os presentes autos albergam dois Recursos Especiais, interpostos em face de acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

> "Zona Franca de Manaus. Decreto-Lei n. 288/1967. PIS/Cofins. Isenção. Revogação. Inconstitucionalidade. MP n. 2.037-25/00. Amazônia ocidental. Decreto-Lei n. 356/1968.
>
> 1. Nos moldes do art. 40 do ADCT, a Zona Franca de Manaus é área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, até 2013.
>
> 2. O Decreto-Lei n. 288/1967, a Lei n. 7.714/1988, a LC n. 70/1991 e a LC n. 84/1996 garantiram que as vendas de mercadorias para a ZFM estavam isentas do recolhimento do PIS e da Cofins, tendo em vista que tais operações eram equiparadas à exportação.
>
> 3. O inciso I do § 2º do art. 14 da MP n. 2.037-24/2000 revogou a isenção (inicialmente MP n. 1.858/1999).
>
> 4. Tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF, em julgamento liminar na ADIn n. 2.348-9, restando suspensa a expressão "a Zona Franca de Manaus".
>
> 5. Concedida medida cautelar em ação direta, os efeitos pendentes perante os tribunais inferiores deverão ou ser suspensos ate a decisão definitiva do STF ou ser julgados, neste caso sem aplicação da norma cuja vigência esta suspensa, conforme INAMS n. 95.04.00514-4-PR.
>
> 6. Em que pese o Decreto Lei n. 356/1968, em seu art. 1º tenha estendido à Amazônia Ocidental os mesmos benefícios conferidos à ZFM, ditos privilégios não foram observados pelo Constituinte Originário que, no art. 40 do ADCT, somente garantiu a manutenção dos incentivos fiscais à ZFM, razão pela qual tem-se que o Decreto-Lei n. 356/1968 não foi recepcionado pela nova ordem jurídica, assim, quanto à Amazônia Ocidental, remanesce hígida a disposição contida no art. 14, § 2º da MP n. 2.037-25/2000."

Recorre a Fazenda Nacional aduzindo violação aos arts. 535 do CPC, 1º do Decreto-Lei n. 20.910/1932, 14 da MP n. 2.037/2000, 5º da Lei n. 7.714/1988, e 111 do Código Tributário Nacional. Preliminarmente assevera a ocorrência de prescrição para o ajuizamento da demanda repetitória. No mérito, insurge-se contra o reconhecimento da isenção outorgada pelo v. aresto recorrido.

Por seu turno, insurge-se Cia Industrial H. Carlos Schneider contra a parte do aresto regional que entendeu pela não-extensão do benefício isencional às receitas decorrentes de vendas realizadas para a Amazônia Ocidental. Aduz violação ao art. 1º do Decreto-Lei n. 356/1968.

Oferecidas contra-razões, ambos os recursos foram admitidos em juízo prévio de admissibilidade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Primeiramente cumpre analisar a irresignação de Cia Industrial H. Carlos Schneider. Em suas razões recursais pugna pela extensão do benefício isencional, relativamente ao PIS e à Cofins, sobre as vendas realizadas para a Amazônia Ocidental. Argumenta, em síntese, que o Decreto-Lei n. 288/1967, ao criar a Zona Franca de Manaus, equiparou a venda de mercadorias de origem nacional para o consumo ou industrialização naquela área, a uma exportação para o estrangeiro. Posteriormente, o Decreto-Lei n. 356/1968 estendeu à Amazônia Ocidental os benefícios concedidos à Zona Franca de Manaus pelo Decreto-Lei n. 288/1967. Assevera que ambos os dispositivos legais foram recepcionados pelo art. 40 do ADCT.

O egrégio Tribunal *a quo* dirimiu a questão nos seguintes termos:

> "Em que pese o Decreto-Lei n. 356/1968, em seu art. 1º tenha estendido à Amazônia Ocidental os mesmos benefícios conferidos à ZFM, ditos privilégios não foram observados pelo Constituinte Originário que, no art. 40 do ADCT, somente garantiu a manutenção dos incentivos fiscais à ZFM, razão pela qual tem-se que o Decreto-Lei n. 356/1968 não foi recepcionado pela nova ordem jurídica, assim, quanto à Amazônia Ocidental, remanesce hígida a disposição contida no art. 14, § 2º da MP n. 2.037-25/2000."

Ao externar esse entendimento, segundo o qual o Decreto-Lei n. 356/1968 não foi recepcionado pelo art. 40 do ADCT, o aresto ora recorrido dirimiu a questão sob prisma constitucional, circunstância que afasta a competência desta colenda Corte Superior para analisar a matéria controversa.

Passo ao exame do inconformismo da Fazenda Nacional.

No que pertine à prescrição da presente ação, verifica-se tratar-se de Mandado de Segurança, cujo escopo é tão-somente afastar a cobrança das referidas contribuições sobre as operações desenvolvidas pela Impetrante. Não há pleito de repetição ou compensação de indébito, razão pela qual mostra-se impertinente a alegação da Fazenda Nacional quanto à prescrição para o ajuizamento da presente demanda.

Cinge-se a controvérsia posta nos presentes autos à possibilidade de efetuar-se a exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins dos valores provenientes de vendas efetuadas a estabelecimentos situados na Zona Franca de Manaus.

Consoante se depreende do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967 e do art. 40 do ADCT, o legislador entendeu pela prorrogação da Zona Franca de Manaus como beneficiária de favores fiscais. Assim é que, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus equivale a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro.

Sob essa ótica, forçoso convir que o art. 5º da Lei n. 7.714/1988, com a redação dada pela Lei n. 9.004/1995, bem como o art. 7º da Lei Complementar 70/1991 autorizam a exclusão, da base de cálculo do PIS e da Cofins respectivamente, dos valores referentes às receitas oriundas de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.

Consequentemente, engendrando a equiparação dos produtos destinados à Zona Franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior, infere-se inequívoca a isenção relativa à Cofins e ao PIS quanto à mercadoria destinada àquela região.

Frise-se que as duas Turmas que compõem a Seção de Direito Público adotam referido entendimento acerca da questão ora em apreço:

> "Processual Civil e Tributário. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Isenção. PIS e Cofins. Produtos destinados à Zona Franca de Manaus.
>
> 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
>
> 2. O art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967 e o art. 40 do ADCT "preserva a Zona Franca de Manaus como área de livre comércio, estendendo às exportações destinadas a estabelecimentos situados naquela região os benefícios fiscais presentes nas exportações ao estrangeiro".

Consectariamente, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus equivale a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro. Sob esse enfoque, é assente nas Turmas de Direito Público que: "O conteúdo do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, foi o de atribuir às operações da Zona Franca de Manaus, quanto a todos os tributos que direta ou indiretamente atingem exportações de mercadorias nacionais para essa região, regime igual ao que se aplica nos casos de exportações brasileiras para o exterior."

3. O art. 5º da Lei n. 7.714/1988, com a redação dada pela Lei n. 9.004/1995, bem como o art. 7º da Lei Complementar n. 70/1991 autorizam a exclusão, da base de cálculo do PIS e da Cofins respectivamente, dos valores referentes às receitas oriundas de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.

4. Havendo equiparação dos produtos destinados à Zona Franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior, infere-se que a isenção relativa à Cofins e ao PIS é extensiva à mercadoria destinada à Zona Franca. Precedentes do STJ. (REsp n. 223.405-MT, DJ 01.09.2003, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros; REsp n. 144.785-PR, DJ 16.12,2002, Relator Ministro Paulo Medina)

5. O Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na ADI n. 2348-9, suspendeu a eficácia da expressão "na Zona Franca de Manaus", contida no inciso I do § 2º do art. 14 da MP n. 2.037-24, de 23.11.2000, que revogou a isenção relativa à Cofins e ao PIS sobre receitas de vendas efetuadas na Zona Franca de Manaus.

6. Assim, considerando o caráter vinculante da decisão liminar proferida pelo egrégio STF, e, ainda, que a referida ação direta de inconstitucionalidade esteja pendente de julgamento final, restam afastados, no caso concreto, os dispositivos da MP n. 2.037-24 que tiveram sua eficácia normativa suspensa.

7. Recurso Especial desprovido." (REsp n. 677.209-SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 28.02.2005)

"Tributário. Cofins. Zona Franca de Manaus. Isenção.

Por força do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, a isenção da Cofins, assegurada pelo art. 7º da LC n. 70/1991 estende-se às exportações para a Zona Franca de Manaus." (REsp n. 223.405-MT, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 1º.09.2003)

"Tributário. Cofins. Zona Franca de Manaus. Isenção. Inteligência do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967.

O conteúdo do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, foi o de atribuir às operações da Zona Franca de Manaus, quanto a todos os tributos que direta ou indiretamente atingem exportações de mercadorias nacionais para essa região, regime igual ao que se aplica nos casos de exportações brasileiras para o exterior.

A isenção da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — Cofins, concedida pela Lei Complementar n. 70/1991 à exportação de mercadorias, é também aplicável às operações relativas à Zona Franca de Manaus.

Precedentes.

Recurso especial provido." (REsp n. 144.785-PR, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 16.12.2002)

Com essas considerações, não conheço do Recurso Especial interposto por Cia Industrial H. Carlos Schneider, e nego provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 758.383-PR (2005/0096676-8)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Gilberto e Villela e outros
Recorrido: Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas
Advogados: Antônio Carlos Garcia de Souza e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória fundada em violação à Constituição. Juízo de mérito. Cabimento de recurso extraordinário.

1. O acórdão que, julgando o mérito de ação rescisória, afirma a existência ou a inexistência de violação à Constituição, está sujeito a controle por recurso extraordinário (CF, art. 102, III, **a**), e não por

recurso especial. É que, em tal caso, a possível ofensa à norma infraconstitucional (CF, art. 105, III, **a**) relativa aos pressupostos da ação (art. 485, V, do CPC), seria apenas indireta e reflexa, sempre subordinada ao juízo primário e principal a respeito do próprio fundamento do pedido, que é o de violação a preceito normativo constitucional. Afirmar que o controle jurisdicional, na instância extraordinária, deve ficar limitado aos pressupostos da ação rescisória (normas infraconstitucionais), não alcançando os seus fundamentos (violação à Constituição), significaria transferir do STF para o STJ a palavra definitiva sobre a questão constitucional objeto da demanda.

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 3 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 17.05.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferido em ação rescisória proposta com base no art. 485, V do CPC e sob o fundamento de ofensa a literal disposição do art. 150, § 6º da Constituição. Objetivou a demandante rescindir julgado que reconheceu o direito ao creditamento do IPI decorrente da aquisição de insumos ou matérias-primas isentas. O aresto atacado julgou improcedente o pedido e está assim ementado:

"Ação rescisória. Violação a literal dispositivo de lei. Improcedência.

A violação a dispositivo de lei suficiente a ensejar a rescisão do julgado deve se revelar frontalmente contrária a ordem jurídica. Não se revelando, no caso dos autos, a afronta nos termos ensejadores da rescisão, impõe-se a improcedência da ação." (Fl. 584)

Nas razões do recurso especial (fls. 587/601), fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa ao art. 485, V, do CPC, uma vez que "a decisão recorrida (...) mantém intacto acórdão que reconheceu um crédito inexistente e que jamais poderia ter sido legitimado pelo art. 150, § 6º, da Constituição ou afirmado como decorrência do princípio da não cumulatividade (art. 153, § 3º, II). (Fl. 591)

Em contra-razões (fls. 604/609), a recorrida pugna pelo não-conhecimento do recurso ante o argumento de que o dispositivo legal invocado não possui comando capaz de infirmar o acórdão recorrido. No mérito, postula a manutenção do julgado.

Observo que a recorrente interpôs também recurso extraordinário, alegando ofensa ao art. 150, § 6º da CF (fls. 594/601), que foi admitido na origem. (Fls. 622)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Põe-se a exame a importante questão relacionada com o modo adequado de acesso às instâncias extraordinárias nos casos de ação rescisória em que se alega ofensa à Constituição. Como se sabe, é cabível ação rescisória, entre outras hipóteses, quando a sentença transitada em julgado tenha violado "literal disposição de lei" (art. 485, V, do CPC), considerando-se lei, para esse efeito, qualquer norma jurídica, inclusive, portanto, a norma constitucional. Relativamente às normas infraconstitucionais, entende-se como violação literal a que se mostrar de modo evidente, flagrante, manifesto, não se compreendendo como tal a interpretação razoável, embora não a melhor. Por isso mesmo, quando a norma tida por violada for de interpretação controvertida nos tribunais, considera-se interpretação razoável a que adota uma das correntes da divergência, caso em que não será cabível a ação rescisória. (Súmula n. 343-STF)

Todavia, em se tratando de ação rescisória fundada em violação a normas constitucionais, não se admite a doutrina da interpretação razoável, mas apenas a da melhor interpretação, razão pela qual não se aplica à hipótese o enunciado da Súmula n. 343-STF. Leva-se em conta, para tanto, o princípio da supremacia da Constituição e a indispensabilidade da aplicação uniforme de suas normas, o que impõe seja admitida ação rescisória mesmo quando a questão constitucional é controvertida nos tribunais. Ademais, sendo o STF o órgão com a precípua função de guardar a Constituição, é dele que provém, para efeitos institucionais,

a melhor interpretação dos seus preceitos. Nesse contexto, é indispensável para a preservação do sistema e, especialmente, do papel nele exercido pela Corte Suprema, que se assegure regular acesso ao STF, nomeadamente por recurso extraordinário, contra acórdãos que julgam o mérito de ação rescisória em matéria constitucional. Não se justifica, sob esse aspecto, o entendimento hoje predominante, segundo o qual, mesmo quando o acórdão que julga a rescisória afirme ou negue a existência de violação à Constituição, o recurso cabível é o recurso especial (e não o extraordinário), porque deve abordar os pressupostos da ação (ou seja, negativa de vigência ao art. 485, V, do CPC), e não os próprios fundamentos da demanda (ou seja, a violação a preceitos constitucionais).

Realmente, ainda na vigência do antigo regime constitucional, já se afirmava como "jurisprudência assente no Pretório Excelso que o recurso extraordinário, interposto em ação rescisória, deve dirigir-se aos pressupostos desta e não aos fundamentos da sentença rescindenda (RE 79.576 — RTJ 70/495; RE 34.322 — RTJ 35/212; RE 54.454 e Ag n. 41.536 — RTJ 44/133)". Isso significa dizer que, em rescisória, o recurso à instância extraordinária envolveria, invariável e necessariamente, matéria infraconstitucional (os pressupostos da ação rescisória), jamais matéria constitucional, mesmo quando nela se questione sobre a existência ou não de violação à Constituição. "Se a norma constitucional foi ou não violada, decide-o soberanamente o órgão julgador da rescisória, em apreciação insuscetível de controle pelo Supremo Tribunal Federal", afirmou-se em doutrina, enfaticamente, como resultado dessa orientação (Moreira, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória*, Revista do Tribunal Federal de Recursos, 145:122). O mesmo entendimento é reiterado nos seus "Comentários ao Código de Processo Civil" (7ª ed., Forense, 1998, vol. V):

> "Os pressupostos do recurso especial e os do extraordinário, como os dos embargos infringentes, devem compor-se em relação ao acórdão proferido na rescisória, não em relação à sentença rescindenda, pois é aquele, e não esta, que se estará impugnando. Suponhamos, v.g., que o pedido de rescisão se haja fundado na suposta violação de certa norma constitucional (art. 485, V), mas que o Tribunal, no iudicium rescindens, não reconhecendo na decisão rescindenda o vício alegado, julgue improcedente o pedido. Ainda que lá, na verdade, houvesse ocorrido a ofensa à Constituição, o autor da rescisória em vão recorrerá extraordinariamente com base no art. 102, III, letra **a**, da Carta da República: o erro do Tribunal na solução da questão não torna o seu acórdão ofensivo à norma constitucional. Haveria violação, não do texto da Lei Maior, mas do próprio art. 485, V, se o Tribunal, reconhecendo embora o vício de sentença anterior, contudo rejeitasse

> o pedido de rescisão: aí, satisfeitos os demais pressupostos, o acórdão seria impugnável por meio de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, letra **a**". (p. 213/214)

Se tal entendimento — fundado, como se vê, em fontes jurisprudenciais e doutrinárias das mais abalizadas — não produzia maior conseqüência no regime constitucional anterior, quando o Supremo era a instância extraordinária competente também para recursos por ofensa à lei — o que lhe permitia, ainda que por via transversa ou indireta, exercer o controle da matéria constitucional — ele, atualmente, tem resultado incompatível com o sistema: impede o Supremo Tribunal Federal de manifestar-se sobre a matéria constitucional debatida como tema central nas ações rescisórias. É que o atendimento ou não dos pressupostos da rescisória, previstos no ordenamento infraconstitucional (art. 485 do CPC), ensejaria, apenas, recurso especial fundado no art. 105, III, **a**, da Constituição. Mesmo em matéria constitucional, seria o STJ, portanto, o Tribunal que, a pretexto de fazer juízo sobre a aplicação do inciso V do art. 485 do CPC, decidiria sobre a configuração ou não, na hipótese, de violação literal de preceito constitucional. Em outras palavras, afirmada a tese de que o recurso deve dirigir seu foco aos pressupostos da ação, e jamais aos fundamentos adotados no julgado rescindendo, a conseqüência necessária é a de que, havendo ação rescisória, será do Superior Tribunal de Justiça, e não do Supremo Tribunal Federal, a palavra definitiva sobre a existência ou não de violação da Constituição. A única e rara exceção seria a de rescisória de competência originária do próprio STF. Nesse contexto, seriam imunes ao controle da Corte Suprema até mesmo as decisões do STJ e de qualquer outro Tribunal que, em rescisória, negassem ou afirmassem ter havido violação da Carta Magna por parte da sentença manifestamente contrária à jurisprudência do Tribunal guardião da Constituição.

Para obviar conseqüências assim tão desajustadas do sistema, é indispensável que se revise a orientação hoje predominante, passando-se a admitir recurso extraordinário sobre a matéria constitucional tratada no julgado rescindendo. Poder-se-á objetar que isso transformaria a rescisória em meio ordinário de revisão dos julgados, a ensejar a tardia interposição de recurso extraordinário que não foi utilizado na época própria. A essa objeção pode-se responder que não é a admissibilidade ou não do recurso extraordinário que opera esse fenômeno. Na verdade, o que transforma a rescisória em mecanismo comum de revisão é a não-fixação de barreiras ao cabimento da ação, de que é exemplo a negativa de aplicação da Súmula n. 343-STF. Admitida livremente a ação, como se admite em matéria constitucional, debatida e julgada a existência ou não da violação à Constituição, nada mais natural e indispensável que se admita também o

controle dessa matéria pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de injustificável comprometimento de sua função de guardião da Carta Magna.

Isso fica mais evidente nos casos de procedência da ação rescisória, quando, rescindida a sentença (*iudicium rescindens*), o Tribunal local julgar novamente a causa (*iudicium rescissorium*), dando à relação jurídica questionada uma outra solução constitucional. Não se poderia, em caso assim, retirar da parte interessada — antes vencedora e agora vencida — o acesso ao Supremo Tribunal Federal — de que antes não necessitava, mas de que agora necessita. Com razão, no particular, Pontes de Miranda:

> "[Quando] a decisão rescindente põe solução necessariamente diferente da que se deu na ação a que corresponde a sentença rescindenda, (...) é irrecusável que se pode interpor recurso extraordinário, sempre que se lhe componham pressupostos", de modo que o recurso cabe não apenas "se há violação dos pressupostos da ação rescisória", mas também "se no *decisum* do *iudicium rescissorium* se compõe alguma das espécies do art. 119, III, da Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, estranha ou não às proposições do *decisum* na sentença rescindenda" (Miranda, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VI, RJ, Forense, 1974, p. 442/445. No mesmo sentido, "Tratado da Ação Rescisória", 5ª ed., RJ, Forense, p. 550/552)

Essa orientação, abrindo a oportunidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, é a única que pode dar sentido à irrestrita admissibilidade de ação rescisória envolvendo matéria constitucional controvertida nos Tribunais, especialmente quando a Suprema Corte não tem precedente a respeito da matéria debatida, ou quando seus precedente não forem seguidos pelo acórdão recorrido. Se tal acesso for negado, a decisão que o Tribunal local dará na rescisória muito pouco ou nada terá contribuído para extirpar a controvérsia jurisprudencial e para dar a todos os destinatários da Constituição o tratamento igualitário requerido por elementar senso de justiça.

Daí a conclusão imperativa em face do sistema: o acórdão que, julgando o mérito de ação rescisória, afirma a existência ou a inexistência de violação à Constituição, está sujeito a controle por recurso extraordinário (CF, art. 102, III, a), e não por recurso especial. É que, em tal caso, a possível ofensa à norma infraconstitucional (CF, art. 105, III, **a**) relativa aos pressupostos da ação (art. 485, V, do CPC), seria apenas indireta e reflexa, sempre subordinada ao juízo primário e principal a respeito do próprio fundamento do pedido de rescisão, que é o de violação a preceito normativo constitucional.

3. Nessa linha de entendimento, não pode ser conhecido o presente recurso especial, que alegada ofensa ao art. 485, V, do CPC. O Tribunal de origem conheceu a ação rescisória e apreciou o seu mérito, afirmando:

> "Portanto, não há como viabilizar juízo de procedência da presente ação, visto não ter representado contundente e frontal violação ao art. 150, § 6º, da CF/1988, aos princípios constitucionais elencados, bem como ao art. 166 do CTN. É que o fundamento legal sustentado na presente ação tem por dimensão o erro flagrante ao dispositivo de lei invocado, não servindo a rescisória, manejada sob o argumento da violação a dispositivo de lei, para reiterar razões próprias de recurso. (...) Frente ao exposto, julgo improcedente a rescisória." (Fl. 581)

A recorrente, para demonstrar o cabimento do recurso especial, asseverou o seguinte:

> "A decisão recorrida contraria o art. 485, V, do CPC, uma vez que mantém intacto acórdão que reconheceu um crédito inexistente e que jamais poderia ter sido legitimado pelo art. 150, § 6º, da Constituição ou afirmado como decorrência do princípio da não cumulatividade (art. 153, §º 3º, II)." (Fl. 591)

Bem se vê, portanto, que o debate central, a respeito do qual se pede a manifestação do STJ, é o da violação ao dispositivo constitucional. Apenas secundária e indiretamente é que se apresenta a pretensa violação à norma do Código de Processo Civil. O recurso adequado para o caso é, portanto, o extraordinário (que, aliás, também foi interposto), e não o especial.

A corte especial do STJ tem precedente que representa um passo importante na linha do entendimento aqui defendido. Ao julgar o REsp n. 476.665 (Ministro Pádua Ribeiro, DJ 20.06.2005), e alterar a sua orientação tradicional, a Corte considerou cabível o recurso especial que, ao invés dar por violado o dispositivo sobre os pressupostos da ação rescisória, invocou dispositivo de lei federal que disciplina o próprio fundamento da demanda. Eis a ementa do acórdão:

> "Direito Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Fundamentos do acórdão recorrido.
>
> I - Quando existir violação de literal disposição de lei e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea **a** do permissivo constitucional.

II - Se terceiro que adquire bem a respeito de cujo litígio não há o registro exigido pelo art. 167 da Lei n. 6.015/1973 pode ser alcançado pela coisa julgada, deve ser citado como litisconsorte passivo necessário.

III - Recurso conhecido e provido para se julgar procedente o pedido da ação rescisória".

Tratava-se, é certo, de ação rescisória por ofensa a literal disposição de norma infraconstitucional, mas a orientação tem pertinência à hipótese aqui tratada. Afinal, se é admissível ataque aos fundamentos da ação rescisória por recurso especial (quando eles dizem respeito a matéria prevista em norma infraconstitucional), há de se admitir, por igual razão, o cabimento de recurso extraordinário quando os fundamentos da rescisória dizem respeito a violação da Constituição.

2. Pelo exposto, não conheço o recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: A União Federal, em sede de Ação Rescisória, pretende desconstituir acórdão proferido na AMS n. 1998.04.01.070231-6, que reconheceu não ser devido pela empresa Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas, os valores tributários apurados nos autos, por haver se apropriado do crédito de IPI isento e relativo à aquisição de "concentrado", matéria prima isenta a fornecedor situado na Zona Franca de Manaus.

O acórdão recorrido julgou improcedente o pedido rescisório sob o fundamento central de que "a violação de dispositivo de lei suficiente a ensejar a rescisão do julgado deve se revelar frontalmente contrária à ordem jurídica", pelo que "não se relevando, no caso dos autos, a afronta nos termos ensejadores da rescisão, impõe-se a procedência da ação".

A Fazenda Nacional, por via do presente recurso especial, pretende reformar a supra- mencionada decisão, por entender que violou o art. 485, V, do CPC, ao reconhecer um crédito inexistente e que jamais poderia ter sido legitimado pelo art. 156, § 6º, da CF, além de ser impossível a sua legitimação por força do contido no art. 153, § 3º, II, da CF (princípio da não-cumulatividade).

O Ministro Teori Zavascki, Relator, não conheceu do recurso especial, no que foi acompanhado pela eminente Ministra Denise Arruda.

Examinei os autos. Convencido estou de que, como afirmaram os votos antes prolatados, não merece ser conhecido o presente recurso especial.

Com razão a parte recorrida ao afirmar (fls. 606/609):

"Do não-cabimento deste recurso especial por ofensa do art. 485, V, do CPC

2.1. No julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 464.244-AL, de que foi Relator o Ministro Felix Fischer, a Quinta Turma desse egrégio STJ decidiu que não há ofensa ao art. 485, V, do CPC se o acórdão recorrido conhece da ação rescisória e julga-a improcedente; confira-se:

"Administrativo. Recurso especial. Embargos declaratórios. Omissão. Rejeição. Nulidade. Art. 535 do CPC. Ofensa ao art. 485 do CPC. Inocorrência.

1 - A rejeição dos embargos declaratórios não acarreta ofensa ao art. 535 do CPC se não havia omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

II - Não prospera a alegação de ofensa ao art. 485 do CPC — por inobservância do enunciado n. 514-STF —, porquanto o v. acórdão hostilizado em nenhum momento afirmou ser incabível a ação rescisória, tanto que a ação foi conhecida, porém, no mérito, julgada improcedente com fundamento no princípio isonômico.

Recurso não conhecido." (Diário da Justiça — DJ 12.04.2003)

2.2. De fato, o art. 485, V, do CPC dispõe sobre hipótese de cabimento de ação rescisória e somente pode ser ofendido por acórdão que entenda ser a ação rescisória incabível.

2.3. Nesse sentido, a recorrente pediu que este recurso especial fosse provido para que o acórdão recorrido admita e julgue novamente a sua ação rescisória:

"Em face do exposto a Fazenda Nacional requer o provimento do presente recurso especial para que seja reformada a decisão recorrida, admitindo-se a rescisão do acórdão — nos termos do art. 485, V, do CPC — e realizado novo julgamento pela aplicação do art. 150, § 6º e 153, 3º, incisos I e II, ambos da Constituição de 1988."

2.4. Ocorre que, no caso, o acórdão rescindendo entendeu que a AR da ora recorrente era cabível admitindo-a e, após o exame do mérito, concluiu pela sua procedência; transcreva-se o trecho pertinente do voto proferido pelo eminente Desembargador Federal Relator do acórdão recorrido:

"A admissão da ação rescisória com fundamento em violação de norma constitucional restou pacificada nesta Corte quando do Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Ação Rescisória n. 199804010608208-RS, Relator o Desembargador Federal José Luiz Borges Germano, publicado no DJU 29.03.2000, que restou assim ementado:

"Incidente de uniformização de jurisprudência. Ação rescisória. Súmula n. 343-STF. Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade.

1. A Súmula n. 343-STF não incide em tema constitucional, na linha do que vêm entendendo as Cortes Superiores. Precedentes das três Seções deste Regional, do STJ e do STF.

2. Incidente conhecido e julgado procedente, no sentido de editar-se Súmula com a seguinte redação:

Não é aplicável a Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional."

Portanto, cabível a Ação Rescisória, por se tratar de controvérsia fundada em questão constitucional.

Do juízo rescindendo

Superado o exame da admissibilidade da espécie processual, passo à análise das apontadas violações.

Frente ao exposto, julgo improcedente a ação rescisória." (Grifos da recorrida)

2.5. Em suma, no caso, é incontroverso que o acórdão recorrido admitiu a ação rescisória da ora recorrente por entendê-la cabível, mas, neste recurso especial, a recorrente adota fundamento e pedido como se o acórdão tivesse julgado incabível a AR.

6. Vê-se, pois, que este recurso especial, em que se alega ofensa ao art. 485, V, do CPC, não deve ser admitido."

Isso posto, acompanhando o Relator e o voto já proferido, não conheço, também, do presente recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 839.519-MA (2006/0082587-0)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Márcia Henriques Ribeiro de Oliveira e outros
Recorrido: Itajubara S/A — Açucar e Álcool
Advogados: Norma Suely Silva e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Imposto de renda. Isenção fiscal. Incentivo às fusões e incorporações de empresas. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR). Restrição. Benefício legal. Ofensa princípio hierarquia das leis. Ilegalidade.

1. Tratam os autos de ação anulatória de lançamento de débito fiscal ajuizada pela empresa Itajubara S/A Açúcar e Álcool contra a Fazenda Nacional, objetivando a desconstituição dos autos de infração decorrentes de violação ao Decreto n. 85.450/1980 em Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica sobre os exercícios financeiros de 1987 a 1989. A questão dos autos cinge-se sobre a "possibilidade de a empresa, uma vez procedida à reavaliação de seus bens, efetuar a incidência de depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados". O douto magistrado de 1º grau julgou procedente o pedido veiculado pela Empresa/Autora, determinando a anulação dos autos de infração por concluir que o disposto no art. 38 da Lei n. 6.830/1980 não tem o alcance pretendido, visto que o depósito do valor prévio da dívida não constitui pressuposto para a propositura da ação anulatória. Concluiu, ainda, que: a) competiria à Comissão de Fusão de Incorporação de Empresas (Cofie) assegurar a utilização do tratamento excepcional previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974, ou seja, "limitação do regulamento (ato administrativo) para criar condições e restrições não previstas no ato legislativo que o embasa"; e b) "primazia da lei especial sobre as disposições gerais vigentes acerca da matéria" o que condiciona a interpretação do disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e do art. 335, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) à finalidade mor que é a de "estimular as fusões e incorporações de empresas consideradas de interesse para a economia nacional". Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs apelação e o Tribunal de origem, por unanimidade, negou-lhe provimento por entender que: a) norma hierarquicamente inferior, *in casu* o decreto-regulamentador, não poderia restringir direito à isenção fiscal previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974 por caracterizar invasão da competência material; b) inexistência de violação do art. 109 do Código Tributário Nacional, visto que o "Juízo a quo não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da teoria geral do direito". Recurso especial interposto pela Fazenda Nacional apontando negativa

de vigência dos seguintes dispositivos legais: art. 355, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980, art. 7º, § 2 º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e art. 111 do CTN. Apresentadas contra-razões pugnando pela mantença do aresto combatido, diante da falta de razoabilidade das alegações do recorrente. Sustenta que o acórdão recorrido reconheceu, de forma precisa, a prevalência da lei sobre o Decreto baixado pelo Poder Executivo.

2. O art. 111 do CTN não foi prequestionado na instância de origem, não havendo sido lançados a debate nem deliberação. Nem mesmo com a oposição de embargos de declaração ouve pronunciamento a seu respeito, hipótese que atrai a incidência das Súmulas ns. 211-STJ e 282-STF.

3. O Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR), ao restringir o alcance do Decreto-Lei n. 1.346/1974, fixou vedação não-prevista pelo diploma legal especial, consubstanciada no impedimento de efetuar-se qualquer ajuste do valor acrescido a título de reavaliação. Deste modo, ao criar restrição que só poderia ter sido veiculada por ato normatizador, e não por norma de natureza regulamentadora, o Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) feriu, frontalmente, o princípio da hierarquia das normas, afinal tal consideração só poderia ter sido veiculada por outro ato normatizador, mas jamais por decreto que tenha mera função de regulamentar.

4. Recurso conhecido parcialmente, e nesta parte, 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 prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux (voto-vista), Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte). Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro José Delgado, Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2006 (data do julgamento)

Ministro José Delgado, Relator

DJ 13.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Em exame recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal de 1988, contra o seguinte acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado (fl. 147):

> "Tributário. Ação anulatória de lançamento fiscal. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto n. 75.247/1975 e Decreto n. 85.450/1980 (RIR/1980). Regulamento. Invasão de competência material prevista na lei regulamentada. Impossibilidade.
>
> 1. O § 4º do art. 355 do Decreto n. 85.450/1980 restringiu o alcance do disposto no art. 7º, § 3º do Decreto-Lei n. 1.346/1974, impedindo qualquer depreciação ou amortização sobre a parcela acrescida a título de reavaliação, dispositivo a ser aplicado em face do princípio de que norma superior prevalece sobre norma inferior, além do que está caracterizada invasão de competência atribuída ao legislador ordinário.
>
> 2. Apelação e remessa oficial desprovidas."

Opostos embargos de declaração pela Fazenda Nacional, o Tribunal de origem assim decidiu (fl. 157):

> "Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Honorários de advogado quando vencida a Fazenda Pública. Eqüitatividade.
>
> 1. Consoante disposto no art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios só podem ser opostos quanto houver no acórdão obscuridade, contradição ou omissão.
>
> 2. Omissão, para fins de embargos de declaração, importa na falta de manifestação do julgado sobre pontos a respeito dos quais era fundamental o pronunciamento do julgador.
>
> 3. É certo que a remessa oficial implica no reexame de toda a matéria tratada nos autos, contudo, se o Relator do acórdão decide por manter a sentença monocrática, ele não está obrigado a explicar ponto por ponto, mas apenas a fundamentar a sua decisão.
>
> 4. Embargos de declaração rejeitados."

Tratam os autos de ação anulatória de lançamento de débito fiscal ajuizada pela empresa Itajubara S/A Açúcar e Álcool contra a Fazenda Nacional objetivando a desconstituição dos autos de infração decorrentes de violação ao Decreto n. 85.450/1980 em Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica sobre os exercícios financeiros de 1987 a 1989.

O douto magistrado de 1º grau (fls. 101/104) julgou procedente o pedido veiculado pela Empresa/autora determinando a anulação dos autos de infração. Primeiro, por concluir que o disposto no art. 38 da Lei n. 6.830/1980 não tem o alcance pretendido, visto que o depósito do valor prévio da dívida não constitui pressuposto para a propositura da ação anulatória. Frisou que a questão dos autos cinge-se sobre a "possibilidade de a empresa, uma vez procedida à reavaliação de seus bens, efetuar a incidência de depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados".

Destarte, concluiu: a) compete à Comissão de Fusão de Incorporação de Empresas (Cofie) assegurar a utilização do tratamento excepcional previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974, ou seja, proceder à "limitação do regulamento (ato administrativo) para criar condições e restrições não previstas no ato legislativo que o embasa"; e b) pela "primazia da lei especial sobre as disposições gerais vigentes acerca da matéria", o que condiciona a interpretação do disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e do art. 335, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) à finalidade mor que é a de "estimular as fusões e incorporações de empresas consideradas de interesse para a economia nacional".

Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs apelação (fls. 107/112) e o Tribunal de origem (fls. 231/236), por unanimidade, negou-lhe provimento por entender que: a) norma hierarquicamente inferior, *in casu* o decreto-regulamentador, não poderia restringir direito à isenção fiscal prevista pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974 por caracterizar invasão da competência material; e b) inexistência de violação do art. 109 do Código Tributário Nacional, visto que o "Juízo *a quo* não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da teoria geral do direito".

Opostos embargos de declaração pela Fazenda (fls. 150/152) sustentando que: a) o aresto embargado olvidou-se de aplicar o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil (fixação eqüitativa da verba honorária no caso da Fazenda Publica restar vencida); b) entende a União haver excesso na condenação a ser suportada pela "própria coletividade que o Estado Representa"; e c) a jurisprudência desta Corte admite a oposição de embargos, com efeitos infringentes, visando a redução da verba honorária. A Corte Regional, por unanimidade, rejeitou-os (fls. 154/157), nos termos da ementa antes transcrita.

Recurso especial (fls. 161/182) interposto pela Fazenda Nacional apontando negativa de vigência dos seguintes dispositivos legais:

Do Decreto-Lei n. 1.346/1974:

"Art. 7°. Eventuais prejuízos ocorridos na alienação ou baixa dos bens reavaliados na forma do art. 1º não serão dedutíveis do lucro tributável, podendo as empresas compensá-los com o resultado das correções monetárias compulsórias posteriores.

§ 2º Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de trata este Decreto-Lei corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderão exceder o valor reavaliado aprovado pelo Cofie."

Do Código Tributário Nacional:

"Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

II - outorga de isenção"

Do Decreto n. 85.450/1980 (RIR):

"Art. 355. Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação"

Defende, em suma, que:

a) o art. 355 do Decreto-Lei n. 85.450/1980 apenas regulamentou, e não restringiu, os benefícios concedidos pelo art. 7º, § 2 º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974;

b) o Decreto-Lei n. 1.346/1974 não previu expressamente a possibilidade de reavaliar bens já totalmente depreciados, ou seja, houve a extensão e aplicação indevida ao caso concreto;

c) o acórdão recorrido ao conceder isenção fiscal não-prevista em lei violou o art. 111 do Código Tributário Nacional.

Apresentadas contra-razões às fls. 189/192 pugnando pela mantença do aresto combatido, diante da falta de razoabilidade das alegações da recorrente. Sustenta que o acórdão recorrido reconheceu, de forma precisa, a prevalência da lei sobre o Decreto baixado pelo Poder Executivo.

Juízo de admissibilidade positivo à fl. 194, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O recurso examinado merece ser parcialmente conhecido pela alínea invocada.

Inicialmente, verifica-se que o art. 111 do Código Tributário Nacional não foi prequestionado na instância de origem, não havendo sido lançados a debate nem deliberação. Nem mesmo com a oposição de embargos de declaração ouve pronunciamento a seu respeito, hipótese que atrai a incidência da Súmula n. 211-STJ.

Assim, tendo em vista o disposto nos Verbetes Sumulares ns. 282-STF e 211-STJ, deixo de conhecer do presente recurso quanto à alegação de violação do dispositivo retromencionado do Código Tributário Nacional.

Não obstante o atendimento dos demais pressupostos para conhecimento do apelo extremo, observo que este não reúne condições de prosperar.

A controvérsia dos autos gravita em torno de se determinar se o decreto regulamentar (Decreto-Lei n. 85.450/1980 — RIR) extrapolou ou não de sua função precípua ao fixar no § 4º do art. 335 que "Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavalização", ou seja, criou-se situação (vedação) não-prevista pelo artigo do Decreto-Lei n. 1.346/1974.

Com efeito, a partir de proposta do Cofie (Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas), o Decreto-Lei n. 1.346/1974 estabeleceu benefício de isenção fiscal de Imposto de Renda sobre pessoa jurídica, com a finalidade de estimular as fusões e incorporações de empresas consideradas de interesse para a economia nacional, consoante teor do arts. 1º e 7º:

> "Art. 1º "As pessoas jurídicas, para fins de fusão, incorporação ou outras formas de combinação ou associação de empresas, consideradas de interesse para a economia nacional, poderão reavaliar os bens integrantes do ativo imobilizado acima dos limites de correção monetária, até o valor de mercado, independentemente do recolhimento do Imposto de Renda incidente sobre o acréscimo de valor, decorrente da reavaliação, observado o que estabelece este decreto-lei."
>
> "Art. 7º *omissis*
>
> § 2º "Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de que trata este decreto-lei, corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderá exceder o valor reavaliado aprovado pela Cofie."

Em conformidade com a legislação citada, após realizar a reavaliação de seus bens, a Empresa pode efetuar a depreciação sobre tais valores, não obstante anterior depreciação. Assim, pode-se inferir que houve apenas a expressa ressalva

acerca do fato de que "montante acumulado dos encargos não poderá exceder o valor reavaliado aprovado pela Cofie", cabendo a depreciação e a amortização na forma anual dos valores contabilizados, posteriormente à reavaliação dos bens.

Por outro lado, o Decreto-Lei n. 85.450/1980, em seu art. 335, § 4º, assim determina:

> "Art. 335. *Omissis*
>
> § 4º "Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação"

Cinge-se do conteúdo do decreto citado, a existência de alteração quanto à sistemática de depreciação ou amortização. Restou indene que o retrocitado decreto restringiu o alcance do Decreto-Lei n. 1.346/1974 ao fixar como vedação não-prevista pelo diploma legal especial, consubstanciada no impedimento de efetuar-se qualquer ajuste do valor acrescido à título de reavaliação. E por outro lado, autorizou, apenas, a depreciação ou amortização quanto ao valor original dos bens do ativo imobilizado.

O Decreto-Lei n. 85.450/1980, que tem função regulamentadora, não poderia em nenhum momento restringir direito instituído pela norma fixadora de benefício fiscal, *in casu*, o Decreto-Lei n. 1.346/1974, em virtude de sua natureza hierarquicamente inferior. Ao fazê-lo, caracterizou-se afronta ao princípio da hierarquia das leis, visto que dita alteração só poderia ter sido veiculada por outro ato normatizador.

A propósito do tema, transcrevo trecho do voto condutor da Apelação Cível (fls. 144/145), de lavra do ilustre Juiz Desembargador Wilson Alves de Souza, *verbis*:

> "O Decreto-Lei n. 1.346/1974 autorizou a que a empresa, após realizar a reavaliação de seus bens, pudesse efetuar a depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados.
>
> Eis a íntegra da norma:
>
> "Art. 7º *omissis*
>
> § 2º Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de que trata este decreto-lei, corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderá exceder o valor reavaliado aprovado pela Cofie."

O Decreto n. 85.450/1980 (Regulamento do Imposto de Renda), no entanto, restringiu o alcance da supracitada norma impedindo qualquer depreciação ou amortização sobre a parcela acrescida a título de reavaliação, sendo seu enunciado do seguinte teor, *in verbis*:

"Art. 335. *Omissis*

§ 4º Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação."

O Regulamento, por ser norma hierarquicamente inferior, não poderia restringir direito à contabilização de depreciação tolhendo a eficácia do decreto-lei em questão. É dizer, extrapolou a norma inferior os limites de sua abrangência, uma vez que houve na espécie invasão da competência material atribuída ao Decreto-Lei n. 1.346/1974.

Por isso mesmo, não houve violação ao art. 109, do Código Tributário Nacional, vez que o Juízo a quo não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da Teoria geral do direito"

Nesse sentido, perfilha a jurisprudência do TRF da 5ª Região:

"Ementa:tributário. Ação anulatória de lançamento fiscal. Isenção do Imposto de Renda. Incentivo às fusões e incorporações de empresas. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto n. 75.247/1975.

1. O Decreto n. 75.247/7, como norma de hierarquia inferior, não poderia inovar o Decreto-Lei n. 1.346/1974, restringindo o direito à isenção fiscal quando atendidas determinadas condições neste elencadas.

2. remessa improvida." (REOAC n. 78.805-CE, Remessa *ex officio* na apelação cível, Relator Juiz Manoel Erherd, TRF, 5ª Região, Terceira Turma, data do julgamento, 27.11.1997)

Isto posto, nego provimento à apelação e a remessa oficial.

É o voto."

Na oportunidade, observo que esta Corte, ao tratar questão análoga, adotou idêntico posicionamento, conforme noticia o teor da emenda do REsp n. 204.368-CE, de Relatoria do Ministro Castro Meira, publicado no Diário da Justiça de 13.03.2006:

"Tributário. Recurso especial. Imposto de renda. Isenção. Incentivo às fusões e incorporações de empresas. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto n. 75.247/1975. Inovação. Ilegalidade.

1. Com o fito de incentivar a fusão, a incorporação ou outra forma de associação ou combinação de empresas, consideradas de interesse da economia nacional, segundo proposta da Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas-Cofie, o Decreto-Lei n. 1.346/1974 estabeleceu benefício fiscal na forma de isenção de Imposto de Renda sobre a reavaliação de bens do ativo imobilizado. Expressamente permitia que "para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de que trata este decreto-lei, corrigido monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderão exceder valor reavaliado aprovado pela Cofie".

2. Por ser dotado de hierarquia inferior e de função estritamente regulamentar, não poderia o Decreto n. 75.247/1975 inovar a sistemática encartada no Decreto-Lei n. 1.346/1974, impedindo o cálculo das quotas anuais de depreciação e amortização sobre a parcela acrescida após a reavaliação dos bens do ativo imobilizado.

3. Recurso especial improvido."

Por tais razões conheço parcialmente do recurso, e nesta parte, nego-lhe provimento.

É como voto.

VOTO-VISTA

Recurso especial. Tributário. Imposto de renda. Incentivo às fusões e incorporações de empresas. Isenção fiscal. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR). Restrição. Benefício legal. Ofensa princípio hierarquia das leis. Ilegalidade.

1. O Decreto-Lei n. 1.346/1974, objetivando incentivar a fusão, a incorporação ou outra forma de associação ou combinação de empresas, consideradas de interesse da economia nacional, segundo proposta da Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas-Cofie, estabeleceu benefício fiscal na forma de isenção de Imposto de Renda sobre a reavaliação de bens do ativo imobilizado, por isso que expressamente permitiu que para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderiam ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação autorizada por este diploma legal, corrigido monetariamente nos termos da legislação em vigor, sendo certo que o montante acumulado dos encargos não poderia exceder valor reavaliado aprovado pela Cofie.

2. O Decreto, por ser dotado de hierarquia inferior e função estritamente regulamentar, não poderia inovar a sistemática encartada no Decreto-Lei n. 1.346/1974, impedindo o cálculo das quotas anuais de depreciação e amortização sobre a parcela acrescida após a reavaliação dos bens do ativo imobilizado.

3. *In casu*, consoante restou consignado no v. acórdão recorrido, *verbis* (fls. 144/145):

> "O Decreto-Lei n. 1.346/1974 autorizou a que a empresa, após realizar a reavaliação de seus bens, pudesse efetuar a depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados.
>
> Eis a íntegra da norma:
>
> "Art. 7º *omissis*
>
> § 2º Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de que trata este decreto-lei, corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderá exceder o valor reavaliado aprovado pela Cofie."
>
> O Decreto n. 85.450/1980 (Regulamento do Imposto de Renda), no entanto, restringiu o alcance da supracitada norma impedindo qualquer depreciação ou amortização sobre a parcela acrescida a título de reavaliação, sendo seu enunciado do seguinte teor, *in verbis*:
>
> "Art. 335 *omissis*
>
> § 4º Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação."

4. É cediço que "o Regulamento, por ser norma hierarquicamente inferior, não poderia restringir direito à contabilização de depreciação tolhendo a eficácia do decreto-lei em questão. É dizer, extrapolou a norma inferior os limites de sua abrangência, uma vez que houve na espécie invasão da competência material atribuída ao Decreto-Lei n. 1.346/1974. Por isso mesmo, não houve violação ao art. 109, do Código Tributário Nacional, vez que o Juízo a quo não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da Teoria geral do direito".

5. O egrégio STJ tem assentado que:

Tributário. Instrução normativa/SRF n. 25/1999. Lei n. 9.718/1998. Benefício fiscal previsto no Decreto-Lei n. 1.598/1977. Custo orçado. Imposição de restrição não prevista na lei. Afronta ao princípio da legalidade.

1. A Lei n. 8.981/1995 impunha o regime de tributação com base no "lucro real" às pessoas jurídicas que se dedicavam à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil (art. 36, inciso IV).

2. O Decreto-Lei n. 1.598/1977, ao tratar de venda contratada antes da conclusão de empreendimento imobiliário, facultava o cômputo, no custo do imóvel vendido, além dos custos pagos, incorridos ou contratados, os orçados para a conclusão das obras ou melhoramentos que o contribuinte estivesse contratualmente obrigado a realizar.

3. Ao contribuinte, exercente da aludida benesse legal, atribuiu-se o dever de manter, à disposição da fiscalização ou dos órgãos da Secretaria da Receita Federal, demonstração analítica, por empreendimento, dos valores computados como custo orçado de cada unidade vendida, bem como dos efeitos da atualização monetária e de alterações nas especificações do orçamento. (Instrução Normativa SRF n. 84/1979)

4. Com a edição da Lei n. 9.718/1998, restaram desobrigadas do regime de apuração com base no lucro real, podendo optar pelo lucro presumido, as pessoas jurídicas dedicadas à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil, como decorrência lógica do fato de não constarem do rol elencado no art. 14, da citada norma legal.

5. Ocorre que a Instrução Normativa SRF n. 25/1999 impôs-lhes condição não prevista no referido diploma legal, ao preceituar que as mencionadas pessoas jurídicas não poderiam optar pelo lucro presumido enquanto não concluídas as operações imobiliárias para as quais houvesse registro de custo orçado.

6. Mister ressaltar que, no ano-base de 1998, em se tratando de empresa construtora e incorporadora de imóvel, inexistia opção de regime de apuração do Imposto de Renda pelo lucro presumido, constituindo o lucro real a sistemática a ser, obrigatoriamente, adotada (Lei n. 8.981/1995). Contudo, a obra, cujo custo orçado foi computado para apuração do lucro daquele ano, espraiou-se até o

exercício financeiro seguinte, ano-base de 1999, quando aplicável a Lei n. 9.718/1998 que permitia a opção do contribuinte pelo lucro presumido, forma de tributação simplificada que não obriga a manutenção de escrituração contábil regular (dispensa da escrituração do Livro Diário, exigindo-se apenas o Livro Caixa).

7. Destarte, a imposição de requisito para a opção pela sistemática do lucro presumido não pode ser inaugurada por Instrução Normativa, que, muito embora seja ato administrativo de caráter normativo, subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, *in casu*, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados "regulamentos autônomos", vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal.

8. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/1988, arts. 5º, II, 37, *caput*, 84, IV), o que equivale a assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina. Desta sorte, ao expedir um ato que tem por finalidade regulamentar a lei (decreto, regulamento, instrução, portaria, etc.), não pode a Administração inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros.

9. Consoante a melhor doutrina, "é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos." (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo,* São Paulo, Malheiros Editores, 2002)

10. Aplicação analógica do entendimento assentado nos precedentes desta Corte: REsp n. 584.798-PE, desta relatoria, Primeira Turma, DJ 06.12.2004; REsp n. 491.304-PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 18.08.2003; e REsp n. 443.910-PR, desta relatoria, Primeira Turma, DJ 19.12.2002, no sentido de que "admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados 'regulamentos autônomos', vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal".

> 11. A ilegalidade da aludida instrução normativa afastar-se-ia caso a imposição por ela engendrada representasse tão-somente o dever de registro, em escrituração contábil, dos valores referentes aos custos orçados até a conclusão do empreendimento, a fim de viabilizar o acompanhamento e controle de eventual lucro objeto da tributação diferida, não limitando o direito de utilização do regime do lucro presumido pelo contribuinte, que, na sua essência, representa a base de cálculo sujeita ao princípio da legalidade.
>
> 12. Recurso especial provido." (REsp n. 665.880-RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13.03.2006)

6. Recurso Especial parcialmente conhecido, e nesta parte, desprovido, acompanhando o eminente Relator.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Consoante exposto pelo eminente Relator:

Em exame recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal de 1988, contra o seguinte acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado (fl. 147):

> "Tributário. Ação anulatória de lançamento fiscal. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto n. 75.247/1975 e Decreto n. 85.450/1980 (RIR/1980). Regulamento. Invasão de competência material prevista na lei regulamentada. Impossibilidade.
>
> 1. O § 4º do art. 355 do Decreto n. 85.450/1980 restringiu o alcance do disposto no art. 7º, § 3º do Decreto-Lei n. 1.346/1974, impedindo qualquer depreciação ou amortização sobre a parcela acrescida a título de reavaliação, dispositivo a ser aplicado em face do princípio de que norma superior prevalece sobre norma inferior, além do que está caracterizada invasão de competência atribuída ao legislador ordinário.
>
> 2. Apelação e remessa oficial desprovidas."

Opostos embargos de declaração pela Fazenda Nacional, o Tribunal de origem assim decidiu (fl. 157):

> "Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Honorários de advogado quando vencida a Fazenda Pública. Eqüitatividade.
>
> 1. Consoante disposto no art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios só podem ser opostos quanto houver no acórdão obscuridade, contradição ou omissão.

2. Omissão, para fins de embargos de declaração, importa na falta de manifestação do julgado sobre pontos a respeito dos quais era fundamental o pronunciamento do julgador.

3. É certo que a remessa oficial implica no reexame de toda a matéria tratada nos autos, contudo, se o Relator do acórdão decide por manter a sentença monocrática, ele não está obrigado a explicar ponto por ponto, mas apenas a fundamentar a sua decisão.

4. Embargos de declaração rejeitados."

Tratam os autos de ação anulatória de lançamento de débito fiscal ajuizada pela empresa Itajubara S/A Açúcar e Álcool contra a Fazenda Nacional objetivando a desconstituição dos autos de infração decorrentes de violação ao Decreto n. 85.450/1980 em Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica sobre os exercícios financeiros de 1987 a 1989.

O douto magistrado de 1º grau (fls. 101/104) julgou procedente o pedido veiculado pela Empresa/autora determinando a anulação dos autos de infração. Primeiro, por concluir que o disposto no art. 38 da Lei n. 6.830/1980 não tem o alcance pretendido, visto que o depósito do valor prévio da dívida não constitui pressuposto para a propositura da ação anulatória. Frisou que a questão dos autos cinge-se sobre a "possibilidade de a empresa, uma vez procedida à reavaliação de seus bens, efetuar a incidência de depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados".

Destarte, concluiu: a) compete à Comissão de Fusão de Incorporação de Empresas (Cofie) assegurar a utilização do tratamento excepcional previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974, ou seja, proceder à "limitação do regulamento (ato administrativo) para criar condições e restrições não previstas no ato legislativo que o embasa"; e b) pela "primazia da lei especial sobre as disposições gerais vigentes acerca da matéria", o que condiciona a interpretação do disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e do art. 335, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) à finalidade mor que é a de "estimular as fusões e incorporações de empresas consideradas de interesse para a economia nacional".

Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs apelação (fls. 107/112) e o Tribunal de origem (fls. 231/236), por unanimidade, negou-lhe provimento por entender que: a) norma hierarquicamente inferior, *in casu* o decreto-regulamentador, não poderia restringir direito à isenção fiscal prevista pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974 por caracterizar invasão da competência material; e b) inexistência de violação do art. 109 do Código Tributário Nacional, visto que o "Juízo *a quo*

não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da teoria geral do direito".

Opostos embargos de declaração pela Fazenda (fls. 150/152) sustentando que: a) o arresto embargado olvidou-se de aplicar o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil (fixação eqüitativa da verba honorária no caso da Fazenda Publica restar vencida); b) entende a União haver excesso na condenação a ser suportada pela "própria coletividade que o Estado Representa"; e c) a jurisprudência desta Corte admite a oposição de embargos, com efeitos infringentes, visando a redução da verba honorária. A Corte Regional, por unanimidade, rejeitou-os (fls. 154/157), nos termos da ementa antes transcrita.

Recurso especial (fls. 161/182) interposto pela Fazenda Nacional apontando negativa de vigência dos seguintes dispositivos legais:

Do Decreto-Lei n. 1.346/1974:

"Art. 7. Eventuais prejuízos ocorridos na alienação ou baixa dos bens reavaliados na forma do art. 1º não serão dedutíveis do lucro tributável, podendo as empresas compensá-los com o resultado das correções monetárias compulsórias posteriores.

§ 2º - Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de trata este Decreto-Lei corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderão exceder o valor reavaliado aprovado pelo Cofie."

Do Código Tributário Nacional:

"Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

II - outorga de isenção"

Do Decreto n. 85.450/1980 (RIR):

"Art. 355. Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação"

Defende, em suma, que:

a) o art. 355 do Decreto-Lei n. 85.450/1980 apenas regulamentou, e não restringiu, os benefícios concedidos pelo art. 7º, § 2 º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974;

b) o Decreto-Lei n. 1.346/1974 não previu expressamente a possibilidade de reavaliar bens já totalmente depreciados, ou seja, houve a extensão e aplicação indevida ao caso concreto;

c) o acórdão recorrido ao conceder isenção fiscal não-prevista em lei violou o art. 111 do Código Tributário Nacional.

Apresentadas contra-razões às fls. 189/192 pugnando pela mantença do aresto combatido, diante da falta de razoabilidade das alegações da recorrente. Sustenta que o acórdão recorrido reconheceu, de forma precisa, a prevalência da lei sobre o Decreto baixado pelo Poder Executivo.

Juízo de admissibilidade positivo à fl. 194, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Em seu voto, o eminente Relator assenta:

Tributário. Recurso especial. Imposto de renda. Isenção fiscal. Incentivo às fusões e incorporações de empresas. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR). Restrição. Benefício legal. Ofensa princípio hierarquia das leis. Ilegalidade.

1. Tratam os autos de ação anulatória de lançamento de débito fiscal ajuizada pela empresa Itajubara S/A Açúcar e Álcool contra a Fazenda Nacional, objetivando a desconstituição dos autos de infração decorrentes de violação ao Decreto n. 85.450/1980 em Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica sobre os exercícios financeiros de 1987 a 1989. A questão dos autos cinge-se sobre a "possibilidade de a empresa, uma vez procedida à reavaliação de seus bens, efetuar a incidência de depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados". O douto magistrado de 1º grau julgou procedente o pedido veiculado pela Empresa/Autora, determinando a anulação dos autos de infração por concluir que o disposto no art. 38 da Lei n. 6.830/1980 não tem o alcance pretendido, visto que o depósito do valor prévio da dívida não constitui pressuposto para a propositura da ação anulatória. Concluiu, ainda, que: a) competiria à Comissão de Fusão de Incorporação de Empresas (Cofie) assegurar a utilização do tratamento excepcional previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974, ou seja, "limitação do regulamento (ato administrativo) para criar condições e restrições não previstas no ato legislativo que o embasa"; e b) "primazia da lei especial sobre as disposições gerais vigentes acerca da matéria" o que condiciona a interpretação do disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e do art. 335, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) à finalidade mor que é a de "estimular as

fusões e incorporações de empresas consideradas de interesse para a economia nacional". Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs apelação e o Tribunal de origem, por unanimidade, negou-lhe provimento por entender que: a) norma hierarquicamente inferior, *in casu* o decreto-regulamentador, não poderia restringir direito à isenção fiscal previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974 por caracterizar invasão da competência material; b) inexistência de violação do art. 109 do Código Tributário Nacional, visto que o "Juízo a quo não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da teoria geral do direito". Recurso especial interposto pela Fazenda Nacional apontando negativa de vigência dos seguintes dispositivos legais: art. 355, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980, art. 7º, § 2 º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e art. 111 do CTN. Apresentadas contrarazões pugnando pela mantença do aresto combatido, diante da falta de razoabilidade das alegações do recorrente. Sustenta que o acórdão recorrido reconheceu, de forma precisa, a prevalência da lei sobre o Decreto baixado pelo Poder Executivo.

2. O art. 111 do CTN não foi prequestionado na instância de origem, não havendo sido lançados a debate nem deliberação. Nem mesmo com a oposição de embargos de declaração ouve pronunciamento a seu respeito, hipótese que atrai a incidência das Súmulas ns. 211-STJ e 282-STF.

3. O Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR), ao restringir o alcance do Decreto-Lei n. 1.346/1974, fixou vedação não-prevista pelo diploma legal especial, consubstanciada no impedimento de efetuar-se qualquer ajuste do valor acrescido a título de reavaliação. Deste modo, ao criar restrição que só poderia ter sido veiculada por ato normatizador, e não por norma de natureza regulamentadora, o Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) feriu, frontalmente, o princípio da hierarquia das normas, afinal tal consideração só poderia ter sido veiculada por outro ato normatizador, mas jamais por decreto que tenha mera função de regulamentar.

4. Recurso conhecido parcialmente, e nesta parte, não provido.

Assiste razão ao eminente Relator, visto porque o Decreto-Lei n. 1.346/1974, objetivando incentivar a fusão, a incorporação ou outra forma de associação ou combinação de empresas, consideradas de interesse da economia nacional, segundo proposta da Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas-Cofie, estabeleceu benefício fiscal na forma de isenção de Imposto de Renda sobre a reavaliação de bens do ativo imobilizado, por isso que expressamente permitiu que para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderiam ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação autorizada

por este diploma legal, corrigido monetariamente nos termos da legislação em vigor, sendo certo que o montante acumulado dos encargos não poderia exceder valor reavaliado aprovado pela Cofie.

O Decreto, por ser dotado de hierarquia inferior e função estritamente regulamentar, não poderia inovar a sistemática encartada no Decreto-Lei n. 1.346/1974, impedindo o cálculo das quotas anuais de depreciação e amortização sobre a parcela acrescida após a reavaliação dos bens do ativo imobilizado.

In casu, consoante restou consignado no v. acórdão recorrido, *verbis* (fls. 144/145):

> "O Decreto-Lei n. 1346/1974 autorizou a que a empresa, após realizar a reavaliação de seus bens, pudesse efetuar a depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados.
>
> Eis a íntegra da norma:
>
> "Art. 7º *omissis*
>
> § 2º Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de que trata este decreto-lei, corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderá exceder o valor reavaliado aprovado pela Cofie."
>
> O Decreto n. 85.450/1980 (Regulamento do Imposto de Renda), no entanto, restringiu o alcance da supracitada norma impedindo qualquer depreciação ou amortização sobre a parcela acrescida a título de reavaliação, sendo seu enunciado do seguinte teor, *in verbis*:
>
> "Art. 335. *omissis*
>
> § 4º Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação."

É cediço que "o Regulamento, por ser norma hierarquicamente inferior, não poderia restringir direito à contabilização de depreciação tolhendo a eficácia do decreto-lei em questão. É dizer, extrapolou a norma inferior os limites de sua abrangência, uma vez que houve na espécie invasão da competência material atribuída ao Decreto-Lei n. 1.346/1974. Por isso mesmo, não houve violação ao art. 109, do Código Tributário Nacional, vez que o Juízo *a quo* não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da Teoria geral do direito".

O egrégio STJ tem assentado que:

Tributário. Instrução Normativa SRF n. 25/1999. Lei n. 9.718/1998. Benefício fiscal previsto no Decreto-Lei n. 1.598/1977. Custo orçado. Imposição de restrição não prevista na lei. Afronta ao princípio da legalidade.

1. A Lei n. 8.981/1995 impunha o regime de tributação com base no "lucro real" às pessoas jurídicas que se dedicavam à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil (art. 36, inciso IV).

2. O Decreto-Lei n. 1.598/1977, ao tratar de venda contratada antes da conclusão de empreendimento imobiliário, facultava o cômputo, no custo do imóvel vendido, além dos custos pagos, incorridos ou contratados, os orçados para a conclusão das obras ou melhoramentos que o contribuinte estivesse contratualmente obrigado a realizar.

3. Ao contribuinte, exercente da aludida benesse legal, atribuiu-se o dever de manter, à disposição da fiscalização ou dos órgãos da Secretaria da Receita Federal, demonstração analítica, por empreendimento, dos valores computados como custo orçado de cada unidade vendida, bem como dos efeitos da atualização monetária e de alterações nas especificações do orçamento. (Instrução Normativa SRF n. 84/1979)

4. Com a edição da Lei n. 9.718/1998, restaram desobrigadas do regime de apuração com base no lucro real, podendo optar pelo lucro presumido, as pessoas jurídicas dedicadas à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil, como decorrência lógica do fato de não constarem do rol elencado no art. 14, da citada norma legal.

5. Ocorre que a Instrução Normativa SRF n. 25/1999 impôs-lhes condição não prevista no referido diploma legal, ao preceituar que as mencionadas pessoas jurídicas não poderiam optar pelo lucro presumido enquanto não concluídas as operações imobiliárias para as quais houvesse registro de custo orçado.

6. Mister ressaltar que, no ano-base de 1998, em se tratando de empresa construtora e incorporadora de imóvel, inexistia opção de regime de apuração do Imposto de Renda pelo lucro presumido, constituindo o lucro real a sistemática a ser, obrigatoriamente, adotada (Lei n. 8.981/1995). Contudo, a obra, cujo custo orçado foi computado para apuração do lucro daquele ano, espraiou-se até o exercício financeiro seguinte, ano-base de 1999, quando aplicável a Lei n. 9.718/1998 que permitia a opção do

contribuinte pelo lucro presumido, forma de tributação simplificada que não obriga a manutenção de escrituração contábil regular (dispensa da escrituração do Livro Diário, exigindo-se apenas o Livro Caixa).

7. Destarte, a imposição de requisito para a opção pela sistemática do lucro presumido não pode ser inaugurada por Instrução Normativa, que, muito embora seja ato administrativo de caráter normativo, subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, *in casu*, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados "regulamentos autônomos", vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal.

8. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/1988, arts. 5º, II, 37, *caput*, 84, IV), o que equivale a assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina. Desta sorte, ao expedir um ato que tem por finalidade regulamentar a lei (decreto, regulamento, instrução, portaria, etc.), não pode a Administração inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros.

9. Consoante a melhor doutrina, "é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos." (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002)

10. Aplicação analógica do entendimento assentado nos precedentes desta Corte: REsp n. 584.798-PE, desta relatoria, Primeira Turma, DJ 06.12.2004; REsp n. 491.304-PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 18.08.2003; e REsp n. 443.910-PR, desta relatoria, Primeira Turma, DJ 19.12.2002, no sentido de que "admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados 'regulamentos autônomos', vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal".

11. A ilegalidade da aludida instrução normativa afastar-se-ia caso a imposição por ela engendrada representasse tão-somente o dever de

registro, em escrituração contábil, dos valores referentes aos custos orçados até a conclusão do empreendimento, a fim de viabilizar o acompanhamento e controle de eventual lucro objeto da tributação diferida, não limitando o direito de utilização do regime do lucro presumido pelo contribuinte, que, na sua essência, representa a base de cálculo sujeita ao princípio da legalidade.

12. Recurso especial provido." (REsp n. 665.880-RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13.03.2006)

Com essas considerações, conheço parcialmente do recurso especial, e nesta parte, nego-lhe provimento, acompanhando o eminente Relator.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 839.935-MT (2006/0080341-5)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Estado de Mato Grosso
Procuradores: Nelson Pereira dos Santos e outros
Recorrido: Rodar Pneus Ltda
Advogado: Alexandre do Couto Souza

EMENTA

Processo Civil e Tributário. Recurso especial. Mandado de segurança. ICMS. Demanda reservada de potência. "Seguro-apagão". Equívoco. Inépcia da inicial. Não-ocorrência.

1. Tratam os autos de Mandado de Segurança impetrado por Rodar Pneus Ltda contra ato do Secretário de Estado de Fazenda e do Presidente da Cemat. A exordial requer: a) a concessão de Medida Liminar determinando-se às autoridades impetradas que se abstenham de cobrar ICMS incidente sobre a "demanda reservada de potência"; b) a autoridade coatora se abstenha da prática de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indébitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS; c) após a manifestação do MPE seja concedida a ordem, no termos da liminar pleiteada, pedindo em definitivo a concessão da segurança. Decisão preliminar indeferiu

a liminar pleiteada, deferindo, entretanto, o pleito de autorização para depósito judicial do valores recolhidos a título de ICMS incidente sobre o "seguro-apagão". Foi decidido pelo acórdão que: a) "Não caracteriza a inépcia da inicial por falta de conclusão lógica quando é patente o descuido de causídico em substituir um termo pelo outro no pedido"; b) afastou a ilegitimidade ativa considerando "o impetrante efetivo contribuinte do ICMS e a ilegitimidade passiva em razão da concessionária exercer função delegada pelo Poder Público". O Estado de Mato Grosso aponta para fundamento de seu recurso que: a) a recorrida discorre fundamentação da causa de pedir no sentido da ilegalidade do ICMS incidente sobre o "seguro-apagão" e o pedido é de que se abstenham a partir da liminar, de cobrar o ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência da consumidora da impetrante; b) houve cerceamento de defesa, no caso, decorrente de que não se sabe se a defesa deve ser dirigida ao fundamento articulado na inicial; c) a petição é inepta, por não atender aos pressupostos processuais. Contra-razões limitando-se a apresentar as mesmas razões da inicial.

2. A matéria controvertida é pertinente à fundamentação da causa de pedir no sentido da ilegalidade do ICMS incidente sobre o "seguro-apagão", sendo o pedido formulado de que se abstenham, a partir da liminar, de cobrar o ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência da consumidora da impetrante.

3. É possível constatar da inicial um equívoco por parte do advogado, que numa primeira análise poderíamos da um fecho pela inépcia da inicial. No entanto, percebe-se que apenas estão registrados os encargos referentes ao "seguro-apagão", motivo que leva a acreditar que o patrono a articular o pedido esqueceu-se de substituir um termo pelo outro, já que ambos possuem o mesmo fundamento no que se refere à ocorrência ou não de fato gerador.

4. O Código de Processo Civil, em seu art. 285, I, combinado com o seu parágrafo único, só considera inepta a petição inicial quando lhe faltar pedido ou causa de pedir; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; o pedido for juridicamente impossível; contiver pedidos incompatíveis entre si.

5. Recurso especial não-provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso 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), 5 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 26.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de recurso especial (fls. 263/272) fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, interposto pelo Estado de Mato Grosso em face de acórdão proferido, à unanimidade, pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, assim ementado (fl. 248):

> "Mandado de segurança individual. ICMS. Incidência sobre o encargo de capacidade emergencial. Inépcia da inicial. Mera ausência de substituição de terminologia. Preliminar rejeitada. Legitimidade ativa *ad causam*. Efetivo pagamento do imposto. Preliminar rejeitada. Alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* da concessionária. Insubsistência face o exercício de função delegada pelo poder público. Preliminar rejeitada. Mérito. Fato gerador. Inocorrência. Ilegalidade da cobrança. Declaração do direito à compensação ou à repetição do indébito. (Súmula n. 213-STJ).
>
> Não caracteriza a inépcia da inicial por falta de conclusão lógica quando é patente o descuido de causídico em substituir um termo pelo outro no pedido.
>
> Afastadas a ilegitimidade ativa quando o impetrante é efetivo contribuinte do ICMS e a ilegitimidade passiva em razão da concessionária exercer função delegada pelo Poder Público.
>
> O fato gerador do ICMS apenas se consolida no exato momento em que a energia sai da concessionária fornecedora e é efetivamente utilizada pelo consumidor, operação final a que se refere à legislação, e o encargo de capacidade emergencial (seguro apagão) em nada altera essa situação fática face a não transferência de energia elétrica, pois é essa operação final

que mensura a quantidade de energia elétrica realmente gasta e sobre a qual deve incidir tal tributo. Presente a ilegalidade do ato, há que se declarar o direito à compensação ou a repetição do indébito, consoante a Súmula n. 213-STJ".

Embargos de declaração (fl. 273):

"Recurso de embargos de declaração. Omissões. Inocorrência. Reapreciação da matéria. Descabimento. Rejeição.

Se o acórdão recorrido abordou a matéria objeto do recurso tomando por fundamento dispositivos legais outros, que não os invocados pela parte e, com fundamentação suficiente, decidiu a controvérsia posta, não há caracterização de omissão.O julgador não está obrigado a apontar todos os dispositivos legais em que se baseou para formular sua convicção, cabendo-lhes, apenas, de forma fundamentada, aplicar o direito à espécie."

Tratam os autos de Mandado de Segurança impetrado por Rodar Pneus Ltda contra ato do Secretário de Estado de Fazenda e do Presidente das Centrais Elétricas Matogrossenses S/A — Cemat.

A exordial (fls. 2/22) requer: a) a concessão de Medida Liminar determinando-se às autoridades impetradas que se abstenham de cobrar ICMS incidente sobre a "demanda reservada de potência"; b) a autoridade coatora se abstenha da prática de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indébitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS, devidamente corrigidos mediante a aplicação da UFIR e acrescidos dos Juros da Taxa Selic; c) c) caso necessário, seja deferida autorização para depósito judicial do valor do ICMS cobrado sobre a "seguro-apagão", até o trânsito em julgado do presente *writ*; d) após a manifestação do MPE seja concedida a ordem, no termos da liminar pleiteada, pedindo em definitivo a concessão da segurança.

Decisão preliminar (fls. 159/161) indeferiu a liminar pleiteada, deferindo, entretanto, o pleito de autorização para depósito judicial do valores recolhidos a título de ICMS incidente sobre o "seguro-apagão".

Foi decidido pelo acórdão (fls. 248/261) que: a) "Não caracteriza a inépcia da inicial por falta de conclusão lógica quando é patente o descuido de causídico em substituir um termo pelo outro no pedido"; b) afastou a ilegitimidade ativa considerando "o impetrante efetivo contribuinte do ICMS e a ilegitimidade passiva em razão da concessionária exercer função delegada pelo Poder Público"; c) "O fato gerador do ICMS apenas se consolida no exato momento em que a energia sai da concessionária fornecedora e é efetivamente utilizada pelo consumidor, operação final a que se refere a legislação, e o encargo de capacidade

emergencial (seguro apagão) em nada altera essa situação fática face a não transferência de energia elétrica"; d) considerou presente a ilegalidade do ato, declarando o direito à compensação ou a repetição do indébito.

Nesta via recursal, aponta-se negativa de vigência aos seguintes dispositivos 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. 295. A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

II - *Omissis*

III - *Omissis*

IV - *Omissis*

V - *Omissis*

Vl - *Omissis*

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - Ihe faltar pedido ou causa de pedir;

II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III - o pedido for juridicamente impossível;

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que Ihe foi demandado."

O Estado de Mato Grosso aponta para fundamento de seu recurso que: a) a recorrida discorre fundamentação da causa de pedir no sentido da ilegalidade do ICMS incidente sobre o "seguro-apagão" e o pedido é de que se abstenham a partir da liminar, de cobrar o ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência da consumidora da impetrante; b) houve cerceamento de defesa, no caso, decorrente de que não se sabe se a defesa deve ser dirigida ao fundamento articulado na inicial, ou ao pedido formulado, alegando não guardar relação com o corpo da peça de ingresso; c) a petição é inepta, por não atender aos pressupostos processuais.

Contra-razões (fls. 278/294) limitando-se a apresentar as mesmas razões da inicial.

Decisão do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (fls. 302/305) admitindo o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Com relação aos arts. 128, 295, I e parágrafo único, II e 460, do Código de Processo Civil, verifica-se que a matéria inserta nesses dispositivos foi objeto de apreciação pelo acórdão recorrido, restando, portanto, satisfeito o requisito do prequestionamento.

A matéria controvertida é pertinente à fundamentação da *causa de pedir* no sentido da ilegalidade do ICMS incidente sobre o "*seguro-apagão*", sendo o *pedido* formulado no sentido de que se abstenham, a partir da liminar, de cobrar o ICMS incidente sobre a *demanda reservada* de potência da consumidora da impetrante.

É possível constatar da inicial um equívoco por parte do advogado, que numa primeira análise poderia se concluir pela inépcia da inicial. No entanto, percebe-se que apenas estão registrados os encargos referentes ao "seguro-apagão", motivo que leva a acreditar que o patrono a articular o pedido esqueceu-se de substituir um termo pelo outro, já que ambos possuem o mesmo fundamento no que se refere à ocorrência ou não de fato gerador.

O recurso não merece provimento. A petição inicial preenche os requisitos exigidos pelos arts. 282 e 283 do CPC.

O Código de Processo Civil, em seu art. 285, I, combinado com o seu parágrafo único, só considera inepta a petição inicial quando lhe faltar pedido ou causa de pedir; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; o pedido for juridicamente impossível; contiver pedidos incompatíveis entre si.

Nenhum vício dos acima apontados apresenta a petição inicial em destaque.

Confira-se o entendimento proferido no voto-condutor do acórdão recorrido:

> "A Procuradoria do Estado e as Centrais Elétricas Matogrossenses, nas informações, sustentam a inépcia da inicial por falta da conclusão lógica, com fulcro no art. 295, I e parágrafo único, II do CPC.
>
> Analisando a petição inicial, verifica-se, que a causa de pedir consubstancia-se na ilegalidade da incidência do ICMS sobre o encargo de capacidade emergencial (seguro-apagão). Ocorre que, o pedido nos itens (II) e (V) referem-se à demanda reservada de potência, matéria não tratada no corpo da inicial, equivoco que, num primeiro momento poderíamos

concluir pela ausência de correlação lógica entre a fundamentação da causa de pedir e o pedido.

Porém, verificando as faturas de energia elétrica que constituem a prova pré-constituída do *mandamus*, vê-se, que, somente estão registrados os encargos referentes capacidade emergencial (seguro-apagão), razão pela qual tudo leva a crer que o causídico ao formular o pedido olvidou-se de substituir um termo pelo outro, uma vez que embora tais encargos sejam distintos quanto a sua finalidade, possuem fundamento comum no que pertine à discussão sobre a ocorrência ou não de fato gerador.

Não fosse assim, por qual razão teria formulado pedido de autorização para depósito judicial do valor do ICMS cobrado sobre o encargo de "capacidade emergencial" (seguro-apagão), "até o transito em julgado do vertente *writ of mandamus*", como o fez no item (III), à fl. 22-TJ?

Desta forma, diante da evidência do equívoco no qual incorreu o advogado da causa, julgar inépta a inicial, seria proceder com extremo rigor à forma em detrimento do direito ao acesso à justiça no plano concreto.

Assim, rechaço a preliminar.

É como voto."

Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 841.158-RJ (2006/0086022-4)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Fábio Gonçalves Raunheitti
Advogados: Pedro Américo Rios Gonçalves e outros
Recorrida: União

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Fazenda Pública. Instituição de ensino superior. Ausência de prestação de contas de verbas federais. Tomada de contas realizada pelo Tribunal de Contas da União. Execução por título extrajudicial efetivada pela Fazenda

Pública. Conformidade legal. Inexistência de ofensa ao art. 745 do CPC. Arts. 522, 591, 620, 637, 649 e I, 655, todos do CPC. Não-prequestionamento. Recurso especial conhecido em parte e não-provido.

1. Trata-se de recurso especial (fls. 148/165) interposto por Fábio Gonçalves Raunheitti em autos de agravo de instrumento ajuizado com o objetivo de desconstituir decisão proferida pelo juízo de 1º grau, que deferiu pedido de penhora, relativa a carros, contas-correntes e de cotas de suas empresas, requerida pela União nos autos de execução por título extrajudicial.

2. A matéria inscrita nos arts. 522, 591, 620, 637, 649 e I, todos do Código de Processo Civil, não foi objeto de discussão pelo acórdão recorrido, o que caracteriza a ausência de prequestionamento sobre o tema, óbice que, no particular, impede o conhecimento do recurso.

3. Não se reconhece ofensa ao art. 535 do CPC quando a lide recebeu expressa e fundamentada solução, mesmo que em sentido diverso do buscado pelo executado, nos termos da Súmula n. 211-STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*."

4. O fundamento do aresto atacado é precisamente o de que não foi empregado o meio processual adequado para veicular defesa ao processo executivo. Este argumento não foi ilidido pelos argumentos de recurso. Com efeito, a regra processual descrita no citado art. 745 é expressa e direta ao asseverar a necessidade de "embargos" para o executado deduzir a matéria de defesa que entenda cabível. O emprego desse instrumento processual não ocorreu, como está registrado no acórdão.

5. Recurso especial conhecido em parte 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, conhecer parcialmente do recurso especial e, 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), 5 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 26.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial (fls. 148/165) interposto por Fábio Gonçalves Raunheitti, com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região, assim ementado (fl.133):

> "Ementa: Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução. Título extrajudicial. Penhora, embargos à execução.
>
> Insurge-se o Agravante contra a r. decisão de 1º grau, nos autos da execução por título extrajudicial que lhe move a União Federal, a qual deferiu a penhora referente aos carros, contas-correntes e quotas de suas empresas.
>
> As alegações do Agravante devem ser produzidas em sede própria, qual seja, através de embargos à execução.
>
> Inteligência do art. 745, do Código de Processo Civil.
>
> Improvimento do Agravo de Instrumento."

Opostos embargos declaratórios, tendo sido ementados nos seguintes termos (fl. 146):

> "Ementa: Direito Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução. Título extrajudicial. Penhora. Embargos de declaração. Rejeição.
>
> Recurso objetivando a alteração do *decisum*, sob fundamento de que este apresenta omissão.
>
> Configurada a inexistência de qualquer vício passível de ser acolhido mediante a oposição dos embargos de declaração, uma vez que o v. acórdão embargado, analisou de forma clara e objetiva a matéria trazida ao crivo do Poder Judiciário.
>
> Impossibilidade de rediscussão da matéria já examinada, em sede de embargos de declaratórios.
>
> Rejeição dos embargos."

Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por Fábio Gonçalves Raunheitti objetivando desconstituir decisão proferida pelo juízo de 1º grau, que

deferiu pedido de penhora, relativa a carros, contas-correntes e de cotas de suas empresas, requerida pela União nos autos de execução por título extrajudicial.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em decisão monocrática do Relator (fls. 89/90), negou seguimento ao recurso por considerá-lo inadmissível diante da inércia da parte agravante. Dessa decisão, o recorrente apresentou agravo interno, ao qual seguiu nova decisão (fls. 104/105) reconsiderando a anterior. Entrementes, o Relator pontuou o equívoco outrora ocorrido, determinando o regular prosseguimento do feito, não deferindo, contudo, pedido liminar de efeito suspensivo ao recurso.

Seguiu-se Acórdão do Tribunal *a quo* (fls. 130/131) negando seguimento ao agravo de forma unânime. Entendeu que os embargos à execução constituem a via adequada para apreciar as alegações argüidas pelo agravante, consoante preceitua o art. 745 do CPC, em vez de recurso de agravo de instrumento. Ressaltou a necessidade de se observar o disposto no art. 655, do CPC, o qual estabelece a gradação de bens a serem nomeados pelo executado, ressalvando obviamente a hipótese de eventuais excepcionalidades.

Inconformado, Fábio Gonçalves Raunheitti opôs embargos declaratórios (fls. 135/138), os quais foram rejeitados pelo Tribunal Regional Federal *a quo* (fls. 141/146), que evidenciou a impropriedade da via eleita diante da inexistência de vício a ser sanado, consoante termos da ementa acima transcrita.

Dessa decisão adveio recurso especial (fls. 148/165) apresentado por Fábio Gonçalves Raunheitti, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual alega negativa de vigência aos seguintes dispositivos:

Do Código de Processo Civil:

• Art. 535, II - ("Cabem embargos de declaração quando: (Redação dada pela Lei n. 8.950, de 13.12.1994). I - *omissis* II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal. (Redação dada pela Lei n. 8.950, de 13.12.1994);

• Art. 522. ("Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (Redação dada pela Lei n. 11.187, de 2005)

Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo. (Redação dada pela Lei n. 9.139, de 30.11.1995)"

• Art. 591. (“O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”)

• Art. 620. (“Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”)

• Art. 637. (“Se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro.

Parágrafo único. O direito de preferência será exercido no prazo de 5 (cinco) dias, contados da escolha da proposta, a que alude o art. 634, § 3º”)

• Art. 649, I - (“São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; (...)”)

• Art. 655. (“Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: I - dinheiro; II - pedras e metais preciosos; III - títulos da dívida pública da União ou dos Estados; IV - títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa; V - móveis; Vl - veículos; Vll - semoventes; Vlll - imóveis; IX - navios e aeronaves; X - direitos e ações. (...)”)

• Art. 745. (“Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que Ihe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.”)

Defende, em síntese:

a) preliminarmente: ofensa ao art. 535 do CPC, por não terem sido sanadas as omissões e contradições levantadas nos aclaratórios sobre:

a.1. indisponibilidade de seus imóveis;

a.2. existência de vedação contratual sobre disposição das quotas sociais;

a.3. penhora dos bens móveis ter sido realizada de forma mais gravosa (art. 620, do CPC);

a.4. impossibilidade de se aguardar para apreciar a viabilidade dos bens penhorados em sede de embargos.

b) no mérito:

b.1. ofensa aos arts. 522 e 745, porquanto a legislação processual não impõe a oposição de embargos à execução para que se possa discutir irregularidades no

procedimento de penhora, o que torna cabível a apreciação de tal circunstância em sede de agravo;

b.2. desobediência à gradação legal, haja vista o recorrente ter indicado bens imóveis suficientes para garantia do juízo, incorrendo em violação dos arts. 620 e 637 do CPC;

b.3. admissibilidade da penhora dos bens do executado, mesmo na hipótese de existir decisão judicial no sentido da indisponibilidade;

b.4. não-observância de previsão contratual, vedando expressamente a penhora de quotas da sociedade (arts. 591 e 649, I, do CPC).

Contra-razões ao Especial (fls. 167/177) pela União, argumentando o seguinte:

a) impropriedade do reexame de prova na esfera do recurso especial;

b) inexiste violação do art. 535, II, do CPC, porquanto o juiz não está obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela parte, máxime quando decidir a questão controversa calcada em fundamento diverso;

c) entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de penhora de quotas sociais, não obstante a existência de restrição contratual;

d) impropriedade da via eleita (agravo de instrumento) para discutir as alegações levantadas pelo recorrente;

e) houve a estrita observância da ordem legal de nomeação de bens, o que afasta a alegação de ofensa aos arts. 620 e 650 do CPC.

Juízo de prelibação, às fls. 184, admitindo o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Trata-se de recurso especial (fls. 148/165) interposto por Fábio Gonçalves Raunheitti em autos de agravo de instrumento ajuizado com o objetivo de desconstituir decisão proferida pelo juízo de 1º grau, que deferiu pedido de penhora, relativa a carros, contas-correntes, bem como cotas de suas empresas, requerida pela União nos autos de execução por título extrajudicial.

Cabe, inicialmente, assentar que a matéria inscrita nos arts. 522, 591, 620, 637, 649 e I, todos do Código de Processo Civil, não foi objeto de discussão pelo acórdão recorrido, o que caracteriza a ausência de prequestionamento sobre o tema, óbice que, no particular, impede o conhecimento do recurso.

Aduz o recorrente, também, violação do art. 535 do Código de Processo Civil, isso porque, apesar de apresentados embargos de declaração, o aresto impugnado ter-se-ia omitido sobre diversos aspectos indicados no agravo de instrumento apreciado pelo Tribunal recorrido.

Contudo, não está presente o apontado vício, na medida em que a lide recebeu expressa e fundamentada solução, mesmo que em sentido diverso do buscado pelo executado, nos termos da Súmula n. 211-STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*."

Dessarte, cabe o exame, apenas, da indicada violação dos arts. 655 e 745 do CPC, cujo teor, deste último, é de todo conveniente transcrever:

> "Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que Ihe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento."

Não há como se acolher a irresignação do recorrente. O fundamento do aresto atacado é precisamente o de que não foi empregado o meio processual adequado para veicular defesa ao processo executivo. Tal raciocínio não foi ilidido pelos argumentos de recurso.

Realmente, a regra processual descrita no citado art. 745 é expressa e direta ao asseverar a necessidade de "embargos" para o executado deduzir a matéria de defesa que entenda cabível. Isso não ocorreu, como está registrado no acórdão. (Fl. 130)

> "Inconformado com a r. decisão proferida pelo MM. Juízo de 1º grau, nos autos da execução por título extrajudicial que lhe move a União Federal, a qual deferiu a penhora referente aos carros, contas-correntes e quotas de suas empresas, interpõe o Agravante o presente agravo de instrumento.
>
> Contudo, as alegações do Agravante devem ser produzidas em sede de própria, qual seja, através de embargos à execução (...)."

Assim, a insatisfação com eventual irregularidade acerca dos bens e sobre a ordem em que incidiu a penhora, decerto é controvérsia que possui leito próprio na via dos embargos previstos no art. 745 do Código de Processo Civil.

Em relação ao art. 655 do CPC, não se observa nenhuma ofensa. Embora prequestinado, a referência que a ele fez o acórdão em nada repercute na solução que ora se aplica ao presente recurso.

Pelo exposto, conheço do recurso especial em parte, e nego-lhe provimento. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 868.981-SP (2006/0158501-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Rosa Mettifogo e outros
Recorrida: Livraria Fonomag Comércio e Importação S/A
Advogado: Domingos de Torre

EMENTA

Tributário. Imposto de importação. Pena de perdimento. Declaração falsa de parte do conteúdo da mercadoria. Apenação parcial.

I - Correto o julgado recorrido que estabeleceu estar a apenação limitada à parcela da mercadoria cujo conteúdo não é condizente com as declarações prestadas, mostrando-se a solução mais ajustada para a hipótese, porquanto não se afigura arrazoado o perdimento de todo o material literário por parte da recorrida, quando apenas pequena parcela da mercadoria não era condicente com o que foi declarado.

II - Harmoniza-se com o nosso sistema jurídico a aplicação da pena de perdimento no *quantum* delineado pela Corte de origem, porquanto a dúvida sobre a dosagem da pena deve ser solucionada em favor do acusado (art. 112, IV, do CTN), como foi feito no caso em tela, onde apenas o conteúdo da mercadoria que foi declarado falsamente sofreu a penalidade.

III - 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, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 7 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 26.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado, *in verbis*:

> "Administrativo. Importação. Falsa declaração de conteúdo. Pena de perdimento.
>
> I. Importação de revistas, livros e periódicos. Falsa declaração de conteúdo de parte da mercadoria, de cunho erótico.
>
> II. Incidência da pena de perdimento, com fundamento no art. 514, XII, do Regulamento Aduaneiro, somente sobre a parcela da mercadoria importada irregularmente." (Fl. 137)

Sustenta a recorrente que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 105, XII, do Decreto-Lei n. 37/1966 e ao art. 23, IV e parágrafo único, do Decreto-Lei n. 1.455/1976, aduzindo, em síntese, que a pena de perdimento deve ser aplicada a toda a mercadoria importada, mesmo quando o importador tenha feito declaração falsa apenas sobre parte da mercadoria.

Aponta, ainda, divergência jurisprudencial quanto ao tema.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, pelo prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados, conheço do presente recurso.

Quanto à divergência apresentada, entendo que foram atendidos os requisitos constantes do art. 255 do RI-STJ, também viabilizando o apelo nobre, desta feita, pelo conduto da alínea **c** do permissivo constitucional.

A discussão dos autos diz respeito a aplicação de pena de perdimento de mercadoria de cunho literário, por ter a recorrida feito falsa declaração sobre o conteúdo dos produtos importados.

O Tribunal *a quo* reconheceu que a imposição da aludida apenação deve ser limitada à parte da mercadoria não constante da declaração de importação, sendo que, irresignada, a recorrente postula a reforma do julgado, para que seja declarado o perdimento de toda a mercadoria importada.

Assim dispõe o art. 514, inciso XII, do Regulamento Aduaneiro, *in verbis*:

> "Art. 514. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria (Decreto-Lei n. 37/1966, art. 105 e Decreto-Lei n. 1.455/1976, art. 23, IV, e parágrafo único):
>
> (...)
>
> XII - estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo"

A regra que se depreende do dispositivo transcrito não comporta digressões, revelando que deve ser decretado o perdimento da mercadoria, cuja declaração sobre o seu conteúdo seja falsa.

No acórdão recorrido, restou estabelecido que essa apenação está limitada à parcela da mercadoria que o conteúdo não é condizente com as declarações prestadas, mostrando-se a solução mais ajustada para a hipótese, porquanto não se afigura arrazoado o perdimento de todo o material literário por parte da recorrida, quando apenas pequena parcela da mercadoria não era condicente com o que foi declarado.

Ademais, o ordenamento jurídico pátrio, quando traça linha gerais sobre a legislação tributária, reza o seguinte (art. 112, inciso IV, do CTN), *litteris*:

> "Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:
>
> (...)
>
> IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação"

Destarte, harmoniza-se com com o nosso sistema jurídico a aplicação da pena de perdimento no *quantum* delineado pela Corte de origem, porquanto a dúvida sobre a dosagem da pena deve ser solucionada em favor do acusado, como foi feito no caso em tela, onde apenas o conteúdo da mercadoria que foi declarado falsamente sofreu a penalidade.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao presente recurso especial.

É o meu voto.

Jurisprudência da Segunda Turma

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 788.268-SC (2005/0166712-0)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Embargante: Fazenda Nacional
Procuradores: Rodrigo Pereira da Silva Frank e outros
Embargada: Norma Effting Zappelini
Advogados: Aldo César Zappelini e outro

EMENTA

Processual Civil Tributário. Embargos de declaração. Obscuridade configurada. Explicitação do alcance do acórdão. Imposto de Renda. Benefícios de entidade de previdência privada.

1. Configurada a obscuridade, impõe-se o acolhimento dos Embargos de Declaração para explicitar o alcance do acórdão embargado.

2. A isenção do Imposto de Renda, concedida pela Lei n. 7.713/1988, em sua redação original, abrange os valores auferidos pelo beneficiário correspondentes às contribuições por ele recolhidas. O benefício fiscal não abarca, portanto, os valores referentes às contribuições do patrocinador. O limite da isenção é o valor do imposto pago sobre as contribuições do beneficiário, no período de vigência da Lei n. 7.713/1988.

3. Embargos de Declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.

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, acolher os embargos de declaração, sem efeitos modificativos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJ 15.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Embargos de Declaração opostos contra acórdão assim ementado (fl. 195):

> "Processual Civil. Tributário. Violação aos arts. 512 e 535 do CPC não configurada. Omissão inexistente. *Reformatio in pejus*. Inocorrência. Imposto de Renda. Restituição. Aposentadoria complementar. Previdência privada (Funcef). Isenção. Leis ns. 7.713/1988 e 9.250/1996.
>
> Nos termos do art. 535 do CPC, os embargos de declaração são cabíveis no caso de omissão, de contradição ou de obscuridade no julgado. Não ocorre qualquer desses vícios no julgado recorrido.
>
> Inocorrência da *reformatio in pejus* já que o acórdão recorrido afastou a incidência do Imposto de Renda somente sobre as parcelas vertidas pelo impetrante ao fundo de previdência complementar.
>
> Impõe-se observar o momento do recolhimento da contribuição para estabelecer-se a incidência ou não do Imposto de Renda sobre as verbas de complementação da aposentadoria pagas pela previdência privada.
>
> Recolhidas as contribuições sob a égide da Lei n. 7.713/1988, os benefícios e resgates não sofrerão nova tributação por força do avento da Lei n. 9.250/1995. Somente os benefícios recolhidos a partir de janeiro de 1996, termo inicial de vigência da nova lei, sofrerão a incidência do imposto.
>
> Recurso especial conhecido, mas improvido."

A embargante alega que há omissão e obscuridade, requerendo seu saneamento "para que seja esclarecida a extensão do *decisum*, ou seja, se a não incidência do IR se dá apenas em relação às contribuições dos associados (beneficiários), conforme a jurisprudência predominante do STJ, ou também quanto às dos patrocinadores, bem como ao limite de não incidência do tributo, devendo corresponder exatamente ao *quantum* pago durante a vigência da Lei n. 7.713/1988." (Fl. 203)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): O voto do Relator, adotado pelo acórdão ora embargado, faz referência ao disposto no art. 6º da Lei n. 7.713/1988 (fl. 192), o que permite determinar-se a extensão da decisão.

No entanto, não há referência expressa a tal extensão ou indicação disso na ementa, o que leva ao acolhimento destes Embargos para explicitar o alcance do acórdão embargado, como já decidiu este Tribunal:

> "Embargos declaratórios. Embargos acolhidos para explicitação da extensão do provimento do recurso." (EDcl no REsp n. 387.952-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 05.08.2002)

A questão levantada pela embargante é quanto à incidência do Imposto de Renda sobre os benefícios recebidos pelos participantes, com relação aos valores recolhidos, a título de contribuição, pelos patrocinadores.

A isenção reconhecida pelo acórdão não abarca tais benefícios.

De fato, o benefício fiscal previsto no art. 6º, inciso VII, alínea **b**, da Lei n. 7.713/1988 refere-se expressamente "ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante".

O que se impede, com a decisão embargada, é a dupla tributação da renda do beneficiado, não se referindo, portanto, a rendimentos outros que não aquele correspondente à contribuição recolhida pelo participante durante a vigência da Lei n. 7.713/1988.

Dito de outra forma, o que se afasta é a tributação, pelo Imposto de Renda, até o limite do imposto pago sobre os valores recolhidos pelo beneficiário no período de vigência da Lei n. 7.713/1988, em sua redação original.

A questão foi objeto de decisão unânime da Primeira Seção deste Tribunal:

> "Tributário. IRPF. Complementação de aposentadoria. Leis ns. 7.713/1988 (art. 6º, VII, b) e 9.250/1995 (art. 33) e MP n. 1.943/1996 (art. 8º). Incidência sobre o benefício. *Bis in idem*. Exclusão de montante equivalente às contribuições efetuadas sob a égide da Lei n. 7.713/1988.
>
> 1. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, **b**, da Lei n. 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/1995. Em contrapartida, as contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo do referido tributo, sendo, portanto, tributadas.
>
> 2. Com a edição da Lei n. 9.250/1995, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou o resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação as contribuições efetuadas pelos segurados.

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

4. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiado, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei n. 7.713/1988.

5. Questão pacificada no julgamento pela Primeira Seção do EREsp n. 380.011-RS, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005.

6. Embargos de divergência a que se dá provimento." (EREsp n. 643.691-DF; Embargos de divergência no Recurso Especial n. 2005/0178974-6, Relator Ministro Teori Albino Zavascki (1.124), órgão julgador S1 — Primeira Seção, data do julgamento 22.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 185)

Acolho os Embargos Declaratórios, sem atribuir-lhes efeitos infringentes, para, em integração ao acórdão embargado, explicitar que a isenção do Imposto de Renda concedida pela Lei n. 7.713/1988 abrange exclusivamente os valores auferidos pelo beneficiário correspondentes às contribuições por ele recolhidas, até o limite do imposto pago sobre tais contribuições.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.614-MG (2000/0128142-9)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Pedro Cláudio de Azevedo

Advogados: Paulo Pacheco de Medeiros Neto e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara de Janauba-MG

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Serviços notariais e de registro. Aposentadoria compulsória. Inaplicabilidade.

1. O STF, no julgamento da ADIn n. 2.602-0-MG, analisando a nova redação do art. 40, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, firmou entendimento de que a aposentadoria compulsória por implemento de idade somente seria destinada aos servidores públicos em sentido estrito, não estando abarcados nesse preceito os titulares de cartório.

2. Modificação do entendimento anterior do STJ para fins de adotar a nova diretriz estatuída pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 2.602-0-MG.

3. Recurso ordinário 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 ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 10 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 25.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Pedro Cláudio de Azevedo com fulcro no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

"Mandado de segurança. Oficial de registro. Aposentadoria compulsória. Aos oficiais de registro aplicam-se as disposições do art. 40, inciso II, da Constituição Federal, porque considerados servidores públicos, pois, embora exerçam serviços em caráter privado, dependem de delegação do

> poder público, são fiscalizados pelo Poder Judiciário, remunerados por emolumentos fixados em lei, e o ingresso à serventia somente de dá por concurso público de provas e títulos."

Subseqüentemente foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados. Confira-se ementa do julgado:

> "Processo Civil. Embargos de Declaração. Prequestionamento. Mesmo para o fim de prequestionamento, o recurso de embargos de declaração deve ater-se aos limites imposto pelo art. 535 do Código de Processo Civil."

Colhe-se dos autos que o recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Juiz de Direito diretor do Foro da Comarca de Janaúba-MG, objetivando desconstituir ato que reputa ilegal, abusivo e lesivo a seu direito líquido e certo e que consiste no seu afastamento do cargo de oficial titular do Cartório de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Naturais em razão de haver completado 70 (setenta) anos de idade.

O Tribunal denegou a segurança nos termos do acórdão retro sumariado, por entender que o recorrente é servidor público, em sentido lato, sujeitando-se, pois, à aposentadoria compulsória.

Nas razões do presente recurso, o recorrente, em síntese, defende a tese de que os serviços notariais e de registro são definidos como uma delegação do Poder Público a ser exercida em caráter privado e, portanto, incompatível com a aposentadoria compulsória (art. 40, § 1º, II, da Carta Magna) a que estão sujeitos os servidores ocupantes de cargo efetivo.

Às fls. 200/202, o Ministério Público Federal exarou parecer pelo não-provimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O apelo merece prosperar.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn n. 2.602-0-MG, analisando a nova redação do art. 40, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, firmou entendimento de que a aposentadoria compulsória por implemento de idade somente seria destinada aos servidores públicos em sentido estrito, não estando abarcados nesse preceito os titulares de cartório. Confira-se:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento n. 55/2001 do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. Notários e registradores. Regime jurídico dos servidores públicos. Inaplicabilidade. Emenda constitucional n. 20/1998. Exercício de atividade em caráter privado por delegação do poder público. Inaplicabilidade da aposentadoria compulsória aos setenta anos. Inconstitucionalidade. 1. O art. 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC n. 20/1998, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios — incluídas as autarquias e fundações. 2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público — serviço público não-privativo. 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado art. 40 da CB/1988 — aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." (STF, Relator para acórdão Ministro Eros Grau, DJ 31.03.206)

Nesse contexto, esta Corte, na esteira do referido entendimento, houve por bem modificar a orientação anteriormente consolidada, firmando os seguintes precedentes:

"Recurso em mandado de segurança. Constitucional e administrativo. Serviços notariais e de registro. Aposentadoria compulsória. Art. 40, § 1º, II, da Constituição da República. EC n. 20/1998. Norma aplicável aos servidores em sentido estrito. Nulidade do ato que afastou titular de cartório por implemento de idade.

I - A norma referente à aposentadoria compulsória pelo implemento de idade — art. 40, § 1º, inciso II, da Constituição da República — somente é destinada aos servidores em sentido estrito, não estando abarcados neste preceito os Titulares de Cartório. Precedentes do STF e do STJ.

II - Recurso provido." (Quinta Turma, RMS n. 16.116-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 13.03.2006)

"Constitucional. Recurso ordinário em mandado de segurança. Oficial de serviços notariais e de registro. Regime jurídico distinto do servidor público. Aposentadoria compulsória. Inaplicabilidade. Entendimento do pleno do Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 2.602-MG.

Os notários e cartorários, na condição de agentes delegados, subordinam-se a legislação própria — Lei n. 8.935/1994 — editada em obediência

ao art. 236, da CF/1988. O fato de se sujeitarem a concurso público para ingresso cargo não os torna servidores públicos de qualquer espécie.

A aposentadoria compulsória aos setenta anos só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

Não sendo servidores públicos, os notários e cartorários não estão sujeitos à regra do art. 40, II, da Constituição Federal de 1988. Precedente do Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 2.602-MG.

Recurso ordinário provido." (Sexta Turma, RMS n. 15.769-SC, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 03.10.2005)

"Constitucional. Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Notário ou oficial de registro. Aposentadoria compulsória. Não-sujeição. Precedentes. Agravo regimental improvido.

1. O Supremo Tribunal Federal tem afirmado que o art. 40, § 1º, inciso II, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, prevê aposentadoria compulsória tão-somente aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. Por conseguinte, mencionada norma não se aplica ao titular de cartório que implementou 70 (setenta) anos de idade após sua promulgação.

2. Esse posicionamento da Suprema Corte foi absorvido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e encontra-se em consonância com o disposto no art. 39 da Lei n. 8.935/1994, que prevê tão-somente a possibilidade de aposentadoria facultativa ou por invalidez aos notários e registradores.

3. Agravo regimental improvido." (Quinta Turma, AgRg no RMS n. 17.122-RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º.08.2005)

"Recurso em mandado de segurança. Constitucional e administrativo. Serviços notariais e de registro. Aposentadoria compulsória. 70 (setenta) anos de idade. Art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal. EC n. 20/1998. Norma aplicável aos servidores em sentido estrito.

1. A norma referente à aposentadoria compulsória pelo implemento de idade — art. 40, § 1º, inciso II, da Constituição Federal — somente seria destinada aos servidores em sentido estrito, não estando abarcados neste preceito os Titulares de Cartório. Precedentes do STF e do STJ.

2. Recurso conhecido e provido." (Quinta Turma, RMS n. 17.214-MG, relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 06.06.2005)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário a fim de ser declarado nulo o ato que afastou o impetrante do serviço notarial do Cartório de Registro de Imóveis, de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Naturais de Janaúba-MG, restabelecendo-se, assim, a respectiva delegação.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.908-BA (2002/0063237-1)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Jean Marques Mascarenhas
Advogado: Antônio Pinheiro de Queiroz
T. origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Impetrado: Juízo de Direito de Prado-BA

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Titular de serventia judicial suspenso preventivamente. Legalidade. Auto-tutela da moralidade e legalidade. Aplicação da teoria dos atos próprios (*tu quoque*). Ausência de direito líquido e certo.

1. No caso dos autos, alega o recorrente violação de seu direito líquido e certo, em face do afastamento de suas funções — oficial de registro de imóveis —, pelo Juiz de Direito, com a finalidade de apurar denúncias de diversos crimes que o recorrente supostamente teria cometido contra a Administração Pública, em razão da sua função.

2. Observância do devido processo legal para o afastamento do indiciado. Indícios veementes de perpetração de vários crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade pelo oficial de registro.

3. Alegar o recorrente que o afastamento de suas funções, bem como a devida apuração dos fatos em face a fortes indícios de cometimento de crimes contra a administração, inclusive já com a quebra do sigilo bancária decretada, fere direito líquido e certo, é contrariar

a lógica jurídica e a razoabilidade. A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório — expressão particular da teoria dos atos próprios —, sintetizado no anexim tu quoque, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial.

4. Ausência do direito líquido e certo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que nada obsta o afastamento preventivo do titular de serviço notarial e de registro, por prazo indeterminado, a teor do disposto nos arts. 35 e 36 da Lei n. 8.935/1994. A suspensão preventiva não tem caráter punitivo, mas sim cautelar. Precedentes.

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, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 6 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJ 20.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuidam os autos de recurso ordinário em mandado de segurança interposto em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim ementado:

"Mandado de segurança. Cartório extrajudicial. Afastamento temporário de oficial, a conta de instauração de processo disciplinar administrativo. Retorno em prazo regularmente previsto e submissão legal do impetrante. De ação mandamental carece a parte que, de pronto, não comprova direito a recompor ou, na circunstancialidade epigrafada, a preservar, por pretensa imunidade a procedimentos legalmente instituídos. Processo extinto." (Fl. 275)

Em seu recurso ordinário (fl. 281 e seguintes), sustenta o recorrente o desacerto do acórdão recorrido, que agrediu-lhe direitos constitucionais e legais, e principalmente por violar os incisos LIV e LV do art. 5º, da CF, não podendo, assim, ser afastado de suas funções.

Em suas informações, o Juiz da Comarca de Prado afirma que: "Dentre as irregularidades cometidas pelo impetrante, que se encontram exaustivamente relacionadas na Portaria n. 47/1996 em anexo, destacam-se o cometimento de improbidade administrativa (art. 262, V, **e**, da Lei n. 3.731/1990; transgressão intencional a proibição legal (art. 262, IV, **b**, da Lei n. 3.731/1979); faltas funcionais consistentes em crime contra a Administração Pública (art. 262, V, **a** da Lei n. 3.731); violações de preceitos punidos com demissão pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (art. 262, **f**, da Lei n. 3.731/1979); hipótese prevista no parágrafo único do art. 262 da Lei n. 3.731/1979, além da eventual prática dos crimes tipificados nos arts. 312 (peculato), 317 (corrupção passiva) e § 1º do art. 316 (excesso de exação) do Código Penal." (Fl. 47)

O parecer da Subprocuradoria Geral da República, que encampa o parecer do MPBA, é no sentido do improvimento do recurso. (Fl. 301)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Conheço do recurso porque presentes os pressupostos necessários.

No caso dos autos, alega o recorrente violação de seu direito líquido e certo, em face do afastamento de suas funções de oficial de registro de imóveis, pelo Juiz de Direito da Comarca de Prado, com a finalidade de apurar denúncias de vários crimes que supostamente teria ele cometido, contra a Administração Pública, em razão da sua função.

Tenho como correto o afastamento do recorrente de suas funções e, mais ainda, que o procedimento adotado para esse afastamento não descurou das garantias constitucionais atribuídas ao impetrante.

Inexiste, como se verá abaixo, direito líquido e certo que possa este *mandamus* amparar. Senão vejamos:

Assim informou o Juiz da Comarca de Prado: "Dentre as irregularidades cometidas pelo impetrante, que se encontram exaustivamente relacionadas na Portaria n. 47/1996 em anexo, destacam-se o cometimento de improbidade administrativa (art. 262, V, **e**, da Lei n. 3.731/1990; transgressão intencional a proibição legal (art. 262, IV, **b**, da Lei n. 3.731/1979); faltas funcionais consis-

tentes em crime contra a Administração Pública (art. 262, V, **a** da Lei n. 3.731); violações de preceitos punidos com demissão pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (art. 262, **f**, da Lei n. 3.731/1979); hipótese prevista no parág. único do art. 262 da Lei n. 3.731/1979, além da eventual prática dos crimes tipificados nos arts. 312 (peculato), 317 (corrupção passiva) e § 1º do art. 316 (excesso de exação)do Código Penal." (Fl. 47)

Da análise dos autos, percebe-se que o afastamento em tela ocorreu dentro das formalidades exigidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

A uma, porque existiu prévia convocação para que o impetrante retomasse suas funções cartoriais no local adequado, já que ele tinha providenciado inadvertidamente a mudança do Cartório para lugar diverso e abandonou sua função de origem.

A duas, porque a prévia notificação não foi atendida, restando à Corregedoria-Geral de Justiça do TJBA publicar a Portaria n. 45/1996 com determinação de instauração de processo administrativo para a apuração dos fatos ocorridos.

A três, porque, realmente restou apurado, dentro do devido processo legal, indícios veementes de que o ora recorrente tivesse perpetrado condutas ilegais no seu ofício. *Tanto é assim que o próprio Ministério Público ofereceu contra o impetrante denúncia, imputando-lhe o cometimento de vários crimes funcionais.*

Também por ordem judicial, o sigilo bancário do recorrente restou "quebrado", tendo se apurado sério indícios do cometimento dos crimes que lhe era imputados.

Alegar o recorrente que o afastamento de suas funções, bem como a devida apuração dos fatos em face de fortes indícios de cometimento de crimes contra a administração, fere direito líquido e certo, é contrariar a lógica jurídica e a razoabilidade.

A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório, expressão particular da teoria dos atos próprios, sintetizado no anexim tu quoque, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial.

Assim, com acerto o acórdão recorrido ao impor o afastamento do recorrente das funções e do cargo, pontuando ainda que "incomprovada, como visto, a certeza e liquidez de direito de que trata a Lei n. 1.533/1951, voto no sentido da extinção do processo, em fiel observância aos arts. 1º, 5º, III, da lei retrocitada e bem considerada a convergência da multireferida disposição processual." (Fl. 227)

De mais a mais, é mister da Administração e do Poder Judiciário, cada qual ao seu modo, zelar pela moralidade e legalidade dos serviços públicos. A jurisprudência desta Corte é uníssona nesse sentido:

> "Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Titular de serventia judicial suspenso preventivamente. Duração do afastamento. Substituição. Remuneração. *1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que nada obsta o afastamento preventivo do titular de serviço notarial e de registro por prazo indeterminado, a teor do disposto nos arts. 35 e 36 da Lei n. 8.935/1994. 2. A suspensão preventiva não tem caráter punitivo, mas sim cautelar*, possuindo, como possui, o escopo de impedir que o investigado venha a influir na apuração dos fatos, garantindo a regularidade das investigações realizadas no processo instaurado para a perda da delegação, não havendo falar, assim, em imposição de pena por prazo indeterminado. 3. Não possuindo caráter punitivo, a suspensão preventiva não pode trazer prejuízos financeiros ao servidor afastado e, recaindo o exercício da função, durante o período de afastamento, sobre o próprio substituto da serventia, a lei não prevê acréscimo remuneratório, já que o cargo de substituto já é remunerado para tanto. 4. Recurso parcialmente provido." (RMS n. 11.945-RS; Relator Ministro Hamilton Carvalhido; DJ 1º.07.2005)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.369-DF (2006/0158754-9)

Relator: Ministro Humberto Martins
R. p/ o acórdão: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Novadata Sistemas e Computadores S/A
Advogados: Antônio Glaucius de Morais e outros
T. origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Impetrado: Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Recorrida: União

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Contrato administrativo. Interpretação de cláusulas contratuais. Imposição de multa. Desnecessidade de comunicação para constituição em mora. Cláusula que limita a aplicação da multa diária. Aplicação.

1. Em sede de Recurso Ordinário, esta Corte pode fixar a interpretação de cláusulas contratuais.

2. Não se confunde cláusula contratual que estabelece a necessidade de a Contratante oficiar à Contratada acerca do transcurso do prazo para o cumprimento da obrigação e, a partir daí, considerar a impontualidade da entrega como recusa do cumprimento da obrigação, com outra que prevê a imposição de multa diária de mora a partir do vencimento da obrigação.

3. Incabível a aplicação de multa diária de mora por período superior àquele expressamente previsto no contrato (30 dias).

4. Recurso Ordinário parcialmente provido, apenas para limitar a aplicação da multa diária de mora a período não superior a 30 dias.

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, dar parcial provimento ao Recurso Ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, que lavrará o acórdão. Vencido, em parte, o Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Sustentou oralmente o Dr. Antônio Glaucius de Morais, pela parte: Recorrente: Novadata Sistemas e Computadores S/A.

Brasília (DF), 5 de outubro de 2006 (data do julgamento)

Ministro Herman Benjamin, Relator p/ o acórdão

DJ 03.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Novadata Sistemas e Computadores S/A contra o acórdão proferido pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

"Administrativo. Contrato. Atraso na entrega dos equipamentos. Penalidade. Multa.

1. Ainda que o contrato disponha que, vencido o prazo para a entrega dos equipamentos, a Administração deverá, para caracterização da inadimplência, oficiar à contratada acerca do transcurso da data-limite, se houver, no entanto, prorrogação, esta exigência deve ser dispensada, pois, não há necessidade de comunicação formal da existência da mora. O simples fato da prorrogação foi indicativo da mora.

2. Valor da multa razoável e proporcional ao do contrato." (Fls. 157/161)

Irresignada, a Recorrente interpõe o presente recurso (fls. 167/186), sustentando, em breve síntese, que o v. acórdão merece reforma, uma vez que ausente de base legal e contratual a imposição da penalidade administrativa.

Contra-razões apresentadas pelo Advogado da União, Dr. Dario Spegiorin, às fls. 191/199.

Recurso admitido à fl. 201.

Às fls. 206/211, o Ministério Público Federal, em parecer lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Washington Bolívar Júnior, opinou pelo improvimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Ato perfeito. Quebra de contrato. Não-cumprimento de obrigação contratual. Imposição de sanção por parte da administração pública. Possibilidade. Estrito cumprimento do disposto em cláusula contratual. Ausência de direito líquido e certo a ser amparado em sede de mandado de segurança.

1. Mostra-se ausente o requisito do interesse recursal quando se busca anular procedimento que a própria parte ensejou causa.

2. Não se pode falar em enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, pois a multa aplicada foi pactuada entre as partes.

3. Ausência dos requisitos autorizadores da concessão da medida pretendida, qual seja, a suspensão da exigibilidade de multa aplicada pelo não-cumprimento de obrigação contratual.

4. *In casu*, o impetrante não demonstrou seu suposto direito líquido e certo a ser amparado.

Recurso ordinário improvido.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Desde já, salientoo que a irresignação da empresa Recorrente não merece prosperar.

Conforme bem lançado pelo ilustre Relator da Corte *a quo*, Sr. Desembargador Fed. Tourinho Neto, os fatos podem ser assim resumidos:

> "1. A Novadata Sistemas e Computadores S/A, com sede SIBS QD. 1, Conj. C, Lts. 1 a 10, Núcleo do Bandeirante, Distrito Federal, impetra mandado de segurança contra ato do Presidente deste Tribunal, Juiz Aloísio Palmeira, que, sob o fundamento de atraso na entrega dos equipamentos de informática, que foram adquiridos por força do Contrato n. 64/2004, aplicou-lhe multa no valor de R$ 398.827,50.
>
> Diz que, inicialmente, o prazo para entrega dos equipamentos era de 45 dias após a assinatura do contrato, ou seja, 14 de fevereiro de 2005, depois, prorrogado para 28 de mesmo mês e ano.
>
> Aberto procedimento para aplicação da multa, a impetrante impugnou a penalidade, alegando que a decisão violou os itens 2.3.3 da Cláusula II e o item 13.2 da Cláusula XIII do contrato. A defesa não foi acolhida. Houve recurso que foi improvido pela autoridade apontada como coatora.
>
> Sustenta a impetrante que 'inexistiu qualquer comunicação do TRF da 1ª Região quanto ao cumprimento do item 2.3.3, comunicação essa, consoante disposição contratual, que é condição inicial para estabelecer o prazo inicial moratório'.
>
> Se for superada essa questão, é de verificar-se, afirma, que houve erro no cálculo da multa, pois, 'existe limitação da penalidade de multa prevista no contrato', segundo dispõe o item 13.2 da Cláusula XIII do contrato.
>
> A autoridade coatora, em resposta ao recurso administrativo da impetrante, disse que a multa de 0,25% ao dia 'só teria lugar em caso de resolução contratual'.
>
> Alega, ainda, que a impetrada não demonstrou que houve prejuízo com o atraso dos equipamentos de informática; e que a multa é alta, correspondendo a 11,17% do valor do contrato. Pede, assim, que sejam aplicados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, previstos no art. 2º da Lei n. 9.784, de 1999".

As cláusulas do contrato que geraram a presente discussão, determinam que:

> "2.3.3. Vencido o prazo fixado neste contrato ou o de uma eventual prorrogação sem que os equipamentos tenham sido entregues, o contratante oficiará a contratada acerca do transcurso da data-limite, passando o inadimplemento, a partir daí, a ser considerado como recusa do cumprimento da obrigação pactuada e, por conseguinte, sujeitando a empresa às penalidades aqui previstas. (Fl. 42)
>
> (...)
>
> 13.2. A penalidade prevista no item 13.1 (0,25% do valor do contrato, a título de multa de mora por dia de atraso no cumprimento das obrigações ajustadas) incidirá cumulativamente por prazo não superior a 30 (trinta) dias corridos, findo o qual a inadimplência da contratada passará a caracterizar inexecução total ou parcial do objeto ajustado." (Fl. 59)

Do acurado exame da documentação acostada aos autos (contrato e decisões administrativas), verifica-se que não há qualquer ilegalidade a ser sanada por meio da impetração do *mandamus*.

O que se vê, *in casu*, é o não-cumprimento do pactuado no contrato, ou seja, constituindo-se em mora, a Administração Pública, em estrito cumprimento ao disposto na Cláusula n. 13.1, aplicou corretamente a multa de 0,25% ao dia, devido ao prejuízo sofrido decorrente do atraso no cumprimento da obrigação.

Dessa feita, encontra-se perfeitamente legal a aplicação da sanção por parte da Administração, uma vez que a empresa contratada incorreu em mora, pois atrasou no cumprimento da obrigação; daí o motivo da aplicação da cláusula penal moratória.

Estabelece o art. 408 do Codex, *verbis*:

> "Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora."

Da mesma forma, a redação do art. 411 determina que:

> "Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal."

Dessarte, percebe-se que o objeto do *mandamus* é voltado, única e exclusivamente, à interpretação das cláusulas do contrato que dizem respeito à

aplicação da penalidade da multa por mora no cumprimento da obrigação, uma vez que a empresa impetrante não se insurgiu contra as razões que motivaram o indeferimento do pedido de prorrogação, mas sim contra os dispositivos que prevêem a sanção imposta, ou seja, se o valor da multa está de acordo com as cláusulas do contrato pactuado.

Nesse sentido, não se entremostra violação de direito líquido e certo da impetrante que possa ser amparado por meio do remédio lançado.

Ao contrário do entendimento esposado pela Recorrente, com o transcurso do prazo para a entrega da mercadoria, o inadimplemento passaria a ser considerado recusa no cumprimento do contrato, cabendo a aplicação da multa prevista no item 13.1, *verbis*: "Fica estipulado o percentual de 0,25% (vinte cinco centésimos por cento) do valor do contrato, a título de multa de mora por dia de atraso no cumprimento das obrigações ajustadas".

Ao contrário do que sustenta a Recorrente, de que a multa contratual estipulada é de valor exagerado, devendo ser reduzida, não evidencio qualquer alteração, pois, conforme consta da cláusula 6.1, do item VI - Preço, à fl. 53, o valor total do contrato foi de R$ 3.570,720,00 (três milhões, quinhentos e setenta mil e setecentos e vinte reais) e o valor da multa estipulada e revisada, à fl. 112, foi de R$ 398.827,50 (trezentos e noventa e oito mil, oitocentos e vinte e sete reais e cinqüenta centavos), ou seja, bem inferior ao pactuado entre as partes, o que caracteriza ser moratória a multa imposta, e, portanto, deve ser respeitada, não havendo falar em enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública.

Portanto, não há qualquer direito líquido e certo que justifique a impetração da presente ordem.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso.

É como penso.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Inicialmente, cumpre destacar que em sede de Recurso Ordinário esta Corte pode analisar matéria fática e fixar a interpretação de cláusulas contratuais.

No caso em tela, são duas as questões discutidas: a) a necessidade de comunicação da Contratada para constituir a Contratante em mora (interpretação do disposto na Cláusula ns. 2.3.3 do contrato); e b) a possibilidade de aplicação da multa de mora (0,25% ao dia) por período superior a 30 dias (Cláusulas ns. 13.1 e 13.2).

Quanto à primeira, não divirjo do Eminente Relator. A Cláusula ns. 2.3.3 assim dispõe:

> "Vencido o prazo fixado neste contrato ou o de uma eventual prorrogação sem que os equipamentos tenham sido entregues, o contratante oficiará à contratada acerca do transcurso da data-limite, passando o inadimplemento, a partir daí, a ser considerado como recusa do cumprimento da obrigação pactuada e, por conseguinte, sujeitando a empresa às penalidades aqui previstas".

A cláusula sob análise não trata de interpelação para constituição em mora da Contratada, mas de comunicação que visa à alteração da natureza do inadimplemento. A partir de tal notificação, o atraso extravasa o campo da simples mora (geradora da multa prevista no item 13.1) para adentrar o da resolução do contrato ("recusa do cumprimento da obrigação pactuada").

Situação diversa é aquela disciplinada pelas Cláusulas ns. 13.1 e 13.2. Veja-se:

> "13.1. Fica estipulado o percentual de 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) do valor do contrato, a título de multa de mora por dia de atraso no cumprimento das obrigações ajustadas.
>
> 13.2. A penalidade prevista no item 13.1 incidirá cumulativamente por prazo não superior a 30 (trinta) dias corridos, findo o qual a inadimplência da contratada passará a caracterizar a inexecução total ou parcial do objeto ajustado".

Assim, no caso de atraso no cumprimento das obrigações ajustadas, a modalidade contratual adotada trazia três possibilidades de remédio: 1. um mais drástico, por meio do qual a contratante poderia, desde o vencimento do prazo, oficiar à Contratada acerca do transcurso do prazo e, a partir daí, considerar a impontualidade da entrega como recusa do cumprimento da obrigação (Cláusula ns. 2.3.3); 2. um remédio sancionatório menor, que era a multa diária de 0,25% do valor do contrato, a título de mora por dia de atraso, até o limite de 30 dias (Cláusulas ns. 13.1 e 13.2, parte inicial); e 3. passado esse prazo de trinta dias, abria-se para a Contratante, vítima do inadimplemento, a possibilidade de decidir pelo descumprimento ou pela inexecução parcial ou total do objeto pactuado (Cláusula n. 13.2, parte final).

Conforme se depreende dos autos, a Contratante optou por não resolver o contrato, aceitando os equipamentos. Desse modo, diante da impontualidade da entrega na prestação, abre-se-lhe a possibilidade de aplicar a multa de mora estabelecida na Cláusula n. 13.1, por prazo não superior a 30 dias, nos termos da Cláusula n. 13.2.

Assim, acompanho o Relator quanto à possibilidade de aplicação da multa estabelecida na Cláusula n. 13.1 a partir de 1º de março de 2005 (dia seguinte ao termo final da prorrogação do prazo de entrega), mas dele divirjo por entender que a aplicação da multa diária tem como limite o período de 30 dias, por expressa previsão contratual.

Por tudo isso, dou parcial provimento ao Recurso Ordinário, tão-somente para limitar a aplicação da multa diária prevista na Cláusula n. 13.1 a período não superior a 30 dias.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 439.456-SP (2002/0065434-7)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Renato Cesar Selegato
Advogado: Rui Geraldo Camargo Viana
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Direito ambiental. Lavoura de cana-de-açúcar. Queimadas. Código Florestal. Art. 27.

1. Tratando-se de atividade produtiva, mormente as oriundas dos setores primário e secundário, o legislador tem buscado, por meio da edição de leis e normas que possibilitem a viabilização do desenvolvimento sustentado, conciliar os interesses do segmento produtivo com os da população, que tem direito ao meio ambiente equilibrado.

2. Segundo a disposição do art. 27 da Lei n. 4.771/1985, é proibido o uso de fogo nas florestas e nas demais formas de vegetação — as quais abrangem todas as espécies —, independentemente de serem culturas permanentes ou renováveis. Isso ainda vem corroborado no parágrafo único do mencionado artigo, que ressalva a possibilidade de se obter permissão do Poder Público para a prática de queimadas em atividades agropastoris, se as peculiaridades regionais assim indicarem.

3. Tendo sido realizadas queimadas de palhas de cana-de-açúcar sem a respectiva licença ambiental, e sendo certo que tais queimadas

poluem a atmosfera terrestre, evidencia-se a ilicitude do ato, o que impõe a condenação à obrigação de não fazer, consubstanciada na abstenção de tal prática. Todavia, a condenação à indenização em espécie a ser revertida ao "Fundo Estadual para Reparação de Interesses Difusos" depende da efetiva comprovação do dano, mormente em situações como a verificada nos autos, em que a queimada foi realizada em apenas 5 hectares de terras, porção ínfima frente ao universo regional (Ribeirão Preto em São Paulo), onde as culturas são de inúmeros hectares a mais.

4. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. O Dr. Rui Geraldo Camargo Viana sustentou oralmente pelo recorrente, Renato César Selegato. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 3 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 26.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública a fim de que Renato César Selegato se abstivesse de queimar área de sua propriedade quando da colheita de cana-de-açúcar. Requereu, ainda, fosse o réu condenado a pagar indenização pela degradação do ar.

A ação foi julgada procedente, o que foi mantido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos. Aviou o réu embargos infringentes, mas a Terceira Câmara de Direito Público daquele Tribunal manteve a decisão recorrida em acórdão assim ementado:

"Tendo a queima da cana-de-açúcar ocorrido antes da vigência do Decreto n. 2.661/1998 mas quando plenamente vigente o Decreto n. 97.635 de

10.04.1989, sua ilicitude somente poderia ser afastada pela obtenção da prévia licença do Sinasma". A falta dessa prévia licença tornava a conduta ilegal, obrigando o responsável à composição dos danos na forma prevista pela legislação de proteção ao meio ambiente."

O réu opôs embargos declaratórios, que foram acolhidos apenas para extirpar erro material. Aviou, então, recurso especial com base na alínea **a** do permissivo constitucional, invocando, além de negativa de vigência aos arts. 462 e 535 do Código de Processo Civil, ofensa ao art. 27 da Lei n. 2.771/1965 (Código Florestal) e ao Decreto Federal n. 2. 661/1998.

Devidamente contra-arrazoado, o recurso foi admitido por decisão de fls. 1.312/1.314.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A irresignação não merece prosperar quanto à alegada violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois verifica-se que o Tribunal de origem examinou e decidiu, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pela parte, não havendo, assim, por que cogitar de negativa de prestação jurisdicional.

A questão controvertida nos autos cinge-se à interpretação dada ao art. 27 do Código Florestal — Lei n. 4.771/1965 —, tendo em vista a polêmica instaurada a respeito do fato de ser lícita ou não a queima de palhas de cana-de-acúçar por ocasião da colheita, prática, aliás, bastante disseminada no Brasil.

As partes trouxeram as mais diversas teses acerca dos malefícios que as queimadas causam à saúde humana e ao meio ambiente, bem como estudos em que se afirma que, na verdade, não existem comprovações oficiais a respeito de tais danos.

Penso que, de fato, faltam estudos conclusivos sobre o quanto perniciosa apresenta-se tal prática, tanto sob o ponto de vista da saúde humana quanto sobre a poluição atmosférica. Cite-se, por exemplo, o efeito estufa no planeta, para o qual contribuem as queimadas e cuja origem divide a opinião de cientistas.

Todavia, em que pesem tais teses científicas, evidentemente que as queimadas, procedimento antinatural, constituem atividade poluidora, pois não há necessidade de ser expert para entender que tal prática — bastante utilizada no Brasil, principalmente porque é de baixíssimo custo, além de requerer técnica simples de execução — é responsável pela liberação de gases poluentes no meio ambiente.

O que se tem buscado, e agora atenho-me ao aspecto legal que envolve a questão, é fomentar um desenvolvimento sustentado, conciliando-se os interesses do setor produtivo com os da população, que tem direito ao meio ambiente equilibrado.

O art. 27 do Código Florestal dispõe:

> *Art. 27.* É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação.
>
> *Parágrafo único.* Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução.

Pretende o recorrente excluir da incidência da norma acima transcrita as lavouras de cana-de-acúçar, sob o fundamento de que ela abarca apenas as florestas e a vegetação nativa, não as culturas renováveis.

Ocorre que a referência do legislador à expressão "demais formas de vegetação" não pode ser interpretada restritivamente, mas, ao contrário, deve ser compreendida de modo a abranger todas as formas de vegetação, sejam elas permanentes ou renováveis. Isso ainda vem corroborado pelo parágrafo único do citado artigo, que ressalva a possibilidade de se obter permissão do Poder Público para a prática de queimadas em atividades agropastoris, se as peculiaridades regionais assim indicarem.

Essa norma, em 1998, foi regulamentada pelo Decreto n. 2.661/1998, que, em seu parágrafo segundo, dispôs:

> "*Art 2º* Observadas as normas e condições estabelecidas por este Decreto, é permitido o emprego do fogo em práticas agropastoris e florestais, mediante Queima Controlada.
>
> *Parágrafo único.* Considera-se Queima Controlada o emprego do fogo como fator de produção e manejo em atividades agropastoris ou florestais, e para fins de pesquisa científica e tecnológica, em áreas com limites físicos previamente definidos.
>
> *Art 3º* O emprego do fogo mediante Queima Controlada depende de prévia autorização, a ser obtida pelo interessado junto ao órgão do Sistema Nacional do Meio Ambiente — Sisnama, com atuação na área onde se realizará a operação."

Observa-se que a regulamentação apenas ressalvou a necessidade de licença ambiental para a prática de queimadas. Na época da realização da queima

apontada nos autos, 1997, tal licença era obtida no Ibama, e, posteriormente, no Sisnama.

Como se vê, o recorrente estava obrigado a observar tal restrição, o que não foi feito, fato que, infelizmente, parece ocorrer com freqüência nas lavouras espalhadas pelo País, não obstante o mesmo decreto ter estabelecido a redução gradativa de tal prática, conforme se depreende de seu art. 16, *in verbis*:

> "Art 16. O emprego do fogo, como método despalhador e facilitador do corte de cana-de-açúcar em áreas passíveis de mecanização da colheita, será eliminado de forma gradativa, não podendo a redução ser inferior a um quarto da área mecanizável de cada unidade agroindustrial ou propriedade não vinculada a unidade agroindustrial, a cada período de cinco anos, contados da data de publicação deste Decreto."

Entretanto, a despeito de todos esses aspectos, entendo que o acórdão merece reforma em parte. Observa-se que, em se tratando de realização de ato ilícito, para que haja obrigação de indenizar, há necessidade de se comprovar, além da ilicitude, o dano ocorrido. E, *in casu*, embora exista o dano, como afirmei acima, os estudos e pareceres colacionados aos autos não indicam, conclusivamente, a extensão desse dano ao meio ambiente e à população da cidade de Ribeiro Preto ocasionado pelas queimadas de lavoura de cana-de-açúcar. Sendo assim, muito menos há possibilidade de se aferir qual a contribuição do recorrente para a degradação ambiental, uma vez que queimou apenas 5 hectares de lavoura de cana-de-açúcar, proporção ínfima frente à grande extensão de terras plantadas na região.

Assim, *conheço do recurso especial para afastar a condenação ao pagamento da indenização, fixada no valor de 2.048 litros de álcool combustível por hectare queimado, mas mantenho a obrigação de não fazer consubstanciada na abstenção da utilização de fogo para limpeza do solo, preparo do plantio e colheita ou para a realização de quaisquer outras atividades em que tal prática seja utilizada, sob pena da multa diária estabelecida na sentença.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 466.366-MT (2002/0114156-4)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Confederação Nacional da Agricultura - CNA

Advogados: Luiz Antônio Muniz Machado e outros
Recorrido: Cleber Roberto Lemes

EMENTA

Processual Civil. Ação monitória. Cobrança de contribuição sindical rural. Guias de recolhimento de contribuição e notificação ao devedor. Documento hábil à propositura da ação. Adequação da via eleita.

1. A Guia de Recolhimento da Contribuição Sindical e a prova da notificação do devedor são documentos aptos a instruir ação monitória visando à cobrança de contribuição sindical.

Recurso especial provido. Retorno dos autos à origem para a análise das questões de mérito.

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 6 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJ 14.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pela Confederação Nacional da Agricultura — CNA, com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que negou provimento à apelação e manteve a sentença que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, ante a inadequação da ação monitória para constituição de título para execução de dívida referente à cobrança de contribuição sindical rural. O aresto atacado restou assim ementado (fl. 115):

"Apelação cível. Ação monitória. Contribuição sindical. Confederação Nacional da Agricultura. Juntada de título sacado unilateralmente pelo

credor. Não-atendimento ao art. 1.102 do CPC. Pedido alternativo não analisado por falta de oportunidade. Recurso improvido.

A apresentação de documento produzido unilateralmente pelo pretenso credor não autoriza a utilização do procedimento monitório, como sinaliza o art. 1.102 do Código de Processo Civil.

O pedido alternativo de conversão do procedimento monitório para o ordinário não pode ser apreciado neste momento, quando a questão se refere apenas ao uso daquele.

Sentença mantida."

Nas razões do recurso especial, a recorrente aponta divergência jurisprudencial com arestos desta Corte quanto à interpretação do art. 1.102 do Código de Processo Civil, ao passo que pugna pelo reconhecimento da possibilidade de utilização da ação monitória para cobrança de contribuição sindical, já que instruída a inicial com a demonstração do débito.

Sem contra-razões, conforme certidão de fl. 152 e o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem. (Fls. 154/155)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): *Ab initio*, convém elucidar que a decisão monocrática proferida pelo ilustre Ministro Franciulli Netto, determinando o encaminhamento dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho, foi reconsiderada por este Magistrado, por considerar inconteste a competência desta Corte Superior para apreciação do recurso especial que se apresenta.

As razões recursais baseadas na alínea **c** do permissivo constitucional merecem conhecimento, porquanto a divergência apontada foi demonstrada nos moldes regimentais.

No que toca à matéria de fundo posta em debate, impende esclarecer que a contribuição sindical rural é devida por força dos arts. 8º, VI, *in fine* e 149 da Constituição Federal; 578 e seguintes da CLT; e disciplinado pelo 4º, § 1º, do Decreto-Lei n. 1.166/1971, alterado pelas Leis ns. 9.701/1998, 8.022/1990, 8.847/1990 e 9.393/1996.

A contribuição sindical rural tem natureza de tributo, sendo, portanto, compulsória e, por isso, não se confunde com a contribuição confederativa voluntária a que alude o art. 8º, inciso IV, da Constituição Federal, obrigatória apenas para aqueles que se filiam ao sindicato.

A presente controvérsia consubstancia-se na discussão acerca da interpretação do art. 1.102 do CPC, bem como no reconhecimento da possibilidade de utilização da ação monitória para cobrança de contribuição sindical.

O acórdão de 2º grau negou provimento à apelação da recorrente e manteve a sentença que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por entender inadequado o manejo de ação monitória para constituição de título para execução de dívida referente à cobrança de contribuição sindical rural, porquanto "a apresentação de documento produzido unilateralmente pelo pretenso credor não autoriza a utilização do procedimento monitório, como sinaliza o art. 1.102 do Código de Processo Civil." (Fl. 115)

Em sede de recurso especial, a recorrente almeja a reforma do aresto sob o argumento central de que é possível a utilização da ação monitória para cobrança de contribuição sindical, uma vez que instruída a inicial com a guia de recolhimento da contribuição, demonstrativos do débito elaborados a partir de dados repassados pela Receita Federal, bem como com a prova de notificação do devedor por meio de AR e edita.

O art. 1.102 do CPC faculta a utilização da ação monitória ao credor que possua prova escrita do débito, documento sem força de título executivo, mas merecedor de fé quanto à sua autenticidade.

No caso dos autos, o Tribunal de origem reconheceu que a ação monitória foi instruída com as Guias de Recolhimento da Contribuição Sindical, bem como com a comprovação da notificação do devedor, restando cabível a via eleita para a cobrança dos débitos em questão.

O entendimento assente nesta Corte aponta para a possibilidade de utilização de guia de cobrança da contribuição sindical e notificação do devedor para instruir a ação monitória, pelo que assiste razão à recorrente.

Nesse sentido, confiram-se as ementas dos seguintes julgados das Turmas que compõem a Seção de Direito Público desta Corte:

> "Direito tributário. Contribuição sindical rural. Legalidade. Bitributação. Questão decidida sob óptica eminentemente constitucional. CNA. Legitimidade. Ação monitória.
>
> (...)
>
> 5. A ação monitória é processo de cognição sumária que tem por objetivo abreviar a formação do título exeqüendo e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional. O art. 1.102 do Código de Ritos faculta a utilização do procedimento injuntivo ao credor que possua prova escrita do débito, documento sem força de título executivo, mas merecedor de fé quanto à sua autenticidade.

6. Tratando-se de obrigação *ex vi legis*, as guias de recolhimento da contribuição sindical enquadram-se no conceito de "prova escrita sem eficácia de título executivo" (art. 1.102, **a**, do Código de Ritos), sendo suficientes à propositura da ação monitória.

7. Inversão dos ônus sucumbenciais. Manutenção da verba honorária nos termos em que fixadas pelo Juízo de 1º grau.

8. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte." (REsp n. 733.860-SP, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19.10.2006, DJ 08.11.2006, p. 175)

"Processual Civil. Recurso especial. Ação monitória. Contribuição sindical. Negativa de vigência ao art. 535, II, do CPC. Não-ocorrência. Legitimidade. Confederação Nacional da Agricultura. Prova escrita. Notificação. Quadro demonstrativo de débitos. Guia de recolhimento. Documentos hábeis à propositura da ação. Precedentes.

(...)

6. É devida a contribuição sindical rural. Quando do julgamento, à unanimidade, do REsp n. 680.519-MG, DJ 30.05.2005, ficou assentado: *"As guias de recolhimento da contribuição sindical, o quadro demonstrativo de débitos e a notificação do devedor que instruem a ação monitória estão aptas à demonstração da presença da relação jurídica entre credor e devedor, denotando, portanto, a existência de débito, ajustando-se ao conceito de "prova escrita sem eficácia de título executivo."*

7. No mesmo sentido: REsp n. 309.741-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 10.12.2002, REsp n. 287.528-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 06.09.2004, REsp n. 647.770-RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 21.03.2005, REsp n. 660.463-SP, Relator Ministro Castro Meira, DJ 16.05.2005.

8. Recurso especial não provido." (REsp n. 819.709-RS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 31.08.2006, p. 249)

"Processo Civil. Ação monitória. Contribuição sindical. Documento hábil à propositura da ação. Guias de recolhimento de contribuição e notificação ao devedor. Possibilidade.

1. A Guia de Recolhimento da Contribuição Sindical e a prova da notificação do devedor são documentos aptos a instruir ação monitória visando à cobrança de contribuição sindical.

2. Recurso especial a que se dá provimento." (REsp n. 595.367-MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 26.04.2005, DJ 09.05.2005, p. 300)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial e determino o retorno dos autos à origem, para a análise das questões de mérito.

É como penso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 591.935-RJ (2003/0163571-8)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Município do Rio de Janeiro
Procuradores: Darcio Augusto Chaves Faria e outros
Recorrido: Chana Kramer
Advogados: Roberto Cézar e outro

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Desapropriação direta. Violação alegada aos arts. 535, II, do CPC, 15-A, 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Inexistência de nulidade no acórdão recorrido. Princípio da instrumentalidade do processo. Juros compensatórios. Percentual aplicável. MP n. 1.577/1997 e reedições. Honorários advocatícios. Fixação. Aplicação da lei vigente ao tempo em que prolatada a sentença. Recurso especial conhecido e provido.

1. Não se justifica a anulação do acórdão quando inexiste prejuízo ou interesse público a justificá-la (REsp n. 419.710-RO, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 25.09.2006). Aplicação dos princípios da instrumentalidade, da efetividade e da economia processual (status de direito fundamental, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, alterado pela EC n. 45/2004).

2. A Primeira Seção desta Corte, em decisão prolatada no dia 08.02.2006, encerrou o julgamento do REsp n. 437.577-SP, de relatoria do eminente Ministro Castro Meira, adotou o entendimento à luz do princípio *tempus regit actum*.

3. Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos a partir da efetiva ocupação do imóvel, nos exatos termos da Súmula n. 69-STJ. Ajuizada a ação em out./1999, e efetivada a imissão na posse em fev./2001, quando já vigia a MP n. 1.577/1997, publicada no DOU 12.06.1997, incide, na hipótese, o percentual dos juros compensatórios de que trata o art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/1941, inserido por intermédio da Medida Provisória n. 1.577/1997, desde a imissão na posse até a decisão proferida no julgamento da Medida Cautelar na ADIn n. 2.332-2-DF (13.09.2001), de 6% (seis por cento) ao ano.

4. A partir daí (13.09.2001), volta a incidir, em conseqüência da suspensão de sua eficácia com efeitos ex nunc, o percentual de 12% ao ano, a teor do disposto na Súmula n. 618-STF, assim redigida: "Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano."

5. A fixação dos honorários advocatícios rege-se pela lei vigente ao tempo em que prolatada a sentença que os impõe. Proferida a sentença em 27 de julho de 2001, deve o percentual dos honorários advocatícios amoldar-se aos limites estabelecidos pela nova redação do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, de (meio a cinco por cento) da diferença entre o valor ofertado e o determinado judicialmente.

6. Recurso Especial conhecido e provido para aplicar os arts. 15-A e 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, nos termos da jurisprudência consolidada por esta Corte (juros compensatórios de 6% durante a vigência da MP n. 1.577/1997 e 12% após a suspensão dessa norma por decisão do STF) e fixação dos honorários advocatícios em 5% da diferença entre o valor ofertado e o determinado judicialmente.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 7 de novembro de 2006 (data do julgamento)

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJ 03.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Município do Rio de Janeiro, com fundamento no art.105, III, **a** e **c** da Constituição Federal, em face de acórdão assim ementado:

> "Desapropriação. Município do Rio de Janeiro. Sentença julgando procedente o pedido exordial. Sentença cujos fundamentos são adotados na forma regimental. Ambos os recursos improvidos. Sentença mantida em reexame necessário." (Fl. 154)

Embargos de Declaração rejeitados pelo Tribunal de Justiça local ante a "inexistência de omissão, contradição ou obscuridade." (Fl. 162)

Recurso Especial do Município em que se alega violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, eis que o Acórdão recorrido não teria se manifestado a respeito dos seguintes temas: a) fixação dos honorários advocatícios em valor superior ao previsto no art. 27, § 1º da Lei de Desapropriações (fixado em 10% do valor da condenação quando o correto seria entre meio e cinco por cento); b) "juros compensatórios sem a indicação da data precisa a respeito da qual será contabilizada." (Fls. 162/172)

Conclui a Municipalidade recorrente que: "Em vista disso, não resta ao Município outra alternativa senão fazer uso da via especial para reexame da decisão, de forma a adequá-la aos ditames legais e jurisprudenciais", com o pedido subsidiário de "reforma da decisão recorrida, no sentido de que seja adequada às disposições das Súmulas ns. 70 e 113-STJ, e do § 1º do art.27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 24 de agosto de 2001." (Fls. 165/172)

O Recurso Especial foi admitido, em sua origem, pela alínea **a** do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal. (Fls. 178/179)

Parecer do Ministério Público, de fls. 185/187, pelo provimento do recurso especial, "para que seja declarado nulo o v.acórdão proferido nos embargos de declaração, às fls. 162/163, impondo que outro seja proferido pelo egrégio Tribunal *a quo*, contendo a apreciação da matéria preterida".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): De início, com o respeito devido, divirjo do parecer do Ministério Público de que o acórdão de fls. 162/163 prolatado deva ser anulado, para que outro seja proferido pelo Tribunal de Justiça local.

Conforme precedente desta Corte, em homenagem aos princípios da instrumentalidade, efetividade e economia processual, não se justifica a anulação da Sentença (ou acórdão) quando inexiste prejuízo ou interesse público a justificá-la. (REsp n. 419.710-RO, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 25.09.2006)

O caso em testilha é conhecido desta Corte. A Primeira Seção desse Tribunal deliberou, no julgamento do REsp n. 437.577-SP, de relatoria do eminente Ministro Castro Meira, determinando a aplicação do princípio tempous regit actum, conforme ementa a seguir transcrita:

> "Administrativo. Desapropriação. Juros compensatórios. Percentual. Eficácia da MP n. 1.577/1997. ADIn n. 2.332/2001. Princípio do *tempus regit actum*.
>
> 1. Em ação expropriatória os juros compensatórios devem ser fixados à luz do princípio tempus regit actum nos termos da jurisprudência predominante do STJ, no sentido de que a taxa de 6% (seis por cento) ao ano, prevista na MP n. 1.577/1997, e suas reedições, é aplicável, tão-somente, às situações ocorridas após a sua vigência.
>
> 2. A vigência da MP n. 1.577/1997, e suas reedições, permanece íntegra até a data da publicação do julgamento proferido na medida liminar concedida na ADIn n. 2.332 (DJU 13.09.2001), que suspendeu, com efeitos ex nunc, a eficácia da expressão de "até seis por cento ao ano", constante do art. 15-A, do Decreto-Lei n. 3.365/1941.
>
> 3. Ocorrida a imissão na posse do imóvel desapropriado, após a vigência da MP n. 1.577/1997 e em data anterior a liminar proferida na ADIn n. 2.332-DF, os juros compensatórios devem ser fixados no limite de 6% (seis por cento) ao ano, exclusivamente, *no período compreendido entre 21.08.2000 (data da imissão na posse) e 13.09.2001 (publicação do acórdão proferido pelo STF)*.
>
> 4. Recurso especial provido em parte." (Recurso Especial n. 437.577-SP (2002/0061381-9) Relator: Ministro Castro Meira, DJ 06.03.2006), destaquei.

Dessa forma, a decisão proferida às fls. 154/155, complementada pelo acórdão de fls. 162/163 não padece de qualquer vício, eis que a interpretação cabível, segundo o entendimento adotado por esta Corte, no citado REsp n. 437. 577, é no sentido de aplicar a nova regra prevista no art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/1941 — juros compensatórios à taxa de seis por cento (6%) ao ano — no período que vai da imissão provisória na posse (7 de fevereiro de 2001 — fl.

103), até 13 de setembro de 2001 (data da decisão proferida no julgamento da MC na ADIn n. 2.332-2-DF). A partir daí, volta a incidir, em conseqüência da suspensão da sua eficácia com efeitos *ex nunc*, o percentual de 12% ao ano, a teor do disposto na Súmula n. 618-STF, assim redigida: "Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano".

No que se refere aos honorários advocatícios, verifica-se que a orientação desta Corte, invocando mais uma vez o princípio tempus regit actum, firmou-se no sentido de que a fixação dos honorários advocatícios rege-se pela lei vigente ao tempo em que prolatada a Sentença que os impõe. *In casu* a Sentença foi prolatada em 27 de julho de 2001 (fls. 120/122), quando vigia o art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, com a redação dada pela Medida Provisória n. 1.997-37, de 11.04.2000, que assim dispõe:

> "Art. 27. (...)
>
> § 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, *que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença*, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais)." (Destaquei)

Deve-se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da MC na ADIn n. 2.332-2-DF, suspendeu a eficácia da expressão "não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais)", do § 1º do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, permanecendo em vigor os limites percentuais ali definidos — entre 0,5% e 5% da diferença apurada entre o valor da indenização e o preço inicialmente oferecido.

Impõe-se, desse modo, a redução do percentual dos honorários advocatícios para cinco por cento (5%) sobre a diferença apurada entre o valor da indenização — aí incluídos os juros compensatórios e moratórios, conforme disposto na Súmula n. 131-STJ — e o valor da oferta. Sobre o tema, é oportuno conferir os seguintes precedentes:

> "Administrativo. Desapropriação de imóvel rural improdutivo. Juros compensatórios. Incidência. Verba honorária. Lei vigente à época da prolação da sentença. Decreto-Lei n. 3.365/1941.
>
> *Omissis*.
>
> II - No tocante à verba advocatícia, o entendimento desta Corte é no sentido de que a sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença, no caso, o art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941.

III - Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp n. 781.514-CE, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 13.02.2006)

"Processual Civil. Violação ao art. 535. Deficiência na fundamentação. Incidência da Súmula n. 284-STF. Administrativo desapropriação direta. Honorários advocatícios. Art. 27, Decreto-Lei n. 3.365/1941. Incidência.

Omissis.

2. 'A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que a impõe' (REsp n. 542.056-SP, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 22.03.2004; REsp n. 487.570-SP, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ 31.05.2004; REsp n. 439.014-RJ, Segunda Turma, Ministro Franciulli Netto, DJ 08.09.2003). Assim, na fixação dos honorários advocatícios, em desapropriação direta, devem prevalecer as regras do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, com a redação dada pela Medida Provisória n. 1.997-37, de 11.04.2000, sempre que a decisão for proferida após essa data.

3. Recurso especial a que se dá parcial provimento." (REsp n. 783.208-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 21.11.2005)

Diante do exposto, *conheço do Recurso Especial e lhe dou provimento, em seu pedido subsidiário de reforma da decisão, para determinar:*

a) a aplicação da regra prevista no art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/1941 — juros compensatórios à taxa de seis por cento (6%) ao ano — no período que vai da imissão provisória na posse (07.02.2001, fl. 103), até 13 de setembro de 2001 (data da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn n. 2.332-2-DF), e, a partir daí, volta a incidir, em conseqüência da suspensão da sua eficácia com efeitos *ex nunc*, o percentual de 12% ao ano; e

b) a redução do percentual dos honorários advocatícios para cinco por cento (5%) sobre a diferença apurada entre o valor da indenização — aí incluídos os juros compensatórios e moratórios, a teor do disposto na Súmula n. 131-STJ — e o valor da oferta.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 631.736-RS (2004/0025033-4)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE

Advogados: Mônique Roehrs Arrial e outros
Recorrido: Abrão Jacob Costa
Advogados: Marco Antônio Iglesias Cabral e outro

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Alíneas **a** e **c**. Discussão de débitos pretéritos. Interrupção do fornecimento. Impossibilidade.

1. O Tribunal *a quo* não autorizou o corte do fornecimento de energia elétrica por que entendeu configurada a cobrança de valores pretéritos não-contemporâneos à previa notificação. Em casos como o presente, não deve haver a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

2. O corte de energia elétrica pressupõe o inadimplemento de conta relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos.

3. Em tais casos, deve a companhia utilizar-se dos meios ordinários de cobrança, pois não se admite qualquer espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Recurso especial conhecido 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 Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha (voto-vista) e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJ 07.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pela Companhia Estadual de Energia Elétrica — CEEE, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos da seguinte ementa, *in verbis*:

> "Ação ordinária. Cobrança de valores relativos a débitos antigos. Proibição do corte no fornecimento de energia. Majoração de verba honorária. Apelo adesivo.
>
> Não é o caso de corte no fornecimento de luz quando o débito diz respeito a faturas antigas, já que possível à parte ré sua cobrança sem a utilização desse meio de coação.
>
> No que tange ao recurso adesivo, este deve ser parcialmente provido para aumentar a verba honorária, mas não nos mesmos termos do recurso adesivo.
>
> Conheceram de ambos os recursos, no mérito negaram provimento ao apelo e deram parcial provimento ao recurso adesivo do autor. Unânime." (Fl. 143)

Contra o referido julgado, foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados. (Fl. 157)

Alega o recorrente afronta ao art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995 (Lei de Concessões) e sustenta a legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica no caso de inadimplemento por parte do consumidor, em que pese a essencialidade do serviço ao cidadão.

Aduz violação do art. 476 do Código Civil, pois o fornecimento de energia decorre de contrato sinalagmático e pode ser suspenso caso não haja a contraprestação do serviço.

Por fim, aponta divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e aresto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que entendeu no sentido da legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplência do usuário.

Foram oferecidas contra-razões. (Fls. 190/192)

Admitido o recurso na origem, subiram os autos para apreciação nesta Corte.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Preliminarmente, o recurso merece conhecimento, porquanto a matéria federal restou devidamente prequestionada, bem como a divergência foi demonstrada nos moldes regimentais.

No mérito, contudo, não merece prosperar o recurso.

Embora a Primeira Seção desta Corte tenha pacificado o entendimento no sentido de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o usuário permanecer inadimplente., não deve haver a suspensão em casos como o presente, em que se caracteriza a exigência de débito pretérito.

Com efeito, o Tribunal de origem assim expôs a situação fática dos autos:

> "(...)
>
> No entanto, não é o caso aqui debatido, já que a parte autora não deu causa diretamente ao débito e mostrou-se disposta a adimplir sua dívida, tendo realizado um acordo para tanto.
>
> Como o apontado débito é de 1994, isto é, não é recente, não cabe o corte no fornecimento de energia.
>
> Nesse caso, pode a Companhia apelante buscar o adimplemento de seu crédito, através das vias ordinárias de cobrança, sem cortar o fornecimento de luz.
>
> Ressalto, no entanto, que a proibição de corte do fornecimento do mencionado serviço diz respeito apenas ao crédito aqui debatido e não a valores atuais eventualmente não pagos.
>
> Assim, configura-se correta a proibição do mencionado corte do serviço prestado, consoante determinado em sentença." (Fl. 146)

Verifica-se que o Tribunal *a quo* não autorizou o corte do fornecimento de energia elétrica por que entendeu configurada a cobrança de valores pretéritos não-contemporâneos à previa notificação.

Tem-se correta a posição exarada pela Corte de origem, uma vez que o corte de energia elétrica pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos. Para tais casos, deve a companhia utilizar-se dos meios ordinários de cobrança, pois não se admite qualquer espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido:

"Processual Civil e Administrativo. Ação de indenização por danos morais. Suspensão. Fornecimento de energia elétrica. Débitos pretéritos. Impossibilidade. Recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, letra **c**, da CF/1988. Divergência não configurada.

I - A suspensão no fornecimento de energia elétrica somente é permitida quando se tratar de inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, restando incabível tal conduta quando for relativa a débitos antigos não-pagos, em que há os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: AgRg no Ag n. 633.173-RS, Relator Ministro José Delgado, DJ 02.05.2005.

II - É inadmissível o apelo especial manifestado pela alínea **c** do permissivo constitucional que deixa de demonstrar a existência de suposta divergência jurisprudencial, nos moldes estabelecidos pelo art. 255 do RISTJ c.c. o art. 541, parágrafo único, do CPC.

III - Recurso especial improvido." (REsp n. 772.486-RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, data do Julgamento 06.12.2005, DJ 06.03.2006, p. 225)

"Administrativo. Agravo de instrumento. Corte no fornecimento de energia elétrica. Impossibilidade de suspensão. Hipótese de exigência de débito pretérito. Ausência de inadimplemento. Constrangimento e ameaça ao consumidor. CDC, art. 42.

1. A Primeira Turma, no julgamento do REsp n. 772.489-RS, bem como no AgRg no Ag n. 633.173-RS, assentou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica por diferença de tarifa, a título de recuperação de consumo de meses, em face da essencialidade do serviço, posto bem indispensável à vida.

2. É que resta cediço que a 'suspensão no fornecimento de energia elétrica somente é permitida quando se tratar de inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, restando incabível tal conduta quando for relativa a débitos antigos não-pagos, em que há os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: AgRg no Ag n. 633.173-RS, Relator Ministro José Delgado, DJ 02.05.2005.' (REsp n. 772.486-RS, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 06.03.2006)

3. Concernente a débitos antigos não-pagos, há à concessionária os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42, do Código de Defesa do Consumir.

4. *In* casu, o litígio não gravita em torno de inadimplência do usuário no pagamento da conta de energia elétrica (Lei n. 8.987/1995, art. 6º, § 3º, II), em que cabível a interrupção da prestação do serviço, por isso que não há cogitar suspensão do fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento.

5. Recurso especial improvido." (REsp n. 756.591-DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, data do julgamento 04.05.2006, DJ 18.05.2006, p. 195)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: A questão tratada nos autos refere-se à possibilidade de interrupção no fornecimento de energia elétrica em razão do inadimplemento de contas antigas. O acórdão recorrido decidiu que "não é o caso de corte no fornecimento de luz quando o débito diz respeito a faturas antigas, já que possível à parte ré sua cobrança sem a utilização desse meio de coação".

O recurso especial, aviado pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, foi conhecido pelo Ministro-Relator, que lhe negou provimento, sob a assertiva de que a posição do Tribunal de origem é correta e encontra respaldo na jurisprudência desta Corte.

Pedi vista do autos para melhor análise, porque tenho sustentado posicionamento no sentido de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor devedor não solver a dívida oriunda de contas geradas pelo consumo de energia. Todavia, após analisar o caso em questão, ante a peculiaridade nele existente, somo meu voto ao do Relator, esclarecendo o que segue abaixo.

Os precedentes existentes a respeito da impossibilidade de se efetivar a suspensão do fornecimento de energia elétrica ante o inadimplemento de contas antigas são oriundos da Primeira Turma, e todos, também, citam como precedente o AgRg no Ag. n. 633.173-RS, Relator Ministro José Delgado, DJ 2.5.2005, no qual está consignado o seguinte:

"(...) hipótese dos autos que se caracteriza pela exigência de débito pretérito, não devendo, com isso, ser suspenso o fornecimento, visto que o corte de energia elétrica pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, sendo inviável, pois, a suspensão do abaste-

cimento em razão de débitos antigos, *em relação aos quais existe demanda judicial ainda pendente de julgamento*, devendo a companhia utilizar-se dos meios ordinários de cobrança, não se admitindo qualquer espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do CDC." (Grifei)

Portanto, além de antigos, os débitos, no caso acima citado, estavam sendo discutidos em juízo. Na hipótese dos presentes autos existe outra particularidade que permite a consideração da mesma tese. As contas inadimplidas são de oito anos antes da efetiva cobrança (o consumidor afirmou que as contas referem-se ao ano de 1991 — inicial —; a concessionária afirmou que são de 1992 — contestação —; e na sentença consta como sendo de 1994).

Como afirmei acima, comungo do entendimento de que o corte de energia poderá ser autorizado ante o inadimplemento do consumidor, com prévio aviso. E entre as razões que costumo fazer consignar nos votos que profiro, consta a de que a empresa que não recebe dos usuários a contraprestação dos serviços que presta, tendo que arcar com os custos e despesas decorrentes de suas atividades, no contexto da economia de mercado — como é o caso do Brasil —, dado o desequilíbrio gerado, dificilmente poderá continuar fornecendo tais serviços com o padrão de qualidade esperado.

Contudo, *in casu*, trata-se de dívida ocorrida há oito anos, sendo de se pressupor que a concessionária absorveu tais débitos, que não comprometeram a prestação adequada dos serviços que presta, tanto que nem sequer os cobrou do consumidor na época em que ocorreram, vindo a fazê-lo apenas anos depois. Diante disso, não é razoável esperar a interrupção do fornecimento de energia por conta não-paga e que a concessionária deixou no esquecimento.

Assim, diante de tais circunstâncias, que são peculiares ao caso dos autos, *voto com o Relator, conhecendo do recurso especial, mas negando-lhe provimento.*

É como voto

RECURSO ESPECIAL N. 715.904-PR (2005/0001592-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Ibrac Indústria Brasileira de Construções Ltda
Advogados: César Augusto Gularte de Carvalho e outro
Recorrido: Município de Ibema
Advogados: Edemilson Pinto Vieira e outro

EMENTA

Processo Civil e Tributário. Embargos à execução. IPTU. Base de cálculo. Majoração do valor venal por decreto. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Carnê de pagamento válido como notificação do lançamento. Possibilidade. Presunção não afastada.

1. Não se conhece do recurso pela alínea **c**, quando não demonstrado o dissídio jurisprudencial, nos termos do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, e 541, parágrafo único, do CPC

2. Presume-se a notificação do lançamento dos débitos do IPTU, cabendo ao contribuinte afastá-la, mediante prova de que não recebeu, pelo Correio, a cobrança do imposto.

3. A CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo. Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 1º.09.2006

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com base no permissivo constitucional da alínea **c**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado (fl.159):

Embargos à execução fiscal. IPTU. Município de Ibema. Valor venal do imóvel. Atualização por meio de decreto. Adoção de índices abaixo da inflação. Possibilidade. Súmula n. 160-STJ.

Presunção de certeza e liquidez. Certidão de dívida ativa. Ônus da embargante de provar que houve aumento acima do permitido. Meras alegações não têm o condão de desconstituir as cdas.

Taxa de iluminação pública. Impossibilidade de cobrança. Serviço público prestado sem caráter específico e divisível.

Notificação. Entrega do carnê do IPTU se revela como meio hábil e suficiente para notificar o contribuinte.

Recurso embargante (2) improvido. Recurso embargado (1) provido parcialmente.

Reformada em parte a sentença em reexame necessário.

Inconformada, a recorrente aponta dissídio jurisprudencial, defendendo a necessidade de comprovação da notificação do contribuinte do lançamento do tributo. No que diz respeito à base de cálculo, sustenta que caberia ao Município provar que a majoração da base de cálculo deu-se abaixo dos índices inflacionários oficiais.

Após as contra-razões, subiram os autos por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, não conheço do recurso quanto à questão do ônus probatório em relação à majoração do valor venal, uma vez que não foi demonstrado o dissídio jurisprudencial, nos termos do art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e 541, parágrafo único, do CPC.

Prequestionada a tese em torno da notificação prévia do contribuinte apontada no especial e configurado o dissídio jurisprudencial, passo ao exame do recurso.

Na hipótese dos autos, trata-se de cobrança de IPTU, cujo lançamento é feito de ofício pelo Fisco Municipal. A notificação deste lançamento ao contribuinte ocorre quando, apurado o débito, envia-se para o endereço do imóvel a comunicação do montante a ser pago. Sendo assim, há presunção de que a notificação foi entregue ao contribuinte que, não concordando com a cobrança, pode impugná-la administrativa ou judicialmente. Caberia ao contribuinte, para afastar a presunção, comprovar que não recebeu pelo Correio o carnê de cobrança (embora difícil a produção de tal prova), o que não ocorreu neste feito.

Aliás, ressalte-se, a Corte *a quo* consignou expressamente no voto condutor do acórdão (fl. 164):

Aliás, a apelante não nega que tenha recebido o carnê para pagamento do imposto.

Assim sendo, não assiste razão à recorrente, porque presumida a notificação do lançamento (presunção esta não afastada pelo contribuinte).

Corroborando tal entendimento, colaciono os seguintes julgados desta Corte:

> Processo Civil e Tributário. Embargos à execução. IPTU. Inexistência de omissões. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Ilegalidade da Lei Municipal n. 1.352/1977. Súmula n. 284-STF. Dissídio jurisprudencial prejudicado. Infringência ao art. 476 do CPC. Súmula n. 7-STJ. Notificação do lançamento e distribuição do ônus da prova. Falta de intimação pessoal do representante da fazenda pública para contra-razões. Irregularidade não sanada ante a falta de prejuízo.
>
> 1. Tese de violação ao art. 535, II do CPC que se afasta, porque examinadas pelo Tribunal *a quo* as questões reputadas omissas.
>
> 2. Ausência de prequestionamento em torno do art. 458, III do CPC e dos arts. 202 e 203 do CTN c.c. o art. 2º, §§ 5º e 6º da Lei n. 6.830/1980 e art. 741, II do CPC (nulidade da certidão de dívida ativa), incidindo, com propriedade, o teor da Súmula n. 282-STF.
>
> 3. Aplicação da Súmula n. 284-STF em relação à tese da ilegalidade da Lei Municipal 1.352/1977, que trata da exigência do montante de 10% (dez por cento) em caso de cobrança amigável ou judicial da Dívida Ativa do Município do Guarujá-SP, restando prejudicado o exame do dissídio jurisprudencial.
>
> 4. Infringência ao art. 476 do CPC não examinada em razão da aplicação da Súmula n. 7-STJ.
>
> 5. Inexistência de violação ao CTN (notificação do lançamento) e ao CPC (distribuição do ônus da prova), uma vez que se presume a notificação do lançamento dos débitos do IPTU, cabendo ao contribuinte afastá-la, mediante prova de que não recebeu, pelo Correio, a cobrança do imposto.
>
> 6. Irregularidade quanto à falta de intimação pessoal do representante da Fazenda Pública para contra-arrazoar o recurso especial que deixa de ser sanada pela ausência de prejuízo.

7. Recurso especial não conhecido." (REsp n. 168.035-SP, Relator Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime, DJ 24.09.2001, p. 263)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Ausência de notificação do contribuinte no tocante ao lançamento do IPTU. Matéria de prova. Pretensa manifestação no sentido de que a notificação para a cobrança do IPTU se perfaz com a simples entrega do carnê na residência do contribuinte. Precedente da colenda Segunda Turma do STJ. Recurso não provido.

Verifica-se do bojo dos autos que a pretendida análise da matéria esbarra em óbice intransponível, qual seja, a incidência da Súmula n. 7-STJ.

"A notificação deste lançamento ao contribuinte ocorre quando, apurado o débito, envia-se para o endereço do imóvel a comunicação do montante a ser pago. Como bem ressaltou o acórdão, há presunção de que a notificação foi entregue ao contribuinte que, não concordando com a cobrança, pode impugná-la administrativa ou judicialmente. Caberia ao recorrente, para afastar a presunção, comprovar que não recebeu pelo correio o carnê de cobrança (embora difícil a produção de tal prova), o que não ocorreu neste feito". (Ministra Eliana Calmon, no Recurso Especial n. 168.035-SP, DJ 24.09.2001)

Recurso não provido." (AgRg no Ag n. 469.086-GO, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, unânime, DJ 08.09.2003, p. 295)

Recurso especial. Notificação para cobrança do IPTU. Lançamento efetivado por entrega do carnê ao contribuinte.

1. O lançamento do IPTU é feito de ofício pelo Fisco municipal e a notificação desse lançamento ao contribuinte ocorre quando, apurado o débito, envia-se para o endereço do imóvel a comunicação do montante a ser pago.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido." (REsp n. 86372-RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, unânime, Segunda Turma, DJ 25.10.2004, p. 266)

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 788.282-PR (2005/0168919-3)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrentes: Edi Siliprandi e outro
Advogados: Juraci Antônio Bortolotto e outros
Recorrente: Município de Cascavel
Advogados: Virgílio Castelo Branco Rocha Neto e outros
Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Desapropriação indireta. Violação do art. 535 do CPC: inexistência. Art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Caducidade do decreto expropriatório. Prescrição vintenária. Ocupação da propriedade. Súmula n. 7-STJ. Honorários advocatícios. Diferença entre o valor final da indenização e o valor da oferta. Não-aplicação do art. 27, § 1º do CPC.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC se o Tribunal a quo pronuncia-se expressamente sobre as questões ditas omissas ou se deixou de fazê-lo por tratar-se de inovação processual, não estando, por isso, obrigado a manifestar-se.

2. Não há contradição quando, não obstante o inconformismo da parte, há coerência no raciocínio desenvolvido pelo Tribunal.

3. O prazo de que trata o art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 dirige-se ao expropriante, a quem cabe ajuizar a ação de desapropriação direta ou efetivar acordo dentro do prazo qüinqüenal, o que não se confunde com o prazo vintenário de que dispõe o expropriado para intentar ação de desapropriação indireta (Súmula n. 119-STJ).

4. A análise da tese de que o Município não ocupou a área esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

5. O Decreto-Lei n. 3.365/1941 é a lei a ser aplicada aos processod de desapropriação, o qual, por ser lei especial afasta a lei geral, o CPC, em nome do princípio da especialidade.

6. A chamada desapropriação não é ação especial e sim ação ordinária de indenização, razão pela qual aplica-se a lei geral e não a lei especial da desapropriação.

7. Pelo disposto no § 3º do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, com a redação dada pela MP n. 2.183-56/2001 (só aplicável aos processos posteriores ao apossamento), os honorários devem incidir sobre a diferença entre o valor final da indenização e a oferta (§ 1º do mesmo dispositivo legal).

8. A regra não tem aplicação nas desapropriações indiretas porque sendo ação ordinária aplica-se a regra geral. Ademais, não há oferta.

9. Recurso especial do Município improvido e recurso especial dos autores provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso do Município e deu parcial provimento ao recurso dos autores, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 17 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 30.04.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recursos especiais interpostos, ambos com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim ementado (fls. 446/447):

Apelação cível. Desapropriação indireta. Conhecimento de ofício da remessa necessária. 1. Prescrição vintenária. Carência de ação afastada. Apossamento ilícito configurado. Indenização devida. Incidência dos juros compensatórios desde a data da ocupação da área. Recurso improvido.

2. Laudo pericial. Ausência de nulidade. Quesitos suplementares respondidos a contento. Preço justo. Fixação com base no convencimento do juiz. Existência de erro material quanto ao percentual dos juros moratórios. Honorários advocatícios corretamente fixados. Condenação da parte vencida ao pagamento das custas processuais e honorários periciais. Recurso parcialmente provido.

A desapropriação indireta, quanto à sua natureza jurídica, é ação real, cujo prazo prescricional é vintenário, conforme o disposto na Súmula n. 119, do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre o apossamento ilícito pelo Município quando ele intervém no patrimônio alheio, sem que haja uma justa e prévia indenização.

Os juros compensatórios incidirão sobre o valor do bem fixado judicialmente, devidamente corrigido, desde a data da ocupação dos imóveis.

Sendo o magistrado o destinatário da prova, pode ele formar sua convicção em outros elementos, utilizando-se do princípio do livre convencimento do juiz.

Os juros moratórios incidem, a partir do trânsito em julgado da sentença, na base de 6% ao ano.

O pagamento das despesas e honorários periciais corre por conta da parte vencida.

Os autores sustentam que o art. 27, § 1º do Decreto-Lei n. 3.365/1941 não se aplica por tratar a hipótese dos autos de ação de desapropriação indireta na qual não houve oferta inicial de indenização. Por isso, entende que deve incidir o art. 20 do CPC, sendo devidos honorários advocatícios sobre o valor total da indenização e não sobre a diferença entre o valor do documento de fl. 58, devidamente corrigido (avaliação unilateralmente feita pelo Município cerca de 19 anos após o apossamento administrativo ilícito), entendido como oferta inicial, e aquele fixado na sentença como devido a título indenizatório.

Aponta violação do art. 535 do CPC porque, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi sanada a contradição existente no julgado, qual seja: reconhece textualmente não ter havido oferta, mas determina a aplicação do art. 27 da Lei de Desapropriações quanto aos honorários advocatícios.

Reputa contrariados os já mencionados dispositivos de lei federal: art. 20, *caput* e §§ 3º e 4º do CPC e 27, § 1º do Decreto-Lei n. 3.365/1941.

Como paradigmas colaciona julgados do TRF da 4ª Região, do STJ e do Tribunal de Alçada do Paraná.

O Município de Cascavel, por sua vez, também aponta contrariedade ao art. 535 do CPC, porque o Tribunal *a quo* não se manifestou a respeito das seguintes questões:

a) não houve transferência da posse ou do domínio em favor do recorrente, tendo caducado o decreto de declaração de utilidade pública publicado em 1980, consoante dispõe o art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941;

b) necessidade de observância dos limites de 0,5% e 5% quanto aos honorários, nos termos do art. 15-B c.c. o art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, também tidos por violados.

Defende a infringência do art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, pedindo a extinção do feito sem julgamento do mérito, com amparo no art. 267, VI do CPC.

Argumenta, outrossim, que não poderia ter sido considerado como termo inicial da ocupação da área a data da publicação do decreto de declaração de utilidade pública, não restando provado que o município passou a utilizar-se da área de propriedade dos autores e que eles foram privados de usufruírem da propriedade.

Alega que o julgado dissentiu da orientação do STJ no que diz respeito aos honorários advocatícios.

Com contra-razões, subiram os autos, admitidos os recursos na origem.

Relatei.

VOTO

A Srª. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Analiso primeiramente, por se tratar de questão prejudicial, a alegada ofensa ao art. 535 do CPC por ambas as partes:

1. Segundo o Tribunal *a quo*, evidencia-se dos autos que o Município de Cascavel, logo após a edição do Decreto Municipal n. 137/1980, imitiu-se na posse dos lotes ns. 5, 6 e 7 da quadra n. 360, sem qualquer desapropriação e sem promover a prévia e justa indenização a que teriam direito os legítimos proprietários, acarretando-lhes prejuízos (fl. 451). Passa, então, a transcrever trechos de depoimentos, para concluir que, efetivamente, ocorreu a imissão, ainda que o expropriante não tenha levado à cabo o projeto de construção do centro cívico, tendo ocupado a área para outros fins, deixando, inclusive, de tributá-la.

Por outro lado, firmou entendimento de que a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 (vinte) e não em 5 (cinco) anos e, nos embargos declaratórios, complementou:

> Por fim, a título de argumentação, mesmo que não tivesse o município, dentro dos 5 (cinco) anos referidos no art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, exercido a posse sobre o terreno decretado de utilidade pública, veio a exercê-la posteriormente, o que demonstra, indene de dúvida, o *animus domini* do ente público, tornando-se, em verdade, irrelevante qualquer discussão acerca do citado artigo. (Fl. 498)

Inexiste, pois, omissão quanto ao primeiro tópico levantado pelo Município de Cascavel.

2. No que diz respeito aos honorários advocatícios, constou do julgado:

> Correto o entendimento do juízo a quo, de considerar o documento de fl. 58 uma "espécie de prova de quanto o município entendia justo pagar pela desapropriação das áreas" (fl. 306), em que pese não ter havido oferta formal. Trata-se de decisão com lastro nos princípios da legalidade e da razoabilidade.
>
> Com efeito, para o arbitramento dos honorários advocatícios, foram sopesadas todas as condições expressas no § 1º, do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, que prescreve: "A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, (...)
>
> Ocorre, ainda, que a regra prevista no art. 20, do Código de Processo Civil, invocada pelos apelantes, é de ordem geral, e sua incidência, no caso, encontra-se afastada, por força do princípio da especialidade, dada a existência da norma especial contida no mencionado Decreto-Lei n. 3.365/1941.
>
> (...)
>
> Assim, não merece guarida o pedido de majoração dos honorários advocatícios.
>
> (...). (Fls. 461/462)
>
> Pela análise dos autos, observa-se claramente que o questionamento afeto à ilegalidade na fixação dos honorários advocatícios é inovação processual.
>
> Por óbvio, se houvesse questionamento nesse sentido, teria sido a matéria objeto de enfrentamento a fim de dar ensejo à efetiva entrega da tutela jurisdicional. (Fls. 495/496)

Não vislumbro a contrariedade apontada pelos autores porque, efetivamente, há coerência no raciocínio desenvolvido pelo Tribunal para aplicar o art. 27, § 1º do CPC, a partir dos princípios da legalidade, da razoabilidade e da especialidade. Reconheceu que, embora não houvesse oferta formal, deveria ser considerada oferta o valor que o Município entendia justo pagar pela desapropriação das áreas.

Por outro lado, também não tem razão o Município de Cascavel quanto à existência de omissão em torno do art. 15-B c.c. o art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, eis que o Tribunal não está obrigado a manifestar-se sobre questões não suscitadas oportunamente. Em conseqüência, fica prejudicada a análise do dissídio jurisprudencial correspondente.

Afastadas as alegações de ofensa ao art. 535 do CPC, passo à análise às demais questões suscitadas pelas partes.

Sustenta o Município de Cascavel que o decreto expropriatório caducou e, por isso, o processo deveria ser extinto sem julgamento do mérito, em atenção ao art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, que tem a seguinte redação:

> Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

Não tem razão o Município. O prazo de cinco anos de que trata o dispositivo acima transcrito dirige-se ao expropriante, cabendo a ele ajuizar a ação ou efetivar acordo dentro do prazo qüinqüenal, o que não se confunde com o prazo vintenário de que dispõe o expropriado para intentar ação de desapropriação indireta. (Súmula n. 119-STJ)

O dispositivo que trata da ação do expropriado é o parágrafo único. Sobre ele, bem alertou a Ministra Denise Arruda, no julgamento do REsp n. 587.474-SC, assim ementado:

> Processual Civil. Administrativo. Desapropriação indireta. Violação do art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Ação de natureza real. Prescrição vintenária. Súmula n. 119-STJ. Juros compensatórios. Incidência. MP n. 1.577/1997 e reedições. Inaplicabilidade às situações já consolidadas. Juros moratórios. Percentual aplicável. Incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios. Súmula n. 102-STJ.
>
> (...)
>
> 2. A ação indenizatória por desapropriação indireta, de natureza real, sujeita-se ao prazo prescricional vintenário, a teor do disposto na Súmula n. 119-STJ.
>
> 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da MC na ADIn n. 2.260-DF, ao examinar a norma contida no parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, com a redação dada pela MP n. 2.027-40/2000 — "extingue-se em cinco anos o direito de propor ação de

indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público" —, deferiu, em parte, a medida cautelar para suspender a eficácia da expressão "ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como", tanto é assim que a redação do mencionado preceito foi substancialmente alterada nas reedições posteriores.

(...)

11. Recurso especial desprovido." (REsp n. 587.474-SC, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 25.05.2006 p. 154)

Esclareceu, na oportunidade, a Relatora:

Ressalta-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da MC na ADIn n. 2.260-DF, ao examinar a norma contida no parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, com a redação dada pela MP n. 2.027-40/2000 — "extingue-se em cinco anos o direito de propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público" —, deferiu, em parte, a medida cautelar para suspender a eficácia da expressão "ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como", tanto é assim que a redação do mencionado preceito foi substancialmente alterada nas reedições posteriores, fazendo com que a referida ADIn ficasse prejudicada.

A atual redação do parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, conferida pela MP n. 2.183-56/2001, é a seguinte:

> "Art. 10. (...)
>
> Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público."
>
> É despropositada, portanto, a alegação da recorrente de que prescreve em cinco anos o direito de propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta.

Sobre a questão, encontro nesta Corte ainda os seguintes precedentes:

Recurso especial. Alínea **a**. Administrativo. Desapropriação indireta. Ação de indenização. Prescrição vintenária. Incerteza quanto ao termo inicial. Ausência de prova nos autos. Prova emprestada. Contraditório

indispensável. Inexistência de violação aos arts. 535, II, 131, 332 e 333 do CPC e 10, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, na redação dada pela MP n. 2.183-56, de 24 de agosto de 2001.

É firme a orientação deste Sodalício, consagrado pela Súmula n. 119, no sentido de que "a ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos".

Não se aplicam às desapropriações indiretas o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 10, parágrafo único, do Decreto n. 3.365/1941, na redação dada pela MP n. 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, visto que se trata de ação real, alcançada apenas pela prescrição aquisitiva.

(...)

Recurso especial não provido." (REsp n. 526.316-SC, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 04.09.2003, DJ 03.11.2003 p. 310)

Civil e Processual Civil. Desapropriação. Decadencia. Art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941. As regras do art. 219 do CPC aplicam-se a todos os prazos extintivos previstos em lei (art. 220 CPC).

Opera-se a decadência prevista no art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 se, aforada a ação desapropriatória ainda dentro do prazo de cinco anos do decreto expropriatório, a citação não tiver sido ordenada nem promovida nesse período por culpa exclusiva do autor, sem que a demora na citação possa ser imputável ao serviço judiciário, como consagrado no Verbete n. 78 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Recurso provido." (REsp n. 72.660-SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Turma, julgado em 08.11.1995, DJ 05.02.1996 p. 1.365)

Por fim, o Município argumenta que não há prova de que ele passou a utilizar-se da área de propriedade dos autores e de que eles foram privados de usufruírem dela. Nesse aspecto, incide o óbice da Súmula n. 7-STJ porque o Tribunal *a quo* foi categórico em afirmar:

> Compulsando os autos, evidencia-se que o município de Cascavel, logo após a edição do Decreto Municipal n. 137/1980, imitiu-se na posse dos lotes ns. 5, 6 e 7 da quadra n. 360, sem qualquer ação de desapropriação e sem promover a prévia e justa indenização a que teriam direito os legítimos proprietários, acarretando-lhes prejuízos.
>
> (...)

> São provas desse *animus* e dessa atitude, a não tributação dos imóveis desde a edição do decreto expropriatório, quando os lotes passaram a ser tidos, no âmbito do poder executivo, como propriedade do Município. (Fls. 451/452)

Resta para análise a tese trazida pelos expropriados, que diz respeito à fixação de honorários advocatícios de acordo com a regra do § 1º do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, que dispõe:

> § 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais). (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 2001)

Como se pode observar do trecho acima transcrito, quando analisada a violação ao art. 535 do CPC, o Tribunal entendeu perfeitamente aplicável essa regra, em nome do princípio da especialidade.

A primeira observação cabível, na espécie, é a de que o STJ tem entendido que a legislação aplicável, nas desapropriações, é a vigente na data da imissão ou apossamento, de forma que não poderia ser considerado o art. 27, § 1º do Decreto-Lei n. 3.365/1941 com a redação dada pela MP n. 2.183-56/2001, mas a redação anterior, qual seja:

> § 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido, condenará o desapropriante a pagar honorários de advogado, sobre o valor da diferença. (Incluído pela Lei n. 2.786, de 1956)

Entretanto, a diferença legislativa não tem qualquer influência para o exame da tese trazida pelos expropriantes, que pretendem afastar essa norma, argumentando que se trata de desapropriação indireta e, por isso, incidem as regras do art. 20 do CPC. Em outras palavras, são devidos honorários advocatícios sobre o valor total da indenização e não sobre a diferença entre esse valor e a importância indicada no documento de fl. 58, tido pelo Tribunal *a quo* como uma espécie de "oferta".

Atualmente, inexiste qualquer dúvida no sentido de que, em se tratando de ação de desapropriação, os honorários advocatícios devem seguir as regras da lei especial (Decreto-Lei n. 3.365/1941) e não do CPC, conforme se depreende do seguinte julgado:

> Recurso especial. Ação de desapropriação. Honorários. Redução a percentual inferior a 10% (dez por cento). Art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Violação ao art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Ocorrência.
>
> É de afastar a incidência da Súmula n. 7 desta egrégia Corte Superior, visto que a hipótese dos autos não trata de apreciação eqüitativa da verba honorária, mas, de determinação do critério legal a ser utilizado na sua fixação.
>
> O art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.027-38, de 04.05.2000, reeditada por último sob o n. 2.183-56, de 24.08.2001, passou a disciplinar a forma de arbitramento dos honorários e trouxe os percentuais de meio e cinco por cento como limites para sua fixação.
>
> Dessarte, assiste razão ao recorrente devendo-se aplicar ao caso a lei especial, que prevê a forma de arbitramento dos honorários de advogado, e não os preceitos do Código de Processo Civil, pois, conforme regra básica da hermenêutica, havendo regra específica sobre o assunto, não há cogitar sobre aplicação subsidiária do CPC no que tange ao percentual dos honorários.
>
> Recurso especial conhecido e provido." (REsp n. 416.998-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 16.05.2002, DJ 23.09.2002 p. 341)

Contudo, não se pode esquecer que o Decreto-Lei n. 3.365/1941 não tratou das hipóteses de desapropriação indireta (até o advento da MP n. 2.183-56/2001), nas quais inexiste oferta inicial de indenização. Nesse sentido, colho da doutrina o seguinte ensinamento:

> 4. Na fixação de honorários, não se poderá adotar a regra contida no § 1º, do art. 27, da Lei de Desapropriação (fixa os honorários, tomando como base de cálculo a diferença entre o valor indenizatório fixado e a oferta), porquanto não há oferta, um dos elementos necessários no esquema posto pela citada norma. Incide, então, a regra sobre a verba honorária da ordenação processual civil comum, art. 20 e seus parágrafos. (Roberto Mattoso Câmara Filho, *in A Desapropriação por Utilidade Pública*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1994, p. 503)

Por essa razão, entendo absolutamente questionável o § 3º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, introduzido pela mencionada MP n. 2.183-56/2001, que dispõe:

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença.

Como a alteração legislativa não se aplica à hipótese dos autos porque posterior à ocupação, deixo de enfrentar especificamente os termos do dispositivo e a jurisprudência do STJ. (Como, por exemplo, o julgamento do REsp n. 731.737-RS)

Assim, concluo que o TJ-PR não poderia ter interpretado extensivamente o art. 27, § 1º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, para considerar como oferta inicial um valor estimado administrativamente pela Prefeitura Municipal de Cascavel que possivelmente seria adotado para efeito de oferta inicial, acaso ajuizada a necessária ação de desapropriação direta, o que efetivamente não ocorreu.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial do Município de Cascavel e dou parcial provimento ao recurso especial dos autores, para determinar que os honorários advocatícios incidam sobre o valor total da indenização.

RECURSO ESPECIAL N. 789.603-RS (2005/0172281-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrentes: Tereza de Jesus Hoffmeister Lovatel e outros
Advogados: Daniela Alves da Costa e outros
Recorrente: Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul Daer-RS
Procuradores: Suzana Fortes de Castro Rauter e outros
Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Administrativo. Código de Trânsito. Procedimentos. Existência de pagamento. Convalidação de nulidade. Impossibilidade. Condutor (proprietário) autuado em flagrante.

1. No "iter" processual administrativo deve a autoridade obedecer aos princípios constitucionais e às normas disciplinadoras.

2. A Lei n. 9.503/1997 prevê uma primeira notificação de autuação, para apresentação de defesa (art. 280) e uma segunda notificação, posteriormente, informando do prosseguimento do processo, para que se defenda o apenado da sanção aplicada (art. 281).

3. Em regra, o auto de infração em flagrante, devidamente assinado pelo condutor, supre a primeira notificação para fins de defesa prévia.

4. Ilegalidade da sanção, por cerceamento de defesa, quando inobservados os prazos estabelecidos no "iter" procedimental.

5. O pagamento da multa não convalida o procedimento administrativo viciado.

6. A jurisprudência desta Corte já se pacificou quanto à validade da autuação *in facie* como primeira autuação, sendo ela inequívoca quando o proprietário for o infrator-condutor ou quando a infração for de responsabilidade exclusiva do condutor.

7. Recurso especial dos particulares conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido e recurso especial do Daer-RS parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do Daer-RS e conheceu parcialmente do recurso dos particulares e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 8 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 17.05.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recursos especiais interpostos contra acórdão do TJ-RS assim ementado:

Apelação cível. Ação ordinária. Administrativo. Código Brasileiro de Trânsito. Autuação por infração de trânsito.

1. Multas pagas. O pagamento realizado pelo proprietário ou condutor do veículo, sem qualquer reserva ou ressalva, traduz aceitação da penalidade e caracteriza a convalidação do vício apontado. Precedentes de julgamento de ambas as câmaras integrantes do 2º grupo cível desta corte.

2. A autuação em flagrante só produz efeitos para o proprietário do veículo se ele era o condutor na ocasião da suposta infração. Precedentes desta 4ª câmara cível nesse sentido.

Apelo dos autores desprovido. Apelo do daer parcialmente provido. (Fl. 371)

Inconformados, Tereza de Jesus Hoffmeister Lovatel e outros apontam, além de dissídio jurisprudencial, violação do art. 286, § 2º, do CTB, dos arts. 82, 115, 130 e 145 do Código Civil/1916 e dos arts. 104, I, II e III, 122 e 166 do Código Civil/2002, sustentando que o pagamento das multas não importa em convalidação dos atos tidos por nulos. Defendem, ainda, afronta aos arts. 280, VI, 281, parágrafo único, II e 282 do CTB, argumentando que os condutores notificados em flagrante têm direito ao prazo de 30 (trinta) dias para apresentação da defesa prévia. Por fim, alegam negativa de vigência aos arts. 20 e 21 do CPC, aduzindo que decaíram de parte mínima do pedido.

Por sua vez, o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul Daer-RS alega, além de divergência jurisprudencial, afronta ao art. 280, VI, da Lei n. 9.503/1997, afirmando que a assinatura no auto de infração dispensa a notificação da penalidade.

Após as contra-razões, subiram os autos, admitidos os especiais na origem.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Recurso dos particulares:

Preliminarmente, verifica-se que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor acerca da suposta afronta aos arts. 82, 115, 130 e 145 do Código Civil/1916 e aos arts. 104, I, II e III, 122 e 166 do Código Civil/2002, atraindo, assim, a incidência da Súmula n. 211-STJ.

Quanto à questão em torno da necessidade da observância do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa, depreende-se que o Tribunal de origem se posicionou da seguinte forma acerca do tema:

Relativamente ao AIT Série n. 272.812 está documentado nos autos que tal infração foi objeto de flagrante, com assinatura do infrator Ivandir Luis dos Santos (doc. fl. 144), restando atendido, portanto, o disposto no art. 280, inciso VI, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), o qual estabelece:

"Art. 280. Ocorrendo infração prevista na Legislação de Trânsito, lavrar-se-á auto de infração, da qual constará:

(...) Assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração."

Com o recebimento da notificação da autuação, abre-se ao autuado prazo para oferecimento de defesa, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, a qual, por força do disposto no art. 314 do CTB, está disciplinada no art. 2º da Resolução n. 568/1980 do Contran:

"Art. 2º Com o recebimento do auto de infração, o interessado poderá, no prazo de 30 (trinta dias), apresentar defesa prévia à autoridade de trânsito, antes da aplicação da penalidade".

Desse modo, restou assegurado ao autor Ivandir Luis dos Santos, o contraditório e a ampla defesa, garantias contempladas no art. 5º, inciso LV, da Lei Maior. (Fls. 379/380)

Deflui-se que a tese defendida pelos recorrentes, qual seja, de que o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa não foi obedecido, demanda reexame de provas, providência vedada em sede de especial, autorizando, portanto, a aplicação da Súmula n. 7-STJ.

Ultrapassados estes pontos, passo ao exame do mérito.

Constata-se que o Tribunal *a quo* concluiu que o pagamento da multa convalidaria o vício praticado. Contudo, entendo que tal entendimento não merece guarida, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Ademais, entendo que o raciocínio adotado pelo acórdão impugnado não subsiste à interpretação literal do art. 286 do CTB:

Art. 286. O recurso contra a imposição de multa poderá ser interposto no prazo legal, sem o recolhimento do seu valor.

§ 1º No caso de não provimento do recurso, aplicar-se-á o estabelecido no parágrafo único do art. 284.

§ 2º Se o infrator recolher o valor da multa e apresentar recurso, se julgada improcedente a penalidade, ser-lhe-á devolvida a importância paga,

> atualizada em Ufir ou por índice legal de correção dos débitos fiscais. (Grifo nosso)

Assim, o pagamento da multa não convalida o vício, já que o próprio Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997) prevê a devolução do valor caso julgada improcedente a penalidade. Nesse diapasão, leciona Arnaldo Rizzardo, em comentário ao art. 284 do citado diploma legal:

> Percebe-se que, para ensejar o pagamento imediato, ou até a data expressa na notificação, é concedido um abatimento no valor da multa, com a sua redução para oitenta por cento.
>
> Se e tanto optar o infrator, presume-se a renúncia ao recurso para a Jari? A resposta é negativa, eis que não se coloca tal condição. Simplesmente recolhe-se o valor, pelo montante reduzido, juntamente com o recurso, que deverá ser recebido. (*Comentários ao Código de Transito Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004. p. 741)

Com relação à possibilidade de convalidação do ato administrativo por ato do particular, Celso Antônio Bandeira de Mello se posiciona da seguinte forma:

> A convalidação pode provir de um ato do particular afetado. Ocorre quando a manifestação deste era um pressuposto legal para a expedição do ato administrativo anterior que fora editado com violação desta exigência. Serve de exemplo, trazido à colação por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o pedido de exoneração feito por um funcionário depois do ato administrativo que o exonera 'a pedido' e manifestado com o propósito de legitimá-lo." (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 13ª ed. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 420/421)

Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte também já se firmou no sentido de que o pagamento da multa não convalida o procedimento administrativo eivado de vício. Confira-se:

> Administrativo. Código Brasileiro de Trânsito. Aplicação de penalidade sem o devido processo legal. Existência de pagamento. Convalidação de nulidade. Impossibilidade.
>
> I - O pagamento da multa de infração de trânsito não implica na convalidação do vício verificado no procedimento administrativo, uma vez que a sua nulidade é insanável. Destarte, também devem ser anuladas as multas aplicadas cujos pagamentos já foram efetivados. Precedentes: REsp n. 662.834-RS, de minha relatoria, DJ 13.12.2004, REsp. n. 654.945-RS, Relator Ministro Castro Meira, DJ 04.10.2004 e REsp. n. 614.957-RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 28.06.2004. III - Recurso especial provido."

(REsp n. 733.337-RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 19.05.2005, DJ 1º.07.2005, p. 440)

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração. Existência de contradição. Auto de infração de trânsito. Aplicação de penalidades. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Anulação do procedimento administrativo. Não-convalidação. Restituição dos valores indevidamente pagos. Art. 286, § 2º, do CTB. Precedentes.

1. Cabíveis embargos de declaração ante a ocorrência de contradição.

2. O Código de Trânsito Brasileiro prevê mais de uma notificação ao infrator: uma quando da lavratura do auto de infração, ocasião em que é disponibilizado prazo para oferecimento de defesa prévia; e outra quando da aplicação da penalidade pela autoridade de trânsito.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica e iterativa no sentido de que é ilegal, como condição para o licenciamento, a exigência do pagamento de multa imposta sem prévia notificação do infrator para defender-se em processo administrativo. É garantido o direito de renovar licenciamento de veículo em débito de multas se não houve a prévia e regular notificação do infrator para exercitar seu direito de defesa. Precedentes.

4. O Superior Tribunal de Justiça vem uniformizando seu entendimento no sentido de que: "O pagamento da multa de infração de trânsito não determina a convalidação do vício verificado no procedimento administrativo, uma vez que a sua nulidade é insanável. Deve-se anular, também, as notificações de penalidades aplicadas cujos pagamentos já foram efetivados. Restituição dos valores pagos — aplicação do art. 286, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro." (REsp n. 662.834-RS, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 13.12.2004)

"O pagamento da multa imposta pela autoridade de trânsito não configura aceitação da penalidade, nem convalida eventual vício existente no ato administrativo, uma vez que o próprio Código de Trânsito Brasileiro exige o seu pagamento para a interposição de recurso administrativo (art. 288) e prevê a devolução do valor no caso de julgada improcedente a penalidade (art. 286, § 2º)." (REsp n. 654.945-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 04.10.2004)

"O pagamento de multa de infração de trânsito não exprime convalidação de vício, porquanto se julgada improcedente a penalidade imposta, ser-lhe-á devolvida a importância paga, atualizada em UFIR, ou por índice

legal de correção dos débitos fiscais, conforme o art. 286, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, *verbis*: 'se o infrator recolher o valor da multa e apresentar recurso, se julgada improcedente a penalidade, ser-lhe-á devolvida a importância paga, atualizada em Ufir ou por índice legal de correção dos débitos fiscais'". (REsp n. 614.957-RS, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 28.06.2004)

5. Não há se falar em convalidação do vício pelo pagamento da multa, pois o procedimento é ilegal e foi declarado nulo, nos termos do art. 286 do CTB. É inconcebível que o Fisco fique com o dinheiro pago indevidamente, por caracterizar o enriquecimento ilícito do ente público. Devida a restituição dos valores pagos, nos moldes do art. 286, § 2º, do CTB.

6. Embargos acolhidos para, imprimindo-lhes efeitos modificativos, dar provimento ao recurso especial dos autores. (EDcl no REsp n. 699.382-RS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.06.2005, DJ 1º.07.2005, p. 420)

Processual Civil. Recurso especial. Súmula n. 7-STJ. Ofensa a resolução. Não-inclusão dessa espécie de ato normativo no conceito de "lei federal" do art. 105, III, da CF. Administrativo. Multa por infração de trânsito. Pagamento. Não convalidação do ato viciado. Arts. 284 e 286 do CTB.

1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula n. 7 desta Corte.

2. Não pode ser conhecido recurso especial que indica ofensa a comando de resolução, por não estar esta espécie de ato normativo compreendida na expressão "lei federal", constante da alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

3. O cumprimento da penalidade imposta ao administrado (multa por infração de trânsito) não convalida, por si só, a eventual nulidade do procedimento administrativo do qual resultou a sua aplicação. Assim, o pagamento da multa não obsta o conhecimento do recurso administrativo, sendo dever da Administração ressarcir a quantia paga no caso de seu provimento. Com mais razão, não inibe o acesso à via jurisdicional para ver declarada a nulidade do procedimento.

4. Recurso especial do réu não-conhecido e recurso especial dos autores provido." (REsp n. 733.653-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 07.06.2005, DJ 27.06.2005, p. 291)

Multa de trânsito. Pagamento. Convalidação.

1. O pagamento da multa imposta pela autoridade de trânsito não configura aceitação da penalidade, nem convalida eventual vício existente no ato administrativo, uma vez que o próprio Código de Trânsito Brasileiro exige o seu pagamento para a interposição de recurso administrativo (art. 288) e prevê a devolução do valor no caso de julgada improcedente a penalidade (art. 286, § 2º).

2. Esta Corte fixou o entendimento de ser necessária a dupla notificação do infrator de trânsito: a primeira por ocasião da lavratura do auto de infração (art. 280, VI, e art. 281, parágrafo único, II, ambos do CTB), e a segunda no julgamento da regularidade do auto de infração e da imposição da penalidade (art. 282, *caput*, do CTB).

3. Recurso especial provido. (REsp n. 681.196-RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16.11.2004, DJ 14.03.2005, p. 313)

Recurso do Daer-RS:

Temos a seguinte tese trazida para apreciação: considera-se como primeira notificação, para fins de defesa prévia, a notificação em flagrante com a respectiva assinatura do condutor? Não sendo o condutor o proprietário do veículo, faz-se necessária uma primeira notificação, dando ciência da autuação ao proprietário?

O processo administrativo, visando aplicar sanção por infringência ao Código Brasileiro de Trânsito, obedece a um iter procedimental que respeita os princípios constitucionais exigidos para que possa o Estado, validamente, impingir a pena prevista em lei. Vale transcrever os artigos do Código de Trânsito Brasileiro que regem a matéria:

Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

I - tipificação da infração;

II - local, data e hora do cometimento da infração;

III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;

IV - o prontuário do condutor, sempre que possível;

V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente autuador ou equipamento que comprovar a infração;

VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

§ 1º (Vetado)

§ 2º A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo Contran.

§ 3º Não sendo possível a autuação em flagrante, o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração, informando os dados a respeito do veículo, além dos constantes nos incisos I, II e III, para o procedimento previsto no artigo seguinte.

§ 4º O agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência.

Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:

I - se considerado inconsistente ou irregular;

II - se, no prazo máximo de sessenta dias, não for expedida a notificação da autuação.

II - se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação.

Várias são as demandas que chegam ao Judiciário, buscando a declaração de nulidade do procedimento administrativo, bem como a devolução dos valores pagos, sob alegação de infringência ao princípio do devido processo legal e do contraditório.

Para analisá-las deve-se ter como ponto de partida o entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência de que o procedimento administrativo, cominando com a cobrança da penalidade decorrente da multa de trânsito, deve englobar duas notificações: uma primeira, referente à autuação, e a segunda, à aplicação da penalidade.

A notificação de autuação vem disciplinada nos arts. 280, VI, e 281, parágrafo único, II, do CTB. Da leitura de tais dispositivos, dirime-se duas das questões importantes: a indispensabilidade de uma notificação primeira de autuação e a validade, como tal, do auto de flagrante quando devidamente assinado pelo infrator.

A discussão em torno da necessidade ou não da notificação da primeira autuação decorre da falta de clareza da redação do art. 281 do CTB, a cuja leitura não tão atenta pode-se concluir que a penalidade será aplicada ato contínuo ao julgamento da consistência do auto de infração. Entretanto, a partir de uma interpretação sistemática, verifica-se que o atual Código de Trânsito não suprimiu a defesa prévia, tanto que o inciso II do parágrafo único do mesmo dispositivo legal prevê que será julgado insubsistente o auto de infração do qual não for expedida a notificação de autuação dentro de 30 dias.

A questão já se encontra sumulada nesta Corte (Súmula n. 312):

> No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte também já se pacificou quanto à validade da autuação *in facie* como primeira autuação, sendo ela inequívoca quando o proprietário for o infrator-condutor ou quando a infração for de responsabilidade exclusiva do condutor. Vejamos:

> Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Honorários. Sucumbência mínima. Revolvimento de matéria fática. Impossibilidade. Multa de trânsito. Notificação da autuação. Prazo decadencial. Pagamento. Convalidação. Impossibilidade. Auto de infração. Flagrante. Notificação tempestiva. Legitimidade da brigada militar para autuar e aplicar sanção.
>
> 1. Para determinar se, no caso, houve decaimento em parte mínima do pedido, necessária a aferição da sucumbência de cada litigante, o que implicaria reexame do contexto fático-probatório, vedado a teor do enunciado da Súmula n. 7-STJ.
>
> 2. Esta Corte fixou o entendimento de ser necessária a dupla notificação do infrator de trânsito: a primeira por ocasião da lavratura do auto de infração (art. 280, VI, CTB), e a segunda no julgamento da regularidade do auto de infração e da imposição da penalidade (art. 281, CTB).
>
> 3. Não expedida a notificação de autuação no tempo oportuno (art. 281, parágrafo único, II), o prazo não pode ser restabelecido pois já atingido pela decadência.
>
> 4. O pagamento da multa imposta pela autoridade de trânsito não configura aceitação da penalidade, nem convalida eventual vício existente no ato administrativo, uma vez que o próprio Código de Trânsito Brasileiro exige o seu pagamento para a interposição de recurso administrativo (art.

288) e prevê a devolução do valor no caso de julgada improcedente a penalidade (art. 286, § 2º).

5. Lavrado em flagrante o auto de infração, com a assinatura do condutor do veículo, considera-se realizada a primeira das notificações necessárias, abrindo-se a partir daí o prazo para o exercício da defesa prévia. Inteligência dos arts. 280, VI e 281, parágrafo único, II, do CTB.

6. Por força do art. 23 do CTB, a Brigada Militar detém legitimidade para aplicar penalidades em razão de cometimento de infração de trânsito.

7. Na hipótese, mesmo que se venha a proclamar que houve ofensa ao art. 2º, § 3º da LICC, não advirá para o recorrente o resultado pleiteado — validade das penalidades aplicadas por controlador eletrônico de velocidade —, razão pela qual infrutífera será qualquer incursão quanto mérito da violação suscitada, não merecendo conhecimento o recurso nesse ponto.

8. Recurso especial dos condutores conhecido em parte e provido também em parte. Recurso especial do Daer-RS conhecido em parte e improvido. (REsp n. 732.505-RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19.05.2005, DJ 1º.08.2005, p. 425)

Administrativo. Infração de trânsito. Penalidade. Autuação em flagrante. Assinatura do condutor-infrator. Posterior notificação do auto infracional ao proprietário do veículo. Desnecessidade. Ampla defesa oportunizada. Validade do procedimento administrativo. Higidez das multas aplicadas.

I - É entendimento assente desta Corte Superior o de que o atual Código de Trânsito Brasileiro vislumbra mais de uma notificação ao infrator: a primeira quando da lavratura do auto de infração, ocasião em que é aberto prazo de trinta dias para o oferecimento de defesa prévia; e a segunda quando da aplicação da penalidade pela autoridade de trânsito.

II - O art. 280, inciso VI, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997) dispõe que: "Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará: (...) VI: assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração." (Grifou-se)

III - Pode-se concluir, a final, que a inexistência de posterior notificação do proprietário do veículo acerca de auto de infração lavrado em flagrante, nos casos em que tenha sido o ato infracional cometido por terceiro-condutor, não constitui nulidade do procedimento administrativo, remanescendo válidas e hígidas as penalidades daí derivadas, desde que observado o prazo

de trinta dias imposto por Lei entre a notificação da infração e a notificação da multa imposta. Precedente: REsp n. 567.038-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 1º.07.2004.

IV - Ficam excluídas, por óbvio, aquelas hipóteses em que restar comprovada a ausência de responsabilidade do proprietário no ocorrido "por meio de ocorrência policial ou justificativa de motivo de força maior ou caso fortuito." (AgRg no Ag n. 535.623-RS, Relator Ministro José Delgado, DJ 08.03.2004)

V - Recurso especial provido. (REsp n. 731.749-RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 03.05.2005, DJ 06.06.2005 p. 230)

Agravo regimental. Recurso especial. Administrativo. Multa. Infração de trânsito. Notificação do condutor. Auto de infração. Flagrante. Alegada violação do art. 535, II, do CPC. Não-ocorrência. Inteligência dos arts. 280, 281 e 282 do CTB.

Firmou-se, em ambas as Turmas da Primeira Seção desta Corte Superior de Justiça, o entendimento segundo o qual são necessárias duas notificações do infrator para legitimar a imposição de penalidade de trânsito: a primeira, por ocasião da lavratura do auto de infração (art. 280, VI, do CTB), e a segunda, quando do julgamento da regularidade do auto de infração, e da imposição da penalidade (art. 281, *caput*, CTB).

No presente caso, os recorrentes pretendem ver declarada a nulidade dos autos de infração de trânsito em que foram autuados em flagrante, por cometerem infrações previstas nos arts. 230, V e IV, 232, 233, e 162 do Código de Trânsito Brasileiro. Precedente. (REsp n. 576.038-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 1º.07.2004)

Dessarte, no caso dos autos, de autuações lavradas em flagrante, tanto as notificações de autuação quanto as notificações de penalidade foram realizadas nos moldes fixados no Código de Trânsito Brasileiro.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 579.996-RS, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 16.12.2004, DJ 23.05.2005, p. 199)

Administrativo. Multa. Infração de trânsito. Ausência de prequestionamento. Notificação do condutor. Auto de infração. Flagrante. Notificação tempestiva. Inteligência dos arts. 281 e 282 do CTB.

1. Dispõe o art. 281, parágrafo único, II, do CTB que é de trinta dias o prazo para notificação da existência de autuação de trânsito. Tendo a autuação sido lavrada em flagrante, a assinatura do condutor nos autos de infração é considerada como notificação válida.

2. A notificação da autuação do proprietário do veículo é dispensada quando identificado o condutor e lavrado o auto em flagrante. Aplicada a penalidade, contudo, é indispensável sua notificação da imposição da multa, porquanto responsável pelo pagamento, a teor do que dispõe expressamente o art. 282, § 3º, do CTB.

3. Recurso especial provido. (REsp n. 567.038-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.06.2004, DJ 1º.07.2004, p. 184)

Entretanto, dar-se-á como notificado da autuação o proprietário do veículo quando este não era o condutor que assinou o auto de infração?

Vejamos o teor do art. 257 e seus §§§ 1º, 2º, 3º e 7º, do CTB:

Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.

§ 1º Aos proprietários e condutores de veículos serão impostas concomitantemente as penalidades de que trata este Código toda vez que houver responsabilidade solidária em infração dos preceitos que lhes couber observar, respondendo cada um de *per si* pela falta em comum que lhes for atribuída.

§ 2º Ao proprietário caberá sempre a responsabilidade pela infração referente à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito do veículo na via terrestre, conservação e inalterabilidade de suas características, componentes, agregados, habilitação legal e compatível de seus condutores, quando esta for exigida, e outras disposições que deva observar.

§ 3º Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo.

(...)

§ 7º Não sendo imediata a identificação do infrator, o proprietário do veículo terá quinze dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, ao fim do qual, não o fazendo, será considerado responsável pela infração.

Uniformizando o procedimento da lavratura do auto de infração e da expedição da Notificação, veio a Resolução n. 149/2003 do Contran a prever:

> Art. 2º Constatada infração pela autoridade de trânsito ou por seus agentes, ou ainda comprovada sua ocorrência por equipamento audiovisual, aparelho eletrônico ou por meio hábil regulamentado pelo Contran, será lavrado o Auto de Infração de Trânsito que deverá conter os dados mínimos definidos pelo art. 280 do CTB e em regulamentação específica.
>
> § 4º Sempre que possível o condutor será identificado no ato da autuação.
>
> § 5º O Auto de Infração valerá como notificação da autuação quando colhida a assinatura do condutor e:
>
> I - a infração for de responsabilidade do condutor;
>
> II - a infração for de responsabilidade do proprietário e este estiver conduzindo o veículo.
>
> Art. 3º À exceção do disposto no § 5º do artigo anterior, após a verificação da regularidade do Auto de Infração, a autoridade de trânsito expedirá, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data do cometimento da infração, a Notificação da Autuação dirigida ao proprietário do veículo, na qual deverão constar, no mínimo, os dados definidos no art. 280 do CTB e em regulamentação específica.
>
> § 1º Quando utilizada a remessa postal, a expedição se caracterizará pela entrega da Notificação da Autuação pelo órgão ou entidade de trânsito à empresa responsável por seu envio.
>
> § 2º Da Notificação da Autuação constará a data do término do prazo para a apresentação da Defesa da Autuação pelo proprietário do veículo ou pelo condutor infrator devidamente identificado, que não será inferior a 15 (quinze) dias, contados a partir da data da notificação da autuação.
>
> § 3º A notificação da autuação, nos termos do § 4º do artigo anterior, não exime o órgão ou entidade de trânsito da expedição de aviso informando ao proprietário do veículo os dados da autuação e do condutor identificado.

Conjugando-se o CTB e a Resolução, especificamente o art. 3º, § 3º, da norma infralegal, conclui-se que será obrigatória a notificação da autuação, ainda que colhida a assinatura do condutor em flagrante, quando a infração for de responsabilidade do proprietário que não estava na condução do veículo.

Superadas as questões em torno da primeira notificação, é importante ressaltar que, cometida a infração, é o infrator comunicado de que será aberto

contra ele processo administrativo, cabendo-lhe trazer, de imediato, os fatos extintivos ou impeditivos que possam desfazer a autuação. Trata-se da Defesa Prévia, como denominada na vigência da Resolução n. 568/1980, o que, com o advento da Resolução n. 149/2003, passou a chamar-se de Defesa da Autuação. Seu prazo para apresentação, que outrora era de 30 (trinta) dias, passou a ser de, no mínimo, 15 (quinze) dias, devendo ele, obrigatoriamente ser discriminado na notificação da autuação.

Após essa notificação, com ou sem a defesa, passa-se ao julgamento da autuação, com a proposta de sanção, tudo como previsto no art. 281 do CTB. Julgada a autuação com os elementos nela contidos e levando em conta a defesa prévia, se apresentada, pode haver o arquivamento ou a sua manutenção, hipótese em que será expedida uma segunda notificação, cientificando o infrator da aplicação da penalidade, para que, inclusive, possa ele recorrer no prazo de trinta dias.

Nesse sentido, temos o teor do *caput* do art. 282 do CTB, *verbis*:

> Art. 282. Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.

As notificações, seja para oferecimento da Defesa de Autuação, seja para apresentação de recurso, devem ser devidamente comprovadas com AR, sob pena de nulidade.

Observe-se que pode ocorrer uma autuação por sistema eletrônico de fiscalização, os famosos "pardais", hipótese em que não há o agente do Detran no ato para lavrar o flagrante. No entanto, aqui a autuação levará em conta os elementos constantes do auto eletrônico e só então é que se expede a notificação.

Para o STJ, a observância da seqüência do procedimento administrativo é indispensável à legitimidade da multa imposta, como se depreende do aresto a seguir transcrito:

> Administrativo. Infração de trânsito. Penalidade. Prévia notificação. Ampla defesa e contraditório. Aplicação analógica da Súmula n. 127-STJ. O Código de Trânsito impôs mais de uma notificação para consolidar a multa. Afirmação das garantias pétreas constitucionais no procedimento administrativo.
>
> 1. O sistema de imputação de sanção pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997) prevê duas notificações a saber: a primeira referente ao cometimento da infração e a segunda inerente à penalidade aplicada, desde que superada a fase da defesa quanto ao cometimento, em si, do

ilícito administrativo. Similitude com o processo judicial, por isso que ao imputado concede-se a garantia de defesa antes da imposição da sanção, sem prejuízo da possibilidade de revisão desta.

2. Nas infrações de trânsito, a análise da consistência do auto de infração à luz da defesa propiciada é premissa inafastável para a aplicação da penalidade e consectário da garantia da ampla defesa assegurada no inciso LV, do art. 5º da CF, como decorrência do *due process of law* do direito anglo-norte-americano, hoje constitucionalizado na nossa Carta Maior.

3. A garantia da plena defesa implica a observância do rito, as cientificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do iter procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis.

4. A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades *self executing* não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, que *in casu* se opera pelas notificações apontadas no CTB.

5. Sobressai inequívoco do CTB (art. 280, *caput*) que à lavratura do auto de infração segue-se a primeira notificação *in faciem* (art. 280, VI) ou, se detectada a falta à distância, mediante comunicação documental (art. 281, parágrafo único, do CTB), ambas propiciadoras da primeira defesa, cuja previsão resta encartada no art. 314, parágrafo único, do CTB em consonância com as Resoluções ns. 568/1980 e 829/1992 (art. 2º e 1º, respectivamente, do Contran).

6. Superada a fase acima e concluindo-se nesse estágio do procedimento pela imputação da sanção, nova notificação deve ser expedida para satisfação da contraprestação ao cometimento do ilícito administrativo ou oferecimento de recurso (art. 282, do CTB). Nessa última hipótese, a instância administrativa somente se encerra nos termos dos arts. 288 e 290, do CTB.

7. Revelando-se procedente a imputação da penalidade, após obedecido o devido processo legal, a autoridade administrativa recolherá, sob o pálio da legalidade a famigerada multa pretendida abocanhar açodadamente.

8. A sistemática ora entrevista coaduna-se com a jurisprudência do egrégio STJ e do egrégio STF as quais, malgrado admitam à administração anular os seus atos, impõe-lhe a obediência ao princípio do devido processo legal quando a atividade repercuta no patrimônio do administrado.

9. No mesmo sentido é a ratio essendi da Súmula n. 127-STJ que inibe condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento da multa, da qual o infrator não foi notificado.

10. Recurso especial desprovido. (REsp n. 426.084-RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19.11.2002, DJ 02.12.2002, p. 242)

Assim, deveria a autoridade de trânsito notificar o proprietário do veículo, se este não era o condutor no momento das infrações, sobre as autuações de sua responsabilidade, ainda que aplicadas em flagrante. Já para as infrações de responsabilidade do condutor, tem-se como primeira notificação o respectivo auto devidamente assinado.

Com essas considerações, conheço em parte do especial dos particulares e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento, aplicando o entendimento de que o pagamento da multa não convalida o vício e dou parcial provimento ao recurso especial do Daer-RS.

Em conseqüência, mantenho o acórdão recorrido no tocante aos honorários advocatícios.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 891.887-MG (2006/0220221-8)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Jacques Ernest Levy
Advogados: Madalene Salomão Ramos e outro
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Afonso Augusto Ribeiro Costa e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Súmula n. 284-STF. Imposto de renda. Complementação de aposentadoria. Isenção. Lei n. 7.713/1988. Vigência. Limite. Lei n. 9.250/1995.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." (Súmula n. 284-STF)

2. A Primeira Seção, ao fundamento de que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiário, afastou a tributação pelo IRPF até o limite do imposto recolhido sobre as contribuições por ele custeadas no período em que vigorou a Lei n. 7.713/1988. EREsp n. 621.348-DF, Relator Ministro Teori Zavascki, DJU 11.09.2006.

3. Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 13.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional e interposto contra acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região segundo o qual os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria pagos por entidade de previdência privada estão sujeitos à incidência de Imposto de Renda.

Os embargos de declaração a seguir opostos foram rejeitados.

Nas razões do especial, o recorrente alega que o aresto impugnado contrariou os arts. 128 e 515 do Código de Processo Civil. Aponta dissídio jurisprudencial no que diz respeito à "restituição do Imposto de Renda pago indevidamente sobre a complementação de aposentadoria". Ao final, pugna pelo provimento do apelo para que seja declarada "a inexistência da relação jurídico-tributária que o obrigue a sofrer o desconto do Imposto de Renda na parte do benefício que recebe da Forluz, durante a vigência da Lei n. 7.713/1988". Pleiteia a concessão da assistência judiciária gratuita.

Contra-razões às fls. 213/218.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): O pedido de assistência judiciária gratuita já foi deferido pelo Tribunal de origem, conforme se constata à fl. 221.

Por outro lado, nota-se que o recorrente não demonstrou em que consistiria a apontada violação dos arts. 128 e 515 do CPC, o que atrai o óbice da Súmula n. 284-STF, do seguinte teor:

> "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

No mais, discute-se a incidência do Imposto de Renda sobre parcelas recebidas de entidade de previdência privada, pelos beneficiários, a título de complementação de aposentadoria.

Nos moldes da Lei n. 7.713, de 22.11.1988, como havia a incidência do Imposto de Renda antes do desconto, o valor das contribuições dos participantes destinadas à previdência privada já era tributado na origem, de modo que, quando resgatadas ou recebido o benefício da complementação de aposentadoria, não era devido o imposto. Porém, com a modificação introduzida pela Lei n. 9.250/1995, permitiu-se ao contribuinte deduzir da base de cálculo do Imposto de Renda o valor das contribuições recolhidas à previdência privada. Conseqüentemente, não é possível, relativamente ao valor das contribuições recolhidas após 1º.01.1996, no momento do resgate, deixar de incidir o tributo.

Ambas as Turmas de Direito Público haviam assentado a tese segundo a qual, nas aposentadorias ocorridas após a vigência do novo diploma legal, deveria ser mantida a isenção quanto ao montante vertido pelo beneficiado para os cofres da entidade de previdência privada, em face do reconhecimento de que tal montante já sofrera anteriormente a tributação na fonte.

Essa interpretação vinha sendo acolhida, ainda que muito questionada pela Fazenda Nacional. No entanto, a Ministra Eliana Calmon, em cuidadoso voto, estabelecendo a precisa distinção entre os institutos do resgate, rateio e da complementação de aposentadoria, demonstrou que esta última não poderia estar eximida da tributação, à míngua de supedâneo legal. Adotei esse entendimento, como também o fez o saudoso Ministro Franciulli Netto, com o dissenso dos Ministros Francisco Peçanha Martins e João Otávio de Noronha.

Posteriormente, a matéria foi objeto de exame pela Primeira Seção, que, por expressiva maioria, confirmou a orientação anterior, nos EREsp n. 621.348-DF, Relator Ministro Teori Zavascki, DJU 11.09.2006, estando a ementa assim redigida:

> "Tributário. IRPF. Complementação de aposentadoria. Leis ns. 7.713/1988 (art. 6º, VII, **b**) e 9.250/1995 (art. 33) e MP n. 1.943/1996 (art. 8º). Incidência sobre o benefício. *Bis in idem* exclusão de montante equivalente às contribuições efetuadas sob a égide da Lei n. 7.713/1988.
>
> 1. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, **b**, da Lei n. 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/1995. Em contrapartida, as contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo do referido tributo, sendo, portanto, tributadas.
>
> 2. Com a edição da Lei n. 9.250/1995, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou o resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação as contribuições efetuadas pelos segurados.
>
> 3. A Medida Provisória n. 1.943-52, de 21.05.1996 (reeditada sob o n. 2.159- 70), determinou a exclusão da base de cálculo do Imposto de Renda do "valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995" (art. 8º), evitando, desta forma, o *bis in idem*.
>
> 4. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiado, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei n. 7.713/1988.
>
> 5. Questão pacificada no julgamento pela Primeira Seção dos EREsp n. 380.011-RS, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005.
>
> 6. Embargos de divergência a que se dá provimento".

Extrai-se do voto condutor a seguinte passagem:

"Sendo indefinido no tempo o valor futuro do benefício que será pago, é, conseqüentemente, insuscetível de definição a proporção que em relação a ele representam as contribuições recolhidas no passado, antes referidas. É inviável, assim, identificar, em cada parcela do benefício recebido, os valores correspondentes à contribuição do segurado e aos aportes da entidade patrocinadora.

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

3. Por fim, não há como se alegar que não teria sido cumprido um requisito essencial para a isenção do Imposto de Renda na complementação de aposentadoria, qual seja, o desligamento do plano de benefícios. Os demandantes almejam, na verdade, a inexigibilidade da tributação nos proventos, pois já se encontram aposentados, sendo totalmente despiciendo falar em desligamento do plano de previdência privada. Enfatize-se que a orientação contida no art. 8º da Medida Provisória n. 1.943-52 está sendo aplicada analogicamente no caso, nos termos acima expostos".

Reiterou-se, portanto, o posicionamento anterior, agora sob novo enfoque, concluindo-se não ser devida a incidência do Imposto de Renda sobre os benefícios de previdência privada auferidos pelos participantes, mesmo após a vigência da Lei n. 9.250/1995, em janeiro de 1996, até o limite do que fora recolhido por ele a esse título, sob o pálio da Lei n. 7.713/1988, valor esse que deverá ser atualizado monetariamente.

Embora o recorrente tenham formulado pedido restrito às contribuições por ele recolhidas na vigência da Lei n. 7.713/1988, verifica-se que o pleito deduzido na inicial mostrou-se mais amplo, qual seja, a "Exclusão do IRPF dos valores pagos mensalmente pela Forluz como aposentadoria complementada da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Física", sem qualquer restrição temporal. Por conseguinte, apesar do provimento que será dado ao recurso especial, constata-se a ocorrência de sucumbência recíproca.

As custas processuais e os honorários advocatícios — estes, no percentual fixado pelas instâncias ordinárias — devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados na forma apurada na fase de execução (art. 21, *caput*, do CPC). Ressalvo que, por ser o autor beneficiário da Justiça gratuita, a verba honorária e as custas processuais só poderão ser cobradas se for feita a prova de que ele perdeu a condição de necessitado. (cf. REsp n. 43.588-RJ, Relator Ministro Torreão Braz, DJU 05.12.1994)

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e dou-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 896.502-SC (2006/0224429-8)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Maersk Brasil (Brasmar) Ltda
Advogada: Fatima Aparecida de Souza Rezende
Recorrido: Município de Itajaí
Advogados: Mauro Antônio Prezotto e outros

EMENTA

Processual Civil. Ação declaratória. Repetição de indébito. ISS. Julgamento *ultra petita*. Inexistência.

1. A sentença que se limita a examinar os pedidos expressamente deduzidos na petição inicial não incorre em julgamento *ultra petita*.

2. 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 Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 02.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial fundado no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal e interposto contra o acórdão proferido em apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

> "Tributário. ISS. Agenciamento marítimo. Inexigibilidade até a LC n. 116/2003. Obediência ao princípio da anterioridade. Repetição dos valores. Ausência de prova do efetivo pagamento. Improcedência do pedido.
>
> 1. As atividades exercidas pelas empresas que desempenham as funções de agenciamento marítimo não estavam incluídas no item 50 da Lista de Serviços a que se referem o Decreto-Lei n. 406/1968 e a Lei Complementar n. 56/1987, e, portanto, sobre elas não incidia o Imposto Sobre Serviços (REsp n. 271.676-RS, Ministro Francisco Peçanha Martins).
>
> A tributação em questão passou a ser possível somente após a entrada em vigor da Lei Complementar n. 116/2003 — Item 10.06 —, respeitado, porém, o princípio da anterioridade, pois é vedado à União, Estados ou Municípios exigir a cobrança de tributo no mesmo exercício em que foi publicada a lei que o instituiu ou aumentou. (CF, art. 150, III, **b**)
>
> 2. 'Na ação de repetição de indébito incumbe ao autor provar o pagamento indevido, sob pena de ver seu pedido julgado improcedente' (AC n. 1998.009823-8, Desembargador Nilton Macedo Machado)." (Fl. 142)

A recorrente insurge-se apontando, além de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 460 do Código de Processo Civil. Segundo entende, a Corte de origem teria realizado julgamento ultra petita, pois a demanda seria apenas de cunho declaratório não havendo pedido de repetição de indébito. Argumenta:

> "Note-se que jamais se disse quando se pediu o acatamento da ação que se quer, de imediato, e no mesmo feito, a repetição do indébito. Apenas no final do último parágrafo se afirma, a guisa de mera ilustração — ou justificativa final — que se requererá, por via de conseqüência (evidentemente à prolação da sentença requerida) e posteriormente a devolução de impostos pagos. Caso não fosse assim ter-se-ia dito que 'requerendo, no mesmo feito (...)' ou 'requerendo-se desde logo (...)' ou 'requerendo-se ainda aqui (...)'. Enfim, jamais se teria usado os advérbios de modo conseqüentemente e posteriormente. Pois tais advérbios induzem, demonstram a execução futura de atividade." (Fl. 157)

Também houve interposição de recurso extraordinário. (Fls. 180/191)

Inadmitidos ambos os apelos (fls. 230/243), subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Inicialmente, observo que não foram devidamente cumpridas as formalidades exigidas pelo art. 541, parágrafo único, do Código de Ritos e 255 do RISTJ, no tocante à comprovação do dissídio jurisprudencial, o que obsta o conhecimento do apelo raro pela alínea **c**, do art. 105, III, da Constituição Federal.

Quanto à alínea **a** do permissivo constitucional, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a examiná-lo.

Inexiste a alegada violação ao art. 460 do Código de Ritos. Houve requerimento expresso objetivando a devolução dos valores pagos a título de ISS no período em que a cobrança foi considerada indevida. O pedido foi deduzido nos seguintes termos:

> "Uma vez justificada a apresentação deste feito, requer a Suplicante seja o Réu citado por seu representante legal na forma da lei, para, se quiser, responder aos termos da presente ação que deverá afinal ser julgada inteiramente procedente, para, em se declarando o direito constitucional expresso da Requerente — já pré questionado para todos os efeitos legais — se decida, finalmente, que não estava, até a edição da legislação específica baseada na LC n. 116, a Autora sujeita a qualquer pagamento de ISS por prestação de serviços de agenciamento marítimo realizados no âmbito do município de Itajaí. Requerendo-se, conseqüente e posteriormente a devolução de impostos pagos a esse título. Dá-se a presente o valor de R$ 1.000,00. (...)." (Fl. 21, grifei)

Não bastasse isso, a análise sistemática da narrativa expendida na petição inicial, juntamente com o pedido ao final realizado, leva à certeza de que, efetivamente, a Corte *a quo* não incorreu em julgamento *ultra petita*. Cumpre transcrever os trechos da exordial que corroboram tal assertiva:

> "O escopo deste feito, portanto, tendo em vista o disposto na lei anterior, corroborando pelo entendimento da jurisprudência — bem como a evidência da lei atual, é, em considerando-se todo o aqui referido, declarar-se o direito certo da Autora com relação ao recolhimento indevido do ISS no período anterior à legislação municipal que há de regulamentar a LC n. 116 — podendo, portanto, reaver o que indevidamente pagou ao Município a título de ISS por suas atividades de agenciamento marítimo, bem como, e

por conseqüência, evitar e/ou sustar demandas com a fiscalização municipal com relação ao período de cobrança anterior à legislação municipal com base na Lei Complementar n. 116." (Fl. 5, grifei)

"Só, pois, a estrita adequação da lei ao fato que se quer imponível pode gerar a exigibilidade do fisco. *Assim, está a Autora em condições de exigir a devolução do que pagou contrariando a doutrina como se vê acima.*" (Fl. 13, grifei)

Como visto, embora a recorrente considere evidente o fato de que a ação seria apenas declaratória, claro está que também houve solicitação de provimento jurisdicional no tocante à devolução do ISS pago indevidamente.

Não medra, assim, o argumento de que a intenção da autora ao utilizar a expressão "requerendo-se, conseqüente e posteriormente a devolução de impostos pagos a esse título", teria, apenas, o alcance de uma "justificativa final".

Caso o Tribunal não houvesse apreciado o requerimento explicitamente realizado haveria julgamento *citra petita*. A análise do que foi solicitado não acarreta julgamento *ultra petita*.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 896.580-DF (2006/0211859-5)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Onias Guimarães Tolentino
Advogados: José Carlos Ceolin Júnior e outros
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Repr. por: Procuradoria-Geral Federal

EMENTA

Tributário. Execução fiscal. Responsabilidade do sócio-gerente. Inadimplemento da obrigação de pagar tributos. Inadmissibilidade.

1. O mero inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

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 Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília, 12 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 1º.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional e interposto contra acórdão prolatado em apelação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

> "Tributário. Processo Civil. Execução fiscal. Sócio-gerente. Legitimidade passiva *ad causam*. CDA. Presunção de liquidez e certeza da dívida ativa não ilididas. CDA com descrição precisa dos fundamentos dos encargos de atualização da dívida. Cerceamento de defesa inexistente. Unidade Fiscal de Referência (Ufir). Correção monetária. Multa moratória. Matéria não questionada na petição inicial. Apreciação defesa na apelação. Juros de mora. Legitimidade.
>
> 1. Para fins de responsabilidade tributária do sócio-gerente (CTN, art. 135, III), a mera falta de recolhimento do tributo devido configura infração à lei, não havendo de se cogitar em atuação com culpa ou dolo.
>
> 2. O art. 135, III do Código Tributário Nacional dispõe que são pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários, resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, 'os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado'.
>
> 3. A dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez, somente ilidível por robusta prova em contrário, a cargo do sujeito passivo da obrigação (CTN, art. 204; LEF, art. 3º). Restaram atendidos, na espécie, todos os requisitos formais necessários para a validade da CDA (LEF, art. 2º, §§ 5º e 6º) e o embargante não infirmou materialmente a infração.

4. Cabe ao embargante desconstituir a presunção de liquidez demonstrando que os encargos são legalmente inexigíveis, ou comprovando que apurados em percentuais acima dos comportados.

5. É legítima a aplicação da Ufir a título de correção monetária a partir de janeiro de 1992 (Lei n. 8.383/1991). Precedentes desta Corte, do STJ e do STF.

6. Não tendo a multa sido questionada na petição inicial, não pode a matéria ser agitada na apelação (CPC arts. 128, 282, 460 e 515). Precedentes.

7. Apelação não conhecida em parte e quanto ao mais não provida." (Fl. 128)

O recorrente sustenta ter havido violação do disposto no art. 135, III, do Código Tributário Nacional-CTN, porquanto a falta de pagamento do crédito tributário pela sociedade não se equipararia à prática de ato ilícito para fins de responsabilização do sócio. Suscita dissídio jurisprudencial.

Não foram ofertadas contra-razões. (Fl. 191)

Na origem, o recurso especial recebeu juízo negativo de admissibilidade. Irresignado, o recorrente interpôs agravo de instrumento, que restou provido, determinando-se a subida dos autos para melhor análise da matéria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Discute-se a responsabilização do sócio pelas dívidas tributárias da empresa.

Prequestionada a norma tida por violada, bem como cumpridas as formalidades concernentes à comprovação da divergência, conheço do recurso especial.

É entendimento já pacificado nesta Corte que o mero inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

Os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias quando há dissolução irregular da sociedade ou comprovação da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.

Nesse sentido, os seguinte precedentes:

"Agravo regimental. Agravo de instrumento. Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento. Inviabilidade. Responsabilidade do sócio-gerente. Art. 135, III, do CTN.

1. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas também à configuração das demais condutas nele descritas: práticas de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Precedentes.

2. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag n. 769.758-ES, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJU 16.10.2006)

"Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Arts. 544 e 545 do CPC. Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento para o sócio-gerente. Art. 135 do CTN.

1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

2. Precedentes da Corte: EREsp n. 174.532-PR, Relator Ministro José Delgado, DJ 20.08.2001; REsp n. 513.555-PR, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 06.10.2003; AgRg no Ag n. 613.619-MG, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 20.06.2005; REsp n. 228.030-PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 13.06.2005.

(...)

5. Agravo Regimental desprovido." (AgRg no Ag n. 729.695-ES, Ministro Luiz Fux, DJU 28.09.2006)

Ainda sobre o tema: REsp n. 839.684-SE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJU 30.08.2006 e AgRg no REsp n. 834.404-RS, Relator Ministro José Delgado, DJU 31.08.2006.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial.*

É como voto.

Jurisprudência da Segunda Seção

RECURSO ESPECIAL N. 447.431-MG (2002/0085231-8)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Benjamin Cruz Neves
Advogados: Vilmar Anastácio Corrêa e outros
Recorrido: Banco Bandeirantes S/A
Advogados: Ivan Junqueira Ribeiro, Arnoldo Wald e outros
Sustentação oral: Marcus Vinícius Vita Ferreira

EMENTA

Civil. Responsabilidade civil. Valores desviados pela instituição financeira da conta corrente do depositante. Os danos a serem indenizados pela instituição financeira são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista (a respectiva quantia nominal e os juros remuneratórios de um por cento ao mês) e as despesas (juros e tarifas) que em função do correspondente saldo negativo o depositante teve de suportar, mais (+) a correção monetária e os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do Código Civil anterior e os juros moratórios a partir da vigência do atual Código Civil na forma do respectivo art. 406. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, por maioria, conhecer do Recurso Especial e lhe dar parcial provimento, vencida, em parte, a Srª. Ministra Nancy Andrighi, que, em maior extensão, lhe deu provimento. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Castro Filho, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda, Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, nesta assentada, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 28 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJ 16.08.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos de ação ordinária proposta por Benjamin Cruz Neves (fls. 2/5 1º vol.) o Meritíssimo juiz de direito condenou o Banco Bandeirantes S/A a devolver "a quantia de 26.203,33 (fls. 200/201) atualizada desde a época da cobrança até o efetivo pagamento, pelos mesmos índices praticados pelo réu, acrescendo-se à condenação juros de mora 0,5% a partir da citação." (Fl. 349, 2º vol.)

O Tribunal *a quo*, Relator Juiz Alvim Soares, reformou em parte a sentença nos termos do acórdão assim ementado:

"Cobrança. Lançamentos indevidos. O direito quanto ao recebimento em devolução de parcelas indevidamente cobradas pela instituição financeira é dependente de pronunciamento judicial; portanto, cuida-se de obrigação ilíquida, devendo incidir sobre as diferenças apuradas a correção monetária a partir do ajuizamento da ação e juros de mora a contar da citação. (Lei n. 6.899/1981)." (Fl. 456, 3º vol.)

Lê-se no voto condutor:

"Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto para reformar o ato sentencial guerreado, determinando que o Banco apelante devolva ao autor a importância de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos), corrigida pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescidos dos juros legais, 0,5% a contar da citação." (Fl. 460, 3º vol.)

As partes opuseram embargos de declaração (fls. 463/470 e 481/485, 3º vol.) ambos rejeitados em julgamento conjunto. (Fls. 487/489, 3º vol.)

Benjamin Cruz Neves interpôs recurso especial, com base no art. 105, inciso III, letras **a** e **c** da Constituição Federal, por violação dos arts. 300 e 302 do Código de Processo Civil, bem assim do art. 1059 do Código Civil. (Fls. 492/496, 4º vol.)

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. Os fatos reconhecidos pelo Tribunal *a quo* são os seguintes:

"(...) extrai-se do laudo pericial que em resposta ao Quesito n. 4 (p. 172), afirmou o perito ter constatado débitos não explicados na conta do correntista: com tal resposta concordou o perito assistente (p. 274); no laudo complementar (p. 296/297), informou que o total dos lançamentos indevidos sob as siglas:

"juros deb", "diversos" e "tarifas" atingiu o montante de R$ 851,38; logo inequivocamente, por não explicados, não há como negar os lançamentos indevidos; de fato, comprovou o perito que o autor mantinha saldo devedor em sua conta corrente e sofria, em conseqüência, os débitos de juros e tarifas correspondentes, porém, não encontrou autorização expressa para tais lançamentos, senão consubstanciados implicitamente no contrato de cheque especial, confissões de dívida, etc.; embora, ainda recalcitrante, o banco-recorrente aceita o valor encontrado, resumindo seu inconformismo quanto à forma utilizada para correção." (Fl. 459, 3º vol.)

Reformando a sentença, que determinara "a restituição dos valores indevidamente apropriados pela instituição financeira utilizando-se os mesmos índices por ela utilizados, evitando-se, assim, a possibilidade de enriquecimento sem causa" (fl. 349, 2º vol.), o acórdão recorrido condenou o banco a devolver "ao autor a importância de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos) corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescida dos juros legais, 0,5% a contar da citação." (Fl. 460, 3º vol.)

As razões do recurso especial pedem, com base no art. 1.059, do Código Civil ("as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar"), que "os valores indevidamente debitados na conta do Recorrente (...) sejam corrigidos pela mesma taxa praticada pelo Recorrido." (Fl. 496, 4º vol.)

2. Há precedente da Terceira Turma, no REsp n. 453.464-MG, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado por maioria de votos, confortando essa pretensão, tal qual se depreende da respectiva ementa:

"Processual Civil e Comercial. Recurso Especial. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial). Cobrança de valores indevidos pela instituição financeira. Restituição ao correntista. Remuneração do indébito. Taxa idêntica à exigida pela instituição financeira em situações regulares. Possibilidade.

É direito do titular de contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial) obter a restituição de valores indevidamente cobrados pela instituição financeira.

O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório).

Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês.

A solução adotada não fere a Lei de Usura, porquanto o correntista não concedeu crédito à instituição financeira, mas apenas busca restituir o que lhe foi cobrado indevidamente.

A remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira.

Recurso especial não conhecido." (DJ 19.12.2003)

Data venia, sem razão.

Primeiro, porque só as instituições financeiras estão autorizadas a cobrar juros remuneratórios excedentes de 1% (um por cento) ao mês. Conseqüentemente, se dispusesse dos valores indevidamente descontados, o correntista não teria auferido as taxas cobradas pelo banco.

Segundo, porque as taxas cobradas em função da utilização do crédito ("cheque especial") não correspondem aos lucros da instituição financeira. Não se pode confundir faturamento com lucro líquido. Como todo negócio empresarial, as instituições financeiras têm despesas operacionais (aluguéis, salários, equipamentos, propaganda, impostos, etc.), mais os riscos próprios do negócio ("inadimplência dos mutuários"). Só depois de deduzidos esses custos, pode-se falar em lucro propriamente tal.

Terceiro, porque no Brasil a indenização de perdas e danos não tem função punitiva. Mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, esse instituto supõe uma carga de dolo (Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro, Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler, Revista do CEJ n. 28, p. 15/32), inexistente na espécie, na qual o perito esclareceu que os descontos estavam previstos "implicitamente no contrato de cheque especial." (Fl. 459, 3º vol.)

Portanto, os danos a serem indenizados são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista para a instituição financeira (a respectiva quantia nominal e os juros remuneratórios de um por cento ao mês) e as despesas (juros e tarifas) que em função do correspondente saldo negativo o correntista teve de suportar ("o autor mantinha saldo devedor em sua conta corrente e sofria, em conseqüência, os débitos de juros e tarifas." (Fl. 459, 3º vol.)

A esses valores devem ser acrescidos na vigência do Código Civil anterior a correção monetária e os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês; a partir da vigência do atual Código Civil, os juros na forma do respectivo art. 406.

Justifica-se o regime diferenciado dos juros de mora e da correção monetária: os juros de mora na forma do art. 406 do Código Civil correspondem à Taxa Selic, que já embute a correção monetária. Hoje, ela é de 14,75% ao ano (a menor taxa básica de juros no país nestes últimos vinte anos), enquanto a inflação anual projetada é menor do que 5% ao ano, evidenciando um ganho para o credor no regime do art. 406 do Código Civil. Compare-se: antes do Código Civil (juros de 0,5% ao mês + correção monetária = a aproximadamente 11%); depois do Código Civil (Taxa Selic = 14,75%).

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe parcial provimento para condenar o Banco Bandeirantes S/A a pagar I - a Benjamin Cruz Neves a quantia de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos) e juros remuneratórios de 1% ao mês, mais: a) até a vigência do atual Código Civil: a correção monetária pelo INPC, e os juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação; b) depois da vigência do atual Código Civil: os juros de mora na forma do respectivo art. 106, sem correção monetária; II - aos procuradores de Benjamin Cruz Neves, honorários de advogado arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação. As partes responderão pelas custas à razão de metade para cada qual.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O recorrente propôs contra o banco recorrido ação ordinária de cobrança, alegando que mantém junto a este conta-corrente desde 1994 e que, examinando extratos bancários fornecidos pelo Banco Central do Brasil, verificou uma infinidade de débitos lançados sem respaldo fático-legal. Postulou, assim, a condenação do banco na devolução de todos os valores cobrados indevidamente do autor, corrigidos pelos mesmos índices praticados pelo réu.

A ação foi julgada procedente em 1º grau, condenando "o réu a devolver ao autor a quantia de R$ 26.203,33 (fls. 200/201), atualizada desde a época da cobrança até o efetivo pagamento, pelos mesmos índices praticados pelo réu, acrescendo-se à condenação juros de mora de 0,5%, a partir da citação" (fl. 349). O Juiz de Direito deixou de conhecer dos embargos declaratórios por inexistir qualquer omissão ou obscuridade na sentença. (Fl. 376)

A Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais rejeitou a preliminar de preclusão trazida nas contra-razões do autor. Entendeu a Corte local que o tema relativo aos índices de correção monetária dos valores devidos, apesar de não impugnados na contestação, constitui matéria de direito, não ficando preclusa. Além disso, o tema teria sido amplamente debatido na instrução. A apelação do réu foi provida em parte para, reformada a sentença, determinar "que o banco-apelante devolva ao autor a importância de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos) corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescida dos juros legais, 0,5% a contar da citação" (fl. 460). Consta do acórdão que o montante lançado indevidamente atingiu R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos); que a taxa de juros restou fixada pelo Conselho Monetário Nacional, descabendo devolução; que a repetição de indébito não tem passagem porque "o autor não pagou o saldo devedor e, conseqüentemente, não despendeu de tais importâncias" (fl. 459); que sobre as diferenças constatadas "devem incidir os índices de correção previstos na Tabela da Corregedoria Geral de Justiça, vez que nenhum vínculo têm com o contrato de financiamento, sendo vedada a utilização das taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras" (fl. 460); e que a capitalização mensal é proibida, sendo admissível em alguns títulos específicos que não se confundem com a hipótese destes autos. A apelação adesiva do autor foi desprovida, tendo em vista que o percentual fixado a título de honorários advocatícios está de acordo com o art. 20 do Código de Processo Civil, não tendo o autor obtido êxito total na demanda.

O Tribunal de origem rejeitou os embargos de declaração opostos pelo autor e pelo réu porque ausente omissão, contradição ou obscuridade.

O autor interpôs, então, recurso especial com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. Apontou contrariedade ao art. 1.059 do Código Civil, porque a forma determinada para a devolução não satisfaz o que efetivamente perdeu e, muito menos, o que deixou de lucrar. Argumenta que "o Recorrido utilizou-se do dinheiro do Recorrente e anos após, devolverá esta importância ilicitamente recolhida com correção a partir da citação, além de não pagar o que ele razoavelmente deixou de lucrar" (fl. 494). Sustenta, ainda, dissídio jurisprudencial e contrariedade aos arts. 300 e 302 do Código de Processo Civil, porque toda a "matéria de defesa deve ser alegada na contestação, sob pena de preclusão e serem aceitos como verdadeiros os fatos articulados na inicial" (fl. 494), devendo ser reconhecida "a preclusão da questão relativa à forma de correção dos valores indevidamente debitados na conta do Recorrente determinando, via de conseqüência, que tais valores sejam corrigidos pela mesma taxa praticada pelo Recorrido, conforme demonstrado na perícia oficial." (Fl. 496)

O especial foi admitido (fls. 580/581), sendo rejeitados, ainda, os respectivos declaratórios. (Fls. 617/618)

A Terceira Turma, em 28.06.2006, afetou o julgamento do recurso especial para a Segunda Seção considerando a divergência existente entre a Terceira Turma e a Quarta Turma.

O Ministro Ari Pargendler, Relator, conheceu do recurso e lhe deu provimento para condenar o réu a pagar ao autor a importância de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos), com juros remuneratórios de 1% ao mês, acrescida também: a) até a vigência do atual Código Civil, de correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês desde a citação; b) a partir do novo Código Civil, deverão incidir juros de mora na forma do art. 406, sem correção monetária, já que, conforme anotado nos debates iniciados em sessão, a Taxa Selic, que hoje é aplicada pela Fazenda Nacional, já embute atualização monetária. Fixou os honorários advocatícios em favor dos advogados do autor em 20% sobre o valor da condenação e determinou a repartição das custas à razão de metade para cada uma das partes.

Segundo o eminente Relator, só as instituições financeiras podem cobrar juros remuneratórios acima de 1% ao mês; as taxas cobradas pelas instituições em função da utilização do crédito não correspondem aos lucros; a indenização de perdas e danos, no Brasil, não tem função punitiva; na hipótese presente, os danos a serem indenizados são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista para a instituição financeira e as despesas decorrentes de saldo negativo que o correntista teve que suportar, acrescidos de juros de mora e de correção monetária na forma da lei.

Inicialmente, a alegada violação dos arts. 300 e 302 do Código de Processo Civil não existiu. De fato, consta da petição inicial que a importância a ser devolvida deverá ser corrigida "pelos mesmos índices praticados pelo Réu" (fl. 4). Entretanto, como bem anotado pelo Tribunal de origem, o tema relativo aos índices de correção dos valores devidos constitui matéria de direito, não de fato, ausente qualquer preclusão. Assim, ainda que não tenha sido tratado expressamente na contestação, não enseja necessariamente a preclusão ou a procedência do pedido nesta parte, devendo o Juiz aplicar a lei à espécie considerando tratar-se da correção monetária a incidir sobre a devolução, podendo o Tribunal aplicar aquele que entender cabível. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos não contestados, não ao direito pleiteado pelo autor. Desse modo já decidiu a Corte em outras ocasiões:

> "Ação monitória. Citação por edital. Embargos intempestivos. Juros. Capitalização. TR. Precedentes da Corte.

1. Os efeitos da revelia, ainda que se considere presente a intempestividade dos embargos, porque citado por edital e nomeado curador especial o réu ingressou nos autos a destempo com advogado próprio, não conduzem necessariamente à procedência do pedido, ainda mais sendo a matéria de direito, como no caso.

2. A questão dos juros posta no patamar da Constituição Federal escapa ao controle desta Corte.

3. A capitalização em contratos da espécie somente é possível anualmente.

4. A TR, devidamente pactuada, serve como índice de correção monetária.

5. Recurso especial conhecido e provido, em parte." (REsp n. 433.934-MS, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ 30.06.2003)

"Recurso especial. Processo Civil. Ação rescisória. Violação literal de lei. Erro de fato. Exame de atos e documentos da causa. Possibilidade em razão da questão.

Os efeitos da revelia não atingem às questões de direito, nem conduzem à inexorável procedência do pedido.

Cabe Ação Rescisória, por erro de fato, se presumível que estivesse atento à prova, o Juiz teria julgado em sentido contrário.

O Recurso Especial assentado em violação ao art. 485, IX, do CPC trata de questão de direito que implica e se confunde com questão de fato. O reconhecimento de ofensa ao dispositivo de Lei (ocorrência, ou não, de erro de fato) passa pela análise de atos ou de documentos da causa. (CPC; art. 485, IX)." (REsp n. 733.742-MG, Terceira Turma, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 12.12.2005)

"Processual Civil. Recurso especial. Arts. 302, III, 315 e 319 do CPC. Reconvenção. Ausência de contestação. Peculiaridades da espécie.

Diante das peculiaridades da espécie, não se reconhece violação das normas insertas nos arts. 302, III, 315 e 319 do CPC.

Recurso especial não conhecido." (REsp n. 735.001-RJ, Quarta Turma, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 06.03.2006)

"Processual Civil. Ação de cobrança. Energia elétrica. Revelia. Efeitos. Art. 319 do Código de Processo Civil.

1. A presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa. O alcance do art. 319 do Código de Processo Civil deve ser mitigado, porquanto a revelia não induz obrigatoriamente à procedência do pedido

inicial, que dependerá do exame pelo magistrado de todas as evidências e provas dos autos. Precedentes.

2. Recurso especial improvido." (REsp n. 689.331-AL, Segunda Turma, Relator o Ministro Castro Meira, DJ 13.03.2006)

"Recurso especial. Processo Civil. Reconvenção. Revelia. Efeitos. Súmula n. 7-STJ.

I - Conquanto, em princípio, tenha aplicação o art. 319 do CPC ao reconvido que não contesta, a presunção de veracidade dos fatos alegados na reconvenção em face da revelia é relativa, cedendo passo a outras circunstâncias constantes nos autos, tendo em conta que adstrito o julgador ao princípio do livre convencimento motivado. A conseqüência da falta de resposta à reconvenção não conduz, necessariamente, à procedência do pedido reconvencional.

II - Por outro lado, o egrégio Tribunal *a quo*, soberano na análise do acervo probatório, ao confirmar a decisão monocrática, asseverou que o material cognitivo não dava amparo às alegações deduzidas na reconvenção. Percebe-se, pois, que entender em sentido contrário demandaria a vedada incursão em seara probatória. (Súmula n. 7-STJ)

Recurso não conhecido." (REsp n. 334.922-SE, Quinta Turma, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 12.11.2001)

Em seguida aponta violação do art. 1.059 do Código Civil anterior. O dispositivo dispõe que, "salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar". O Código Civil em vigor repetiu o comando no art. 402 ("salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos, devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar"). Por outro lado, os arts. 1.059 e 402 referidos são complementados, respectivamente, pelos arts. 1.061 ("as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional") e 404 ("as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional").

Por outro lado, julgando caso semelhante, a Terceira Turma, no REsp n. 453.464-MG, de minha relatoria, DJ 19.12.2003, no qual fiquei vencido juntamente com o Ministro Ari Pargendler, Relatora para acórdão a Ministra Nancy Andrighi, decidiu assim:

"Processual Civil e Comercial. Recurso especial. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial). Cobrança de valores indevidos pela instituição financeira. Restituição ao correntista. Remuneração do indébito. Taxa idêntica à exigida pela instituição financeira em situações regulares. Possibilidade.

É direito do titular de contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial) obter a restituição de valores indevidamente cobrados pela instituição financeira.

O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório).

Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês.

A solução adotada não fere a Lei de Usura, porquanto o correntista não concedeu crédito à instituição financeira, mas apenas busca restituir o que lhe foi cobrado indevidamente.

A remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira.

Recurso especial não conhecido."

Neste caso, na linha do precedente acima, deve incidir sobre o valor a ser devolvido juros remuneratórios. Com razão o Ministro Ari Pargendler ao estabelecer que os juros remuneratórios devem ser limitados a 12% ao ano, sendo certo que a cobrança de percentual acima do mencionado é permitida, tão-somente, em relação às instituições financeiras. Assim, no ponto, também voto no sentido de que, até a vigência do Código Civil atual, deverá incidir sobre o principal juros remuneratórios de 12%, correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Após a vigência do Código Civil em vigor, do mesmo modo que o Ministro-Relator, entendo que deverá incidir sobre o principal da dívida juros remuneratórios de 12% ao ano e juros de mora nos termos do art. 406 do referido Código. Divirjo do Relator, tão-somente, porque entendo que a correção monetária deve ser imposta expressamente, conforme passo a demonstrar.

Dispõe o art. 406 do Código Civil em vigor que, "quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando

provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional". No caso presente, não há juros de mora convencionados, já que se cuida de indenização, aplicando-se o mesmo encargo cobrado pela Fazenda Nacional.

Sobre o tema, a Lei n. 8.981/1995 dispunha que:

"Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna;"

A Lei n. 9.065/1995, por sua vez, determinou a utilização da Taxa Selic assim:

"Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea **c** do parágrafo único do art. 14 da Lei n. 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei n. 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei n. 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea **a**. 2, da Lei n. 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente."

Igualmente, sobre o Imposto de Renda, dispõe a Lei n. 9.250/1995:

"Art. 14. À opção do contribuinte, o saldo do imposto a pagar poderá ser parcelado em até 8 (oito) quotas iguais, mensais e sucessivas, observado o seguinte:

(...)

III - as demais quotas, acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data prevista para a entrega da declaração de rendimentos até o mês anterior do pagamento e de 1% no mês do pagamento, vencerão no último dia útil de cada mês.

(...)

Art. 16. O valor da restituição do Imposto de Renda da pessoa física, apurado em declaração de rendimentos, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data prevista para a entrega da declaração de rendimentos até o mês anterior ao da liberação da restituição e de 1% no mês em que o recurso for colocado no banco à disposição do contribuinte."

Não há dúvida, portanto, de que a Taxa Selic é o índice utilizado pela Fazenda Nacional, atualmente, a título de juros de mora, podendo-se trazer os seguintes precedentes desta Corte:

> "Processual Civil. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Honorários advocatícios. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Tributário. *Pro labore*. Compensação. Limites percentuais à compensação. Inaplicabilidade. Ressalva do ponto de vista do Relator. Correção monetária. Juros.
>
> 1. É pressuposto de admissibilidade do recurso especial a adequada indicação da questão controvertida, com informações sobre o modo como teria ocorrido a violação a dispositivos de lei federal. (Súmula n. 284-STF)
>
> 2. A ausência de indicação dos dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros Tribunais não autoriza o conhecimento do recurso especial, quando interposto com base na alínea **c** do permissivo constitucional. (Súmula n. 284-STF)
>
> 3. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula n. 282-STF.
>
> 4. Restou pacificado, no âmbito da Primeira Seção, no julgamento do EREsp n. 432.793-SP, Ministro Peçanha Martins, em 11.06.2003, o entendimento segundo o qual os limites estabelecidos pelas Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995 não são aplicáveis quando se tratar de compensação de créditos por indevido pagamento de tributos declarados inconstitucionais pelo STF, como é o caso das contribuições em exame. Ressalva do posicionamento pessoal do Relator. Precedentes: EDCL no REsp. 515.769-RJ, Segunda Turma, Franciulli Netto, DJ 08.03.2004 e EREsp. 438.042-PI, Primeira Seção, Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 23.05.2005
>
> 5. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na repetição ou compensação de indébito tributário: a) IPC, de mar./1990 a jan./1991; b) INPC, de fev. a dez./1991; c) UFIR, a partir de jan./1992; d) Taxa Selic, exclusivamente, a partir de jan./1996.
>
> 6. Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da Primeira Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: a) antes do advento da Lei n. 9.250/1995, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula n. 162-STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em

julgado (Súmula n. 188-STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; b) após a edição da Lei n. 9.250/1995, aplica-se a Taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

7. Nos casos previstos no art. 20, § 4º, do CPC, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

8. Nessas hipóteses, não está o juiz adstrito aos limites indicados no § 3º do referido artigo (mínimo de 10% e máximo de 20%), porquanto a alusão feita pelo § 4º do art. 20 do CPC é concernente às alíneas do § 3º, tão-somente, e não ao seu *caput*. Precedentes da Corte Especial, da Primeira Seção e das Turmas.

9. 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 § 3º do art. 20 do CPC impõe, necessariamente, incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula n. 7-STJ e, por analogia, da Súmula n. 389-STF.

10. Recurso especial a que se dá parcial provimento" (REsp n. 824.792-SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 15.05.2006).

"Processo Civil. FGTS. Art. 29-C da Lei n. 8.036/1990. Ações ajuizadas posteriormente à MP n. 2.164-40/2001. Norma genérica aplicável a todas as ações do FGTS e não somente às demandas trabalhistas. Honorários advocatícios indevidos. Pacificação de entendimento (EREsp n. 583.125-RS). Juros moratórios. Art. 406 do CC/2002. Incidência da Taxa Selic.

1. A MP n. 2.164-40/2001 acrescentou o art. 29-C à Lei n. 8.036/1990, afastando a condenação em honorários advocatícios nas ações entre o FGTS e os titulares das contas vinculadas ou naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais.

2. Lei especial que atinge as ações ajuizadas posteriormente à alteração legislativa, não se dirigindo o comando apenas às demandas trabalhistas.

3. Pacificação de entendimento a partir de decisão proferida pela Primeira Seção no EREsp n. 583.125-RS.

4. O STJ vinha considerando devidos juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação (Súmula n. 163-STF), por se tratar de obrigação ilíquida (REsp n. 245.896-RS), sendo desinfluente o levantamento ou a disponibilização dos saldos antes do cumprimento da decisão (REsps ns. 245.896-RS e 146.039-PE) e aplicados independentemente dos juros remuneratórios de que trata o art. 13 da Lei n. 8.036/1990.

5. Com o advento do novo Código Civil (aplicável à espécie porque ocorrida a citação a partir de sua vigência), incidem juros de mora pela Taxa Selic a partir da citação, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de correção monetária, porque já embutida no indexador.

6. Recurso especial provido em parte." (REsp n. 666.676-PR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJ 06.06.2005)

"Previdenciário, processual civil e civil. Recurso especial. Alínea **c**. Divergência jurisprudencial não comprovada nos termos do art. 255/RISTJ. Precedentes. Alínea **a**. Auxílio-acidente. Parcelas atrasadas. Atualização. Taxa Selic. Natureza remuneratória. Débitos tributários. Incidência. Possibilidade. Benefícios previdenciários. Aplicação. Inadmissibilidade. Caráter alimentar. Fim social. Acumulação. Juros moratórios. Impossibilidade. *Bis in idem*. 1% (Um por cento) ao mês. Arts. 406 do Código Civil e 161, § 1º do Código Tributário Nacional. Recurso conhecido e provido.

I - A admissão do Especial com base na alínea **c** impõe a juntada de cópia autenticada do inteiro teor do acórdão paradigma ou a citação do repositório oficial ou credenciado em que foi publicado, conforme disposto no art. 255 e parágrafos do RISTJ.

II - Quanto à alínea **a**, de início, cumpre esclarecer que a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic - é taxa de juros estipulada pelo Banco Central do Brasil e utilizada pelo Governo Federal como instrumento de política monetária e para financiamento no mercado de capitais. É calculada de acordo com uma média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais, na forma de operações compromissadas e realizadas por instituições financeiras habilitadas para esse fim.

III - Ademais, no cálculo da Taxa Selic são levados em consideração os juros praticados no ambiente especulativo, refletindo as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário (oferta versus demanda de recursos), decompondo-se em duas parcelas: taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado, sofrendo grande influência desta última.

IV - Integra a Selic, ainda, a correção monetária, não podendo ser acumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.

V - A Taxa Selic, portanto, *não possui natureza moratória*, e sim remuneratória, vez que pretende remunerar o investidor da maneira mais rentável possível, visando ao lucro, portanto, *o que transmuda o intento pretendido com os juros moratórios, qual seja, punir o devedor pela demora no cumprimento da obrigação*.

VI - Em conclusão, a Taxa Selic é composta de juros e correção monetária, não podendo ser acumulada com juros moratórios. Sua incidência, assim, configura evidente *bis in idem*, porquanto faz as vezes de juros moratórios, compensatórios e remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas. Daí porque impossível sua acumulação com os juros moratórios. Precedentes.

VII - A adoção da Selic conduz ao desequilíbrio social e à insegurança jurídica, porquanto é alterada unilateralmente pela Administração Federal conforme os 'ânimos' do mercado financeiro e indicadores de inflação.

VIII - Nesse contexto, por refletir atualização monetária e remuneração, a Taxa Selic não se perfaz em instrumento adequado para corrigir débitos decorrentes de benefícios previdenciários em atraso, que possuem natureza alimentar e visam atender fins sociais. Precedentes.

IX - A aplicação da Taxa Selic é legítima apenas sobre os créditos do contribuinte, em sede de compensação ou restituição de tributos, bem como, por razões de isonomia, sobre os débitos devidos à Fazenda Nacional. Precedentes.

X - A egrégia Quinta Turma desta Corte já decidiu no sentido de ser devida a Taxa Selic somente para débitos de natureza tributária.

XI - Este Tribunal é uníssono ao disciplinar que os juros moratórios nos benefícios previdenciários em atraso são devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, em face de sua natureza alimentar. Aplicação do art. 406 do Código Civil c.c. o art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.

XII - Recurso conhecido e provido" (REsp n. 823.228-SC, Quinta Turma, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ 1º.08.2006).

"Tributário. Embargos de divergência. Empréstimo compulsório sobre combustíveis. Repetição de indébito. Juros de mora. Taxa Selic. Cabimento. Início da incidência. Pacificação da matéria pela Primeira Seção desta Corte. Precedentes.

1. Embargos de divergência ofertados contra acórdão que entendeu pela inaplicação da Taxa Selic na repetição de indébito dos valores pagos indevidamente a título de empréstimo compulsório sobre combustíveis.

2. Entendimento deste Relator no sentido de não-incidência, na repetição de indébito tributário, do art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, que fixa critério para o encontro de taxa de juros pelo sistema denominado de Selic, haja vista que o comando expresso no art. 161, § 1º, do CTN, foi determinado pela Lei n. 5.172/1966, a qual possui forma de Lei Complementar. Já os juros moratórios da Taxa Selic foram estatuídos por Lei Ordinária n. 9.250/1995. Destarte, não se pode aceitar que uma lei de hierarquia inferior revogue dispositivo legal estabelecido por uma lei complementar.

3. No entanto, a jurisprudência da Primeira Seção do STJ pacificou entendimento no sentido de que é possível a aplicação da Taxa Selic na repetição de indébito, devendo seguir a seguinte forma de aplicação: a) incidem juros de mora a partir do trânsito em julgado (art. 167, parágrafo único, do CTN e Súmula n. 188-STJ); b) os juros moratórios de 1% ao mês aplicam-se sobre os valores reconhecidos em decisões com trânsito em julgado ocorrido antes de 1º.01.1996, visto que, a partir de tal data, é aplicável, apenas e tão-somente, a Taxa Selic, instituída pela Lei n. 9.250/1995, desde cada recolhimento indevido.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos." (EREsp n. 213.926-PR, Primeira Seção, Relator o Ministro José Delgado, DJ 20.02.2006)

Os precedentes acima reproduzidos, como se pode verificar, além de determinar a aplicação da Taxa Selic, impedem índice de correção monetária. Isto porque a Taxa Selic, que não foi criada por lei federal, na forma como é calculada pelo Banco Central do Brasil, embute a inflação do período. Sob este aspecto, há uma similitude com a tão discutida comissão de permanência, que não foi criada por lei e tem um conteúdo complexo, não podendo ser cumulada com juros remuneratórios, correção monetária, juros de mora e multa (cf. Súmulas ns. 30 e 296-STJ; REsp n. 271.214-RS, Segunda Seção, Relator originário o Ministro Ari Pargendler, acórdão de minha relatoria, DJ 04.08.2003; e AgRg no REsp n. 712.801-RS, Segunda Seção, de minha relatoria, DJ 04.05.2005).

A respeito da Taxa Selic, mais precisamente quanto à natureza e conteúdo desta, escreveu o saudoso Ministro Domingos Franciulli Netto:

"Não há previsão legal do que seja a Taxa Selic. A lei apenas manda aplicá-la, sem indicar nenhum percentual, delegando indevidamente seu

cálculo a ato governamental, que segue as naturais oscilações do mercado financeiro, mas sempre com adrede interferência do Banco Central.

Percebe-se que de toda a legislação que se refere *a juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic para títulos federais, acumulada mensalmente,* não é possível extrair-se qualquer conteúdo acerca do significado, de sua origem e como é calculada essa 'taxa referencial do Selic' ou Taxa Selic.

O melhor conceito de Taxa Selic é o encontrado na Circular Bacen n. 2.868, de 4 de março de 1999 e na Circular Bacen n. 2.900, de 24 de junho de 1999, ambas no art. 2º, § 1º, *in verbis*:

> 'Define-se Taxa Selic como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais'.

A Taxa Selic reflete a liquidez dos recursos financeiros no mercado monetário. É um indicador da taxa média de juros nas operações chamadas *overnight* e sua meta é a de, a um tempo, cobrir a defasagem da moeda ocasionada pela inflação e remunerar os investidores.

Mesmo sem definição e instituição legal da Taxa Selic para fins tributários, os legisladores inseriram-na em diversos diplomas legais como taxa de juros, não mencionando explicitamente em todos os casos que espécie de juros seriam esses.

(...)

A utilização da Taxa Selic como remuneração de títulos é perfeitamente legal, pois toca ao Bacen e ao Tesouro Nacional ditar as regras sobre os títulos públicos e sua remuneração. Nesse ponto, nada há de ilegal ou inconstitucional. A balda exsurge quando se transplantou a Taxa Selic, sem a lei, para o terreno tributário.

Com o advento da Lei n. 9.065/1995, que recepcionou Medida Provisória n. 947, de 22 de março de 1995, houve alteração do inciso I do art. 84 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995 (que dispõe sobre legislação tributária), substituindo os juros de mora, equivalentes à taxa mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Pública Mobiliária Federal interna (DPMF), pela indigitada Taxa Selic. Essa foi a primeira aparição da Taxa Selic no campo tributário.

O art. 13 da Lei n. 9.065/1994, que alterou o inciso I do art. 84 da Lei n. 8.981/1995, não definiu o que seja a Taxa Selic, mas apenas determinou

a aplicação de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), como igualmente se verificou na redação de outras leis.

A nova redação, portanto, no inciso I do art. 84 da Lei n. 8.981/1995, dada pela Lei n. 9.065/1995, não instituiu a Taxa Selic, uma vez que ausentes os pressupostos constitucionais para a validade e eficácia de lei tributária.

(...)

O *overnight* é o expediente usado para a venda de um título negociável, em operação compromissada, por parte de um banco, financiador ou aplicador, para outra instituição, pelo período em geral de um dia, sob o compromisso de que o comprador o revenderá e de que o vendedor o recomprará no dia seguinte ou na data avençada. Por essa operação, que se assemelha a um empréstimo, o comprador cobra uma taxa, que está embutida no valor do negócio. Sobre a diferença entre o valor pago pelo título e o valor da revenda, calcula-se a Taxa Selic.

Percebe-se, então, que a Taxa Selic não é calculada sobre a diferença entre o valor de compra e de resgate dos títulos, como comumente se tem dito, mas *sim* sobre os juros cobrados nas operações de *overnight* (que consiste na venda do título negociável em operação financeira com cláusula de compromisso de recompra).

As operações definitivas não entram na base de cálculo da média ajustada obtida com a apuração dos financiamentos efetuados com os títulos públicos federais registrados no Selic, porque não há recompra, o que acarreta a falta de um dos elementos para composição da correspectiva fórmula.

A média mensal de captação do Tesouro Nacional à Dívida Mobiliária Federal interna não é a mesma coisa que a média referencial ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia para títulos federais acumulada mensalmente.

Enquanto a taxa da DPMFi mede a amortização ou o valor financeiro arrecadado com a emissão de títulos e estoque da DPMFi em poder do público, a Taxa Selic, os juros cobrados no mercado *overnight*.

A Taxa Selic, ou *over-Selic*, dessa forma, não afere a captação do Tesouro Nacional com títulos da Dívida Mobiliária Federal interna, mas o juro médio mensalizado e ajustado das operações compromissadas efetuadas com os títulos do Tesouro Nacional e do Banco Central registrados no Selic. Em

outras palavras, a Taxa Selic reflete a remuneração dos agentes econômicos pela compra e venda dos títulos públicos e não os rendimentos do Governo com a negociação e renegociação da Dívida Mobiliária Federal interna. Assim, cai por terra o argumento de que a Taxa Selic e a taxa do Sistema de Captação se confundem, tendo ocorrido apenas mudança de sigla. Esse argumento é destituído de respaldo financeiro e jurídico, uma vez que uma coisa nada tem a ver com a outra.

(...)

Para que a Taxa Selic pudesse ser albergada para fins tributários, havia imperiosa necessidade de lei estabelecendo os critérios para sua exteriorização, por ser notório e agora até vetusto o princípio de que o contribuinte deve de antemão saber como será apurado o *quantum debeatur* da obrigação tributária. Por outra perspectiva, é mera falácia a assertiva de que a incidência da Taxa Selic não é defesa em lei, por não implicar majoração da base de cálculo do tributo ou da alíquota. A Taxa Selic, como será amiudamente examinada, ora tem a conotação de juros moratórios, ora de remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas. Tanto a correção monetária como os juros, em matéria tributária, devem ser estipulados em lei, sem olvidar que os juros remuneratórios visam remunerar o próprio capital ou o valor principal. A Taxa Selic cria a anômala figura de tributo rentável. Os títulos podem gerar renda; os tributos, *per se*, não.

Despiciendo lembrar que não cabe à lei, de regra, definir ou conceituar institutos jurídicos, axioma que se aplica, é claro, para os institutos jurídicos consagrados, cuja definição e explicitação é mister atribuído aos juristas e doutrinadores. A Taxa Selic, é curial, está longe, muito longe, de ser um instituto jurídico a dispensar melhor dilucidação, razão pela qual era de rigor sua conceituação legal para penetrar no campo do Direito Tributário.

Analisando as hipóteses, porém, em que o legislador optou pela incidência da Taxa Selic, infere-se que quis extrair dos tributos e das contribuições previdenciárias rendimentos atualizados.

A partir da definição dada pelo Banco Central do Brasil, e aferindo a metodologia dos cálculos efetuados e sua composição, percebe-se que a Taxa Selic é composta por juros e por um sucedâneo da correção monetária.

A doutrina e a jurisprudência já definiram e conceituaram juros e correção monetária. A Taxa Selic não é juro, pura e simplesmente. Não é também genuinamente correção monetária. Cuida-se de um instituto

jurídico ainda não definido. Do ponto de vista jurídico-tributário, essa taxa vem sendo aplicada como uma mescla de juro moratório, remuneratório, a par de procurar neutralizar os efeitos da inflação monetária.

Por ora, é de bom conselho registrar que, em verdade, a Taxa Selic é de natureza remuneratória de títulos, a parte de sua conotação substitutiva da correção da moeda. Títulos e tributos, porém, são conceitos que não podem e não devem ser misturados (lé com lé, cré com cré), pois não são *ejusdem farinae*.

(...)

Em verdade pretendeu-se aplicar, com a Taxa Selic, um misto de ganho de capital e neutralização dos efeitos da inflação. A rigor se pode dizer que a Taxa Selic seja correção monetária, pois esta, sabem-no todos, é o fator de readaptação do valor monetário corroído pelos efeitos da inflação, que apenas pode ser aferida *a posteriori*, por metodologia própria centrada notadamente na variação de preços dos produtos e serviços escolhidos para esse fim. A Taxa Selic, como se observou, é apurada segundo a taxa média das operações com títulos públicos federais calculados com base nas operações de financiamento (*overnight*) do mercado aberto.

Da interpretação do quadro *supra*, igualmente, deduz-se que foram também embutidos juros, pois, se diferente fosse, ter-se-ia um valor inexplicável para a Taxa Selic, na hipótese de voltar-se o objetivo do sistema apenas para forrar os investidores dos efeitos da desvalorização da moeda.

Nessa linha de raciocínio, houve indisfarçável intenção de remunerar o investidor em termos competitivos, quer dizer, estimulantes, levando em conta outras possíveis opções existentes no mercado.

(...)

Correção monetária e juros são institutos jurídicos que não se confundem. O IPC e o INPC são indexadores oficiais de correção monetária, instituto jurídico consagrado. A Taxa Selic, pelo contrário, além de ser um misto complexo de juros e correção monetária, de caraterística remuneratória, ora utilizada com a característica moratória ora com caráter compensatório, nunca apresentou de antemão os elementos formadores de sua base de cálculo.

(...)

Na realidade, a Taxa Selic foi criada para apurar rendimento de títulos federais. Ela tem as mesmas características da TR, embora esta tenha sido criada por lei.

(...)

O art. 161, § 1º do CTN, com força de lei complementar, diz que os juros serão de 1%, se a lei não dispuser em contrário. A lei ordinária não criou a Taxa Selic mas tão-somente estabeleceu seu uso, contrariando a lei complementar, pois esta só autorizou juros diversos de 1% se lei estatuir em contrário. Para que lei estabeleça taxa de juros diversa, essa taxa deverá ser criada por lei, o que não é o caso da Taxa Selic. Então, somente seria possível sua aplicação se seus juros correspondessem a exato 1%, conforme dispõe esse dispositivo, ou percentual menor.

Utilizando o critério acima, descontados os juros do CTN de 1% ao mês embutidos nessa taxa mista (Taxa Selic), verifica-se que o índice da correção monetária foi muito superior àqueles apresentados pelos institutos especializados. Se, ao reverso, descontado o índice de correção usual do valor integral da Taxa Selic, percebe-se que os juros foram maior que o estabelecido pela lei complementar.

A título de mera exemplificação da discrepância da Taxa Selic, basta compará-la com os índices apresentados pelo IBGE, FIPE e FGV.

A correção monetária da Caderneta de Poupança, corrigida pela TR, acumulada em 1999, foi de aproximadamente 16%, excluídos desse índice os juros remuneratórios. Conforme o Comunicado Bacen n. 7.050 de 10 de novembro de 1999, em março desse ano, a taxa média diária de juros, anualizada com base em 252 dias úteis para a Taxa Selic, chegou a 44,95% a.a.

Por aí se vê, por exemplo, que não tem nenhum cabimento e espeque legal a cobrança de débito tributário, do ano 1999, com a adição da Taxa Selic de 44,95% ao ano. Aplicada a correção monetária pelos índices oficiais de 1999 e mais os juros legais de 12% ao ano, o percentual assim obtido ficaria muito aquém desses 44,95%.

Com isso se quer dizer, pura e simplesmente, que esse percentual de 44,95% ao ano apenas poderia ser aplicado desde que houvesse expressa previsão legal desse *quantum* ou, no mínimo, previsão legal dos fatores que disciplinassem essa apuração.

Nos demais anos, igualmente, a mesma eiva fez-se presente.

Determinando a lei, sem mais esta ou aquela, a aplicação da Taxa Selic em tributos, sem precisa determinação de sua exteriorização quântica, escusado obtemperar que mortalmente feridos de frente se quedam os princípios constitucionais tributários da *legalidade*, da *anterioridade* e da *segurança jurídica*. Fixada a Taxa Selic por ato unilateral da Administração,

além desses princípios, fica também vergastado o princípio da *indelegabilidade de competência tributária*.

Ressalte-se que o Copom, por circulares, indica a meta para o índice da Taxa Selic, delegando, as escusas na lei (mesmo porque não existe lei regulamentando essa taxa), arbitrariamente ao Presidente do Bacen a faculdade de alterar a meta da Taxa Selic entre os interregnos de suas reuniões.

Daí infere-se que a Taxa Selic, ainda que para contê-la ou ajustá-la à inflação, recebe estímulo do Banco Central. Vale dizer, o Copom divulga, para fins de política monetária, a previsão ou objetivo a ser alcançado pela Taxa Selic, podendo, ainda, alterá-la antes de findo o prazo previsto para tal índice.

(...)

Segundo informações do Banco Central do Brasil, *'as taxas das operações overnight, realizadas no mercado aberto entre diferentes instituições financeiras, que envolvem títulos de emissão do Tesouro Nacional e do Banco Central formam a base para o cálculo da Taxa Selic. Portanto, a Taxa Selic é um indicador diário da taxa de juros, podendo ser definida como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados com títulos públicos federais*.

Essa taxa média é calculada com precisão, tendo em vista que, por força da legislação, os títulos encontram-se registrados no Sistema Selic e todas as operações são por ele processadas.

(...)

Entre os objetivos da Taxa Selic encarta-se o de neutralizar os efeitos da inflação. A correção monetária, ainda que aplicada de forma senão disfarçada, no mínimo obscura, é mera cláusula de readaptação do valor da moeda corroído pelos efeitos da inflação. O índice que procura reajustar esse valor imiscuiu-se no principal e passa, uma vez feita a operação, a exteriorizar novo valor. Isso quer dizer que o índice corretivo não é um plus, como, por exemplo, ocorre com os juros, que são adicionais, adventícios, adjacentes ao principal, com o qual não se confundem.

Sabe-se, segundo a mesma consulta, que 'a Taxa Selic reflete, basicamente, as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário (oferta *versus* demanda por recursos financeiros). Finalmente, ressalte-se que a Taxa Selic acumulada para determinado período de tempo correlaciona-se positivamente com a taxa de inflação apurada *ex post*, embora a sua fórmula de cálculo não contemple a participação expressa de índices de preços'.

> *A correlação entre a Taxa Selic e a correção monetária, na hipótese supra, é admitida pelo próprio Banco Central.*" (*Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Taxa Selic para fins Tributários*, Revista de Direito Renovar, vol. 22, jan./abr./2002)

Estudo preparado por Wagner de Barros Teles, Assessor Pleno do Departamento Econômico do Banco Central do Brasil, mostra que a Taxa Selic "é a taxa de juros na qual o sistema financeiro se baseia para formar as taxas de juros praticadas nas operações de crédito, por isso denominada taxa básica de juros". É apurada pelo Sistema Especial de Liquidação e Custódia do Banco Central do Brasil, daí seu nome conhecido, destinado "à custódia de títulos escriturais de emissão do Tesouro Nacional e do Banco Central do Brasil, bem como ao registro e à liquidação de operações com os referidos títulos". A Taxa Selic é "obtida mediante o cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e cursadas no referido sistema ou em câmaras de compensação e liquidação de ativos, na forma de operações compromissadas", estas "são operações de venda de títulos com compromisso de recompra assumido pelo vendedor, concomitante com compromisso de revenda assumido pelo comprador, para liquidação no dia útil seguinte". Prossegue o estudo afirmando que a Taxa Selic, como todas as taxas de juros nominais, "pode ser decomposta em duas partes: taxa de juros real e taxa de inflação no período considerado. Portanto, tanto a Taxa Selic quanto as taxas praticadas nas operações de crédito correlacionam-se positivamente com a taxa de inflação".

Verifica-se que a Taxa Selic é, de fato, taxa de juros remuneratórios que embute a expectativa de inflação, ou seja, correção monetária e taxa de juros real. Assim, o Código Civil novo, ao estabelecer que os juros moratórios serão aqueles utilizados pela Fazenda Nacional para a mora do pagamento de impostos, ensejou também a cumulação com a correção monetária em uma mesma Taxa.

Hoje, portanto, a utilização da Taxa Selic, por força do art. 406 do Código Civil em vigor, como juros de mora impede a aplicação concomitante de outro índice oficial específico para medir a inflação considerando a natureza de que se reveste.

No caso concreto, portanto, a adoção de algum índice oficial específico para somente medir a inflação e corrigir a dívida permanecerá vedada, apenas, enquanto for aplicada a Taxa Selic.

Desse modo, cabe a esta Corte determinar, relativamente ao período de vigência do Código Civil atual, a aplicação do art. 406 deste e, também, a correção

monetária da dívida. No momento, a utilização da Taxa Selic preenche tanto a cobertura dos juros de mora como a cobertura da correção monetária.

Não examino a questão da natureza da indenização, se tem, ou não, caráter punitivo porque entendo não ser necessário neste feito. O que se vai decidir é o critério em que se fará a devolução. De fato, o especial, como antes assinalado, terminou por pedir, depois de fazer incursão sobre o tema da preclusão, que "tais valores sejam corrigidos pela mesma taxa praticada pelo Recorrido, conforme demonstrado na perícia oficial" (fl. 496). A sentença, também como visto, condenou o banco a devolver "ao autor a quantia de R$ 26.203,33 (fls. 200/201), atualizada desde a época da cobrança até o efetivo pagamento, pelos mesmos índices praticados pelo réu, acrescendo-se à condenação juros de mora de 0,5% a partir da citação" (fl. 349). Por seu turno, o acórdão decidiu prover, em parte, a apelação da instituição financeira para que "o banco-apelante devolva ao autor a importância de R$ 851,38 (...) corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescida de juros legais, 0,5% a contar da citação." (Fl. 463)

Por outro lado, como o pedido inicial alcança o art. 159 do Código Civil, configurado o ilícito, justo impor-se ao banco a reparação também na forma de juros remuneratórios, estes calculados dentro do limite legal de 1% ao mês.

Ante o exposto, conheço do especial e lhe dou provimento para afastar aplicação das taxas praticadas pelas instituições financeiras, utilizando-se como índice comum de juros moratórios e de correção monetária a Taxa Selic a partir da vigência do Código Civil de 2002, mantida a estipulação feita pelo ilustre Relator para o período anterior, ou seja, correção monetária pelo INPC e juros moratórios de 0,5% ao mês, acrescido de 1% de juros remuneratórios ao mês contado das datas em que efetuados os saques indevidos. A condenação da sucumbência é aquela estipulada no voto do Relator.

VOTO-VISTA

A Srª. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de recurso especial interposto por Benjamin Cruz Neves com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Ação: de cobrança, proposta pelo ora recorrente em face de Banco Bandeirantes S/A. Alega o autor que mantinha conta-corrente perante a instituição financeira-ré e que esta lançou diversos débitos em sua conta-corrente sem respaldo fático legal. Por esse motivo, o autor teria sido obrigado a utilizar o limite de seu cheque especial, o que o obrigou a arcar com altos financeiros. Solicita

que lhe seja ressarcido o prejuízo com uma peculiaridade: seu pedido é no sentido de que o capital indevidamente retido pelo banco seja remunerado pelas mesmas taxas praticadas pela instituição financeira nas operações em que figura como credora.

Sentença: julgou procedente o pedido formulado, condenando a instituição financeira-ré a devolver ao autor a quantia de R$ 26.203,33, atualizados desde a época da cobrança até o efetivo pagamento, pelos mesmos índices praticados pelo banco para as operações da espécie. (Fls. 347/349)

Opostos embargos de declaração pela instituição financeira, foram rejeitados pelo Juízo.

A sentença foi impugnada pela ré mediante recurso de apelação (fls. 377/402), e pelo autor, mediante a interposição de recurso adesivo. (Fls. 426/431)

Acórdão: deu parcial provimento ao recurso de apelação da ré e negou provimento ao recurso adesivo do autor, nos termos da seguinte ementa:

> "Cobrança. Lançamentos Indevidos. 'O direito quanto ao recebimento em devolução de parcelas indevidamente cobradas pela instituição financeira é dependente de pronunciamento judicial; portanto, cuida-se de obrigação ilíquida, devendo incidir sobre as diferenças apuradas a correção monetária a partir do ajuizamento da ação e juros de mora a contar da citação"

No corpo do acórdão, o Tribunal pondera que a conta corrente do autor se encontrava negativa à época dos fatos, de modo que:

I - seria vedada a discussão de cláusulas contratuais após a mora;

II - não caberia impor ao banco a devolução das parcelas relativas aos encargos do financiamento;

III - não poderia ser autorizada a repetição do indébito, já que não houve pagamento do valor cobrado a mais.

Além disso, o Tribunal estabeleceu que "constatadas as diferenças (...) devem incidir os índices de correção previstos na Tabela da Corregedoria Geral de Justiça, vez que nenhum vínculo têm com o contrato de financiamento, sendo vedada a utilização das taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras". Além disso, observou que "a capitalização mensal de juros é proibida", que a obrigação é ilíquida e que, em função disso, a correção monetária somente poderia incidir a partir do ajuizamento da ação. Com tais ponderações, o dispositivo do acórdão ficou redigido nestes termos:

> "Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto para reformar o ato sentencial guerreado, determinando que o banco-apelante devolva ao autor a importância de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos) corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescida dos juros legais, 0,5% a contar da citação"

Embargos de declaração: opostos por ambas as partes, foram rejeitados pelo Tribunal.

Recurso especial: interposto por Benjamin Cruz Neves, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. Alega violação:

a) aos arts. 300 e 302 do CPC, porquanto o pedido de devolução dos valores indevidamente descontados pelo banco corrigidos pelos mesmos índices por ele praticados não foi contestado, do que resulta a preclusão da matéria;

b) art. 1.059 do CC/1916, porquanto a devolução do valor retido corrigido da forma determinada pelo Tribunal não representa indenização integral.

O recurso especial foi admitido na origem. (Fls. 580/581)

O banco recorrido interpôs embargos de declaração contra a decisão de admissibilidade (fls. 584/614), embargos esses que foram rejeitados. (Fls. 617/618)

Em 28 de junho de 2006 o julgamento do processo se iniciou, perante a Terceira Turma desta Corte. O julgamento, todavia, foi afetado para a Segunda Seção.

Voto proferidos: Tanto o ilustre Relator, Ministro Ari Pargendler, como o ilustre Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, votaram pelo conhecimento e parcial provimento ao recurso especial, para o fim de condenar o Banco Bandeirantes a pagar I - a Benjamin Cruz Neves a quantia de R$ 851,38 e juros remuneratórios de 1% ao mês mais: a) durante a vigência do CC/1916, correção monetária pelo INPC e juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação; b) depois do início da vigência do CC/2002, juros de mora na forma do art. 406, mediante aplicação da Selic, sem correção monetária; e, II - aos procuradores do recorrente, honorários de 20% sobre o total da condenação.

É o relatório.

I - Prequestionamento

Toda a matéria objeto deste recurso se encontra prequestionada. Com efeito, em que pese não haver menção explícita dos artigos de lei cuja violação foi alegada, a matéria por eles regulada foi debatida e a respectiva aplicação foi

decidida pelo Tribunal no julgamento ora impugnado. Assim, não se verifica, neste processo, o óbice das Súmulas ns. 282 e 356-STF.

II - Delimitação da controvérsia

Neste processo, há três questões em discussão, uma subsidiária à outra, a saber: Em primeiro lugar, se há preclusão em virtude do fato de o banco-recorrido *não ter contestado* a pretensão do autor no que diz respeito à correção de seu crédito pelos mesmos índices praticados pela instituição financeira. Em segundo lugar, na hipótese de não ser acolhida a tese da preclusão, definir a matéria de fundo do recurso, ou seja, se é possível acolher a pretensão do autor quanto à correção de seu crédito pelos índices praticados pelo mercado financeiro. Finalmente, caso não se acolha também essa segunda pretensão, deve-se é necessário definir qual critério deve orientar o julgador na aplicação da correção monetária e dos juros neste feito.

No voto proferido pelo i. Ministro-Relator, as duas primeiras questões foram superadas. Quanto à terceira questão, a orientação foi a de, no período de vigência do CC/1916, incidam juros remuneratórios de 1% ao mês, mais juros moratórios de 0,5% e correção monetária pelo INPC. Já no período de vigência do CC/2002, a Selic deveria ser aplicada em substituição à correção monetária e aos juros moratórios, mantendo-se os juros remuneratório de 1% ao mês.

III - A alegação de incontrovérsia quanto à pretensão à correção monetária e aos juros (violação aos arts. 300 e 302 do CPC)

Não é possível acolher a pretensão do autor, de que a falta de contestação quanto ao pedido de que seu crédito seja ressarcido com o acréscimo dos encargos financeiros praticados pelo banco-recorrido em operações da espécie, implica preclusão. Como bem observado pelo acórdão recorrido e pelos Ministros que me antecederam neste julgamento, trata-se de questão de direito e não de fato, de modo que a ausência de contestação não pode determinar seu acolhimento. Fica afastada, portanto, a alegação de violação aos arts. 300 e 302 do CPC.

IV - Os encargos da dívida

Com relação à possibilidade de o correntista pleitear a repetição de indébito perante instituição financeira, solicitando que o respectivo valor incidam os mesmos encargos praticados pelo banco nas operações em que figura como credor, devo pedir vênia aos ministros que me antecederam para *acolher* a pretensão do autor, ora recorrente. É que a matéria já foi analisada pela Terceira Turma deste STJ por ocasião do julgamento do REsp n. 453.464-MG (DJ 19.12.2003), do qual figurou como parte, inclusive, o mesmo Banco Bandeirantes, ora recorrido. Nesse processo, inicialmente relatado pelo i. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e

no qual fui designada relatora para acórdão, defendi a idéia ora sustentada pelo recorrente e fui acompanhada pelos ilustres Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Castro Filho. Em meu voto, teci as seguintes considerações a respeito do tema:

> "O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório).
>
> Assim, o autor não tem direito somente à devolução do que pagou indevidamente ao réu, mas, também, dos rendimentos advindos a este com a livre disposição do patrimônio usurpado. Ensina Pontes de Miranda, que *"o que se presta, em caso de repetição por enriquecimento injustificado, não é o valor do bem ao tempo em que se deu o enriquecimento, é o valor tal qual enriquece o demandado no momento em que se exerce a pretensão. Se o bem, ficando com o demandante, valeria a, mas com o demandado passou a valer a + x, é a + x que se há de prestar, (...)."* (*Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XXVI, 3ª ed., 1971, p. 167)
>
> Além disso, dar a alguém a oportunidade de obter lucro, como é o caso, por meio da prática de ilícito, afronta à própria noção de eqüidade, pelo que deve ser afastada, ao máximo, qualquer solução jurídica que venha a acolher o enriquecimento ilícito. Deve-se, ao contrário, obrigar a instituição financeira a devolver não só as quantias que indevidamente reteve do correntista, mas também a efetiva remuneração que auferiu com tal procedimento.
>
> Para isso, é razoável presumir que o banco obteve rendimentos, no mínimo, iguais às taxas e juros que pactuou com a correntista, ora recorrida, pois o destino usual da remuneração obtida pela instituição financeira é a concessão de novos créditos a clientes, mediante contratos que prevêem encargos semelhantes.
>
> Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês.
>
> Do contrário, caso se exigisse da autora da ação de repetição de indébito, a prova sobre quais os lucros advindos ao banco com a utilização do dinheiro usurpado, restaria ineficaz a norma contida no art. 964 do CC, pois é manifesta a impossibilidade de produção desta prova.
>
> Em conclusão, a remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira.

Não se vislumbra, tampouco, violação às normas que regulam o sistema financeiro, pois não se está concedendo — a quem não tem — o direito de cobrar juros acima da taxa legal ou outros encargos somente permitidos às entidades participantes do sistema. Trata-se, repita-se, de pedido vinculado tão-somente à reparação do dano causado e à coibição do enriquecimento ilícito.

Nesses termos, a solução adotada não fere a Lei de Usura, porquanto o correntista não concedeu crédito à instituição financeira, mas apenas busca restituir o que lhe foi cobrado indevidamente. Apenas se está aplicando o mencionado art. 964 do CC, que dá ao autor da ação de repetição de indébito o direito de cobrar tudo que represente enriquecimento injustificado do réu, por imperativo legal, e tal direito somente pode ser satisfeito, na hipótese, com a devolução da remuneração obtida pelo banco ao utilizar o dinheiro usurpado da correntista.

Não há motivos para se modificar tal entendimento nesta sede.

Forte em tais razões, conheço e dou provimento ao recurso especial para o fim de restabelecer a sentença recorrida, determinando a devolução das quantias indevidamente retidas pela instituição financeira ré, corrigidas pelas mesmas taxas praticadas pelo banco nas operações em que figura como credor.

V - Interpretação do art. 406 do CC/1916

Na hipótese de prevalecer o entendimento contrário ao que ora sustento, passo a me manifestar sobre a terceira questão ora dicutida, qual seja, a que diz respeito aos critérios de incidência dos juros e correção monetária incidentes sobre a dívida, notadamente após a vigência do CC/2002.

No voto proferido pelo i. Ministro-Relator, como já mencionado, a instituição financeira recorrida foi condenada "a pagar I - a Benjamin Cruz Neves a quantia de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos) e juros remuneratórios de 1% ao mês, mais: a) até a vigência do atual Código Civil: a correção monetária pelo INPC, e os juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação; b) depois da vigência do atual Código Civil: os juros de mora na forma do art. 406, sem correção monetária; II - aos procuradores de Benjamin Cruz Neves, honorários de advogado arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação.".

Para solucionar o litígio dessa forma, o Relator deu *parcial provimento* ao recurso especial. Isso porque a condenação contida no acórdão recorrido fora fixada em termos substancialmente diferentes, o que se vê pela leitura de seu dispositivo, redigido com as seguintes palavras:

> "Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto para reformar o ato sentencial guerreado, determinando que o banco-apelante devolva ao autor a importância de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos) corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir do ajuizamento da ação, acrescida dos juros legais, de 0,5% a contar da citação".

Todavia, em que pese o brilhantismo do voto do i. Ministro-Relator, não posso compartilhar de tal entendimento. Digo isso, não por qualquer razão relacionada ao *mérito* da controvérsia, mas porque entendo que *não é possível, diante da extensão do efeito devolutivo do recurso especial sub judice*, reformar o acórdão em relação a esse tema. *A modificação do critério de incidência de juros e de correção monetária (aplicação da Taxa Selic) simplesmente não foi requerida pelo recorrente, nem mesmo como pedido subsidiário, em seu recurso especial.*

Para que isso fique claro, transcrevo o pedido formulado pelo recorrente:

> "*Ex positis*, requer-se a esta Colenda Corte que dê provimento ao presente recurso para reformar o v. acórdão ora guerreado, reconhecendo a preclusão da questão relativa à forma de correção dos valores indevidamente debitados na conta do Recorrente determinando, via de conseqüência, que tais valores sejam corrigidos pela mesma taxa praticada pelo Recorrido, conforme demonstrado na perícia oficial."

Isso foi o que o recorrente pediu, nada mais. Não há, nem mesmo na fundamentação do recurso sub judice, qualquer menção à injustiça quanto à estipulação dos juros, após o advento do CC/2002, em 0,5% ao mês. Não há alegação de violação ao art. 406 do Código Civil vigente. Nada disso é discutido no recurso especial.

Diante desse panorama, alterar o acórdão recorrido para o fim de majorar a condenação da instituição financeira recorrida implicaria claramente *reformatio in pejus*. A única matéria em que esta Corte está autorizada a intervir, diz respeito à possibilidade da repetição do indébito do correntista, acrescido dos mesmos encargos praticados pelo Banco. Essa questão, conforme expus acima, merece ser acolhida. A discussão do art. 406 foge do âmbito do recurso especial.

Esse entendimento não se modifica pelo fato de que o art. 293 reputa compreendido, no pedido principal, também o pedido de condenação ao pagamento de juros legais. Essa norma teria aplicação somente na hipótese de concessão do pedido principal nesta sede, com reversão de um julgamento anterior que o teria negado. Nesses casos, o pedido que seria aqui acolhido, teria implícito o requerimento de incidência de juros. Foi essa a orientação adotada pela Terceira Turma

do STJ por ocasião do julgamento do REsp n. 657.717-RJ, de minha relatoria (DJ 12.12.2005) e dos respectivos emabrgos de declaração (DJ 06.03.2006).

Na hipótese dos autos, porém, o Tribunal já havia julgado parcialmente procedente o pedido formulado pelo autor, *manifestando-se de maneira expressa quanto aos juros*. Há, portanto, uma *decisão de cunho positivo* acerca da matéria. Não há como modificá-la nesta sede, sem pedido expresso da parte.

Não desconheço o fato de que esse entendimento não é pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A Primeira Seção desta Corte, apreciando casos análogos (nos quais, porém, é parte a Fazenda Pública e em que a aplicação da Selic não decorre do CC/2002, mas da Lei n. 9.250/1995), tem sustentado que *não há reformatio in pejus* nessas hipóteses. Nesse sentido pode ser mencionado, por todos, o julgamento do EREsp n. 711.276-SP (Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 10.04.2006), assim ementado:

> "Processual Civil. Repetição de indébito tributário. Aplicação da Taxa Selic. Definição de critérios de correção monetária e juros moratórios. Julgamento *extra petita* e *reformatio in pejus*. Inocorrência.
>
> 1. A incidência da correção monetária sobre o valor objeto da condenação se dá, como os juros de mora, *ex vi legis* (Lei n. 6.899/1981), sendo, por essa razão, independente de pedido expresso e de determinação pela sentença, na qual se considera implicitamente incluída. A explicitação dos índices a serem utilizados em seu cômputo pelo acórdão recorrido, portanto, mesmo em sede de reexame necessário, não caracteriza reformatio *in* pejus, devendo a Fazenda, se for o caso, impugnar os critérios de atualização e de juros estabelecidos.
>
> 2. O acórdão proferido pelo Tribunal de origem, ao determinar a incidência da Taxa Selic, apenas explicitou o índice a ser utilizado na atualização dos créditos a partir de 1º.01.1996, excluindo qualquer outro índice, quer de correção monetária, quer de juros. Não restou caracterizado, no caso, julgamento *extra petita* ou ocorrência de *reformatio in pejus*, mas apenas se definiu os critérios para o cálculo da correção monetária e dos juros de mora, já deferidos, ambos, ainda que de forma genérica, pelo juízo singular.
>
> 3. Embargos de divergência a que se dá provimento."

Esse precedente apresenta uma diferença fundamental com relação ao processo sub judice. Nele, a fixação da Taxa Selic para o cômputo dos juros e da correção monetária foi feita pelo Tribunal de 2º grau diante de omissão da sentença a respeito do tema. Daí a alegação de inexistência de *reformatio in pejus*.

Não obstante, porém, há outros precedentes das Turmas integrantes da Primeira Seção nos quais, seguindo a linha traçada no julgamento EREsp n. 711.276-SP, o STJ tem reconhecido a possibilidade do estabelecimento de ofício da Selic mesmo nas hipóteses em que a matéria tenha sido, expressamente, julgada de maneira diferente em 1º grau de jurisdição. Exemplo disso é o julgamento do REsp n. 783.381-GO. (Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 19.11.2005)

Tais precedentes, contudo, estão restritos aos julgamentos promovidos pela Primeira Seção deste Tribunal, sempre com base na Lei n. 9.250/1996. No âmbito da 3ª e da Quarta Turmas do STJ, a ocorrência de *reformatio in pejus* nas hipóteses de alteração, *de ofício*, do critério de estabelecimento dos juros, tem sido sempre reconhecida. Disso são exemplos o AgRg no Ag n. 498.725-MT (Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 06.10.2003) e o REsp n. 210.625-MG (Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 26.06.2000), este último assim ementado:

> "Execução. Juros. *Reformatio in pejus*. Multa. Súmula n. 13 da Corte. Precedentes.
>
> 1. Não pode o Tribunal, sem recurso da parte interessada, decidir contra o apelante, no caso, para reduzir a taxa de juros contratada, configurando tal julgado verdadeira *reformatio in pejus*, não autorizada pelo direito positivo brasileiro.
>
> 2. Sem o devido prequestionamento não colhe sucesso o recurso especial, o que se dá quando, como neste feito, não se nega a possibilidade da cláusula penal, mas, apenas, considera o acórdão que houve renúncia do exeqüente, sendo certo, que, a teor da Súmula n. 13 da Corte, não serve para o dissídio julgado do mesmo Tribunal.
>
> 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte."

Também no âmbito da Terceira Seção do STJ esse tem sido o entendimento prevalecente. Nesse sentido, pode-se citar o julgamento do EREsp n. 231.872-RN (Relator Ministro Fontes de Alencar, Terceira Seção, DJ 24.09.2001), assim ementado:

> "Embargos de Divergência.
>
> Implica *reformatio in pejus* o aumento da taxa de juros a ser paga pela autarquia, quando desta o recurso.
>
> Embargos de divergência acolhidos."

Forte em tais razões, vencida quanto à tese da devolução das quantias indevidamente retidas do correntista, corrigidas pelas mesmas taxas praticadas pelo

Banco nas operações em que figura como credor, não conheço do recurso especial, tendo em vista que é impossível a alteração do critério de fixação dos juros e da correção monetária adotado pelo Tribunal, sem recurso da parte nesse sentido.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se, na origem, de ação de cobrança proposta pelo ora recorrente em desfavor do Banco Bandeirantes S/A, tendo em vista a realização de lançamentos indevidos a débito em sua conta corrente, para os quais não havia os respectivos fatos geradores.

Discute-se, em síntese, se os valores indevidamente descontados pelo banco devem ser acrescidos com base nos mesmos índices por ele praticados ou se, não sendo o correntista instituição financeira, não se poderia permitir a restituição das importâncias devidas, com acréscimo de juros e encargos que somente são devidos às instituições que atuam diretamente no mercado financeiro.

Tanto o eminente Relator, Ministro Ari Pargendler, como o ilustre Ministro Menezes Direito, votaram pelo conhecimento e parcial provimento do recurso especial, para o fim de condenar o Banco Bandeirantes a pagar a Benjamin Cruz Neves a quantia de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos) — correspondente à importância efetivamente debitada em sua conta-corrente —, acrescida de juros remuneratórios de 1% ao mês, mais correção monetária pelo INPC e, durante a vigência do Código Civil de 1916, juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação, e, já na vigência do Código de 2002, aplicação da Taxa Selic, na forma do art. 406, em substituição à correção monetária e aos juros de mora, mantendo-se os juros remuneratórios de 1% ao mês, além de honorários aos procuradores do recorrente, correspondentes a 20% sobre o valor da condenação.

Dessa orientação divergiu a ilustre Ministra Nancy Andrighi, reportando-se aos fundamentos expendidos no julgamento do REsp n. 453.464-MG, DJ 19.12.2003, no qual foi designada relatora para o acórdão, oportunidade em que também aderi à argumentação favorável aos interesses do recorrente-correntista, com alguns dos seguintes fundamentos:

> "Na hipótese em apreço, os débitos indevidamente lançados na conta corrente da autora entre 30.03.1994 e 31.07.1997 foram devidamente identificados e discriminados nas planilhas acostadas ao laudo pericial (fls. 673/677), estando presentes, portanto, as condições necessárias para se constatar o enriquecimento sem causa: o locupletamento de uma, com o empobrecimento correlativo da outra parte; a falta de justa causa e a relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento.

Assim, a única questão a ser elucidada diz com os critérios a serem utilizados na apuração do montante devido, fazendo-se a opção entre a restituição do indébito com base nos parâmetros adotados pela contadoria judicial, acrescidos de juros de 6% ao ano, conforme determinado pela sentença, ou, de outro modo, aplicando-se as mesmas taxas praticadas pela instituição bancária, em consonância com o acórdão recorrido.

(...)

Seria contrário ao princípio geral da eqüidade — que pressupõe tratamento igualitário das partes nas suas relações contratuais — deferir à autora a atualização monetária do montante devido acrescido apenas de juros de 6% ao ano, sob pena de se prestigiar o enriquecimento sem causa por parte do estabelecimento de crédito, o que poderia até servir de incentivo a outras práticas assemelhadas. Isso porque, embora, em situação como a dos autos, haja uma dificuldade natural de se aferir a extensão das vantagens obtidas com as importâncias indevidamente retidas, é razoável presumir que a movimentação desse numerário gerou lucros para o banco, superiores, em muito, ao *quantum* a ser alcançado com a aplicação dos indexadores publicados pela Corregedoria de Justiça, acrescidos de juros legais.

No âmbito da Quarta Turma, aliás, existe precedente versando questão semelhante à enfrentada no presente recurso (REsp n. 401.694-MG, DJ 14.05.2002, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar), em que foi deferida a correção de acordo com a Taxa Selic. Não obstante, acredito que o mais apropriado e justo seria adotar como critério na atualização do débito a mesma taxa de juros praticada pela instituição financeira, conforme consignou a Ministra Nancy, porém, com a ressalva de que não sejam eles computados de forma capitalizada, uma vez que o anatocismo, salvante as hipóteses previstas em lei, também é afastado por esta Corte, nas demandas em que os bancos são os credores."

Todavia, após aquele julgamento, passei a refletir mais demoradamente sobre o tema. Afinal — seria de se indagar — em que consiste, realmente, a repetição do indébito? Sob a ótica do direito (Civil, Processual Civil e do Consumidor) é a faculdade assegurada àquele que foi cobrado sem ser devedor de exigir que a importância que fora dada em pagamento lhe seja restituída em dobro, acrescida de juros e correção monetária.

Ora, se assim é, a penalidade imposta ao credor que cobrou sem causa justa é a dobragem do valor indevidamente exigido; não, o lucro possivelmente auferido com a utilização do valor a que não tinha direito.

Nada impede, a meu sentir, que o prejudicado, além da dobragem, pleiteie indenizar-se pelo que perdeu ou, razoavelmente, deixou de ganhar com o valor indevidamente cobrado. De acordo com esse raciocínio, é, desimportante indagar se houve ou não lucro com o recebimento indébito; o que se tem de considerar é o efetivo prejuízo de quem pagou o que não devia. Mas isso é matéria que tem de ser discutida e provada em processo de conhecimento, não sendo, pois, o caso em apreciação.

Feitas essas considerações, com a devida vênia da ilustre Ministra Nancy Andrighi, acompanho o voto do emérito Relator.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: 1. Cuida-se de recurso especial, interposto por Benjamin Cruz Neves contra Banco Bandeirantes S/A, contra v. acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, determinando que o recorrido devolvesse ao recorrente a quantia de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos), corrigida pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça e acrescida de juros legais de 0,5% ao mês, a partir da citação.

Sob alegação de contrariedade aos arts. 1.059 do Código Civil de 1916, bem como 300 e 302, ambos do Código de Processo Civil, e de dissídio jurisprudencial, pleiteia o correntista a devolução do valor em aplicação da mesma taxa praticada pelo banco recorrido, conforme decidido em 1º grau de jurisdição, que fixou o *quantum* a ser restituído em R$ 26.203,33 (vinte e seis mil, duzentos e três reais e trinta e três centavos).

O julgamento foi afetado a esta Segunda Seção.

O eminente Relator Ministro Ari Pargendler, votou no sentido de conhecer do recurso especial e de lhe dar parcial provimento, para condenar o recorrido ao pagamento da quantia de R$ 851,38 (oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e oito centavos), com juros remuneratórios de 1% ao mês, mais correção monetária apurada pelo INPC e juros de mora de 0,5% ao mês, desde a citação até a vigência do atual Código Civil, quando então seriam substituídos tais índices por juros de mora, na forma do art. 406 da Lei Civil; as custas processuais ficaram divididas em partes iguais e o banco recorrido ainda foi condenado ao pagamento dos honorários advocatícios ao patrono do recorrente, arbitrados em 20% sobre o total da condenação.

Entendeu o eminente Relator que somente as instituições financeiras têm autorização para cobrar juros remuneratórios superiores a 1% ao mês, bem como

que as taxas cobradas por elas não correspondem a seus lucros; asseverou ainda que a indenização de perdas e danos não pode ter função punitiva.

O eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito acompanhou o Relator, sustentando a inexistência de violação dos dispositivos legais apontados na interposição do recurso especial, destacando ainda não haver dúvida de que a Taxa Selic é o índice utilizado pela Fazenda Nacional para efeito de mora no pagamento de impostos.

Divergiu dos dois primeiros votos a eminente Ministra Nancy Andrighi, que acolheu a pretensão do recorrente, seguindo precedente da colenda Terceira Turma do STJ, em processo onde foi Relatora para o acórdão (REsp n. 453.464-MG, DJ 19.12.2003); reportando-se ao voto condutor do mencionado julgado, entendeu a Ministra Nancy Andrighi que "a remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira".

Finalmente, na sessão de 14 de março próximo passado, o eminente Ministro Castro Filho proferiu seu voto, acompanhando a Relatoria; entendeu o ilustre Ministro que a penalidade imposta ao credor que cobra sem justa causa é o pagamento do valor indevido em dobro, e não o lucro que poderia auferir com a utilização da quantia que pertencia ao correntista; na ocasião, pedi vista dos autos para melhor análise sobre o tema.

Este o relatório.

2. Peço vênia à eminente Ministra Nancy Andrighi, para discordar da possibilidade de o correntista — que teve valores indevidamente deduzidos de sua conta-corrente — obter a remuneração, que poderia conseguir o banco caso aquele lhe devesse tal quantia.

Preceituava o *caput* do art. 1.059 do Código Civil de Clóvis Beviláqua, cuja violação se alega no presente recurso:

> "*Art. 1.059*. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, *além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*." (Grifei)

Não destoa do citado dispositivo o art. 402 do atual Código Civil, que apresenta, tão-somente, pequenas modificações em relação àquela redação; ora, sendo o correntista pessoa física, não se pode afirmar que ele razoavelmente deixou de lucrar o que a instituição financeira obteria, caso cobrasse por um empréstimo de mesmo valor; isto porque ao recorrente não seria, como não é, permitida a cobrança dos encargos remuneratórios e moratórios de que se vale um banco, cujas regras são reguladas pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário

Nacional, tomando em consideração o custeio dos encargos operacionais das instituições bancárias, como fator primordial retributivo.

Sobre o tema, confira-se o entendimento da doutrina:

> "O art. 402 dispõe que, salvo as exceções legais, as perdas e danos devidos ao credor abrangem além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Estas expressões dizem respeito, respectivamente, ao dano emergente e ao lucro cessante (...).
>
> A prova da existência do dano é indispensável para o surgimento do dever de indenizar e deve ser feita, em regra, por quem alega o prejuízo. A efetiva comprovação dos prejuízos é tão importante que mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico e a culpa ou o dolo do infrator, nenhuma indenização será devida se não houve prejuízo (...).
>
> O dano emergente, também chamado de dano positivo, consiste na efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima (Sérgio Cavalieri Filho, Programa, p. 71) (...) o lucro cessante engloba tudo aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar por causa do descumprimento da obrigação. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, é o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa do lucro ou a diminuição potencial do patrimônio (Programa, p. 72). (...)
>
> O lucro cessante, no entanto, não se confunde com o lucro imaginário ou simplesmente hipotético. O art. 402 serve-se do princípio da razoabilidade para a quantificação do lucro cessante, de modo que somente poderá ser considerado o que razoavelmente se deixou de lucrar" (*in Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Morais, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 725/727).

3. Do exposto, diante de não divisar violação do art. 1.059 do Código Civil de 1916 e em face da impossibilidade de se tipificar a restituição, de acordo com as taxas bancárias, que seriam cobradas pela instituição financeira, como o que o correntista "efetivamente perdeu" ou o que "razoavelmente deixou de lucrar", dou parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do eminente Ministro-Relator.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, já tomei conhecimento desse debate, que, aliás, é muito interessante, porque, numa análise primeira, podia-se

pensar o tratamento igualitário de quem toma um dinheiro emprestado em mútuo da instituição financeira: se sofre um prejuízo, deveria, também, ser remunerado em termos igualitários.

Mas, analisando não só o posicionamento adotado pelo eminente Relator, o Sr. Ministro Ari Pargendler, também ouso divergir do entendimento da Srª. Ministra Nancy Andrighi, que sustenta ser cabível a correção pelas mesmas taxas do empréstimo para o banco, porque são situações de natureza diversa, *data venia*, e pelas razões de que o correntista prejudicado não tem essas autorizações dadas ao Sistema Financeiro.

O meu voto é no sentido de acompanhar o eminente Relator.

Jurisprudência da Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 595.209-MG (2003/0172044-9)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrentes: Luiz Carlos Quadros Smith e outros
Advogados: Segismundo Marques Gontijo e outros
Recorrido: Carlos Camilo Smith Figueiroa
Advogados: Juliana Gontijo e outros

EMENTA

Recurso especial. Processo Civil. Revisional de alimentos. Redução e exoneração da prestação alimentícia. Efeitos da apelação.

Deve ser recebido apenas no efeito devolutivo o recurso de apelação interposto contra sentença que decida pedido revisional de alimentos, seja para majorar, diminuir ou exonerar o alimentante do encargo.

Valoriza-se, dessa forma, a convicção do juiz que, mais próximo das provas produzidas, pode avaliar com maior precisão as necessidades do alimentando conjugadas às possibilidades do alimentante, para uma adequada fixação ou até mesmo exoneração do encargo.

Com a atribuição do duplo efeito, há potencial probabilidade de duplo dano ao alimentante quando a sentença diminuir o encargo alimentar: I - dano patrimonial, por continuar pagando a pensão alimentícia que a sentença reconhece indevida e por não ter direito à devolução da quantia despendida, caso a sentença de redução do valor do pensionamento seja mantida, em razão do postulado da irrepetibilidade dos alimentos; II - dano pessoal, pois o provável inadimplemento ditado pela ausência de condições financeiras poderá levar o alimentante à prisão.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, 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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por unanimidade, conhecer do recurso especial,

mas lhe negar provimento, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 8 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ 02.04.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial interposto por Luiz Carlos Quadros Smith e outros, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJMG.

Ação: revisional de alimentos, proposta por Carlos Camilo Smith Figueiroa em desfavor dos ora recorrentes, para redução do valor prestado a tal título. O pedido foi julgado parcialmente procedente para reduzir a pensão da ex-esposa do recorrido ao valor de 15 salários-mínimos mensais e para exonerá-lo do pagamento relativo à pensão dos filhos do casal, que já contavam com 30 e 25 anos de idade, respectivamente.

Agravo de instrumento: interposto pelo ora recorrido contra decisão que recebeu as apelações nos efeitos suspensivo e devolutivo, tendo o TJMG a ele dado provimento, com a seguinte ementa:

"Revisional de alimentos. Redução da pensão. Apelação. Recurso recebido no efeito devolutivo e suspensivo. Recurso.

É de ser reformada decisão que, em recurso de apelação contra sentença que reduziu a pensão dos alimentários nos efeitos devolutivo e suspensivo, para determinar que tal apelação seja recebida apenas no efeito devolutivo. Decisão reformada." (Fl. 160)

Recurso especial: alega violação ao art. 520, II, do CPC, além de divergência jurisprudencial, porque a apelação, em casos que tais, deve ser recebida também no efeito suspensivo.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O cerne da discussão deste recurso especial é saber se a apelação interposta contra sentença que julgou

parcialmente procedente o pedido revisional de alimentos, reduzindo a prestação alimentícia da ex-esposa do ora recorrido e exonerando-o do pagamento de pensão aos dois filhos do casal, que hoje contam com 33 e 28 anos de idade, deve ser recebida no duplo efeito ou apenas no efeito devolutivo.

A disciplina legal sobre a matéria é divergente: enquanto a Lei de Alimentos, sem fazer qualquer distinção entre ação condenatória de alimentos e ação de revisão de verba alimentar, determina, em seu art. 14, que a apelação deverá ser recebida somente no efeito devolutivo, o art. 520 do CPC estabelece como regra geral a atribuição do duplo efeito ao apelo, excepcionando apenas a hipótese em que houver "condenação ao pagamento de prestação de alimentos".

Necessário, portanto, resolver o conflito aparente de normas.

Pela regra de aplicação da lei no tempo, quando duas normas versarem sobre a mesma matéria, prevalece a disposição da lei posterior.

Na hipótese, o art. 14 da Lei de Alimentos, com redação dada pela Lei n. 6.014 de 27.12.1973, é posterior ao inciso II do art. 520 que foi introduzido no CPC pela Lei n. 5.925 de 1º.10.1973.

Também sob o prisma da especialidade da norma, deve prevalecer a disciplina do art 14 da Lei n. 5.478/1968, que estabelece regra especial a ser observada nas questões relativas a alimentos. Portanto, é irrelevante para a controvérsia discutir o alcance da expressão "condenação" contida no inciso II do art. 520 do CPC, porque este dispositivo não é a norma adequada a ser aplicada na espécie.

Dessa forma, conforme prevê a Lei de Alimentos, deve ser recebida apenas no efeito devolutivo a apelação interposta contra sentença que decida a revisional de alimentos, seja para majorar, diminuir ou exonerar o alimentante do encargo.

Esta conclusão se afina com o objetivo do legislador de possibilitar, desde logo, a execução provisória da sentença que define a prestação alimentícia.

Com a atribuição de efeito somente devolutivo ao apelo que ataca sentença que verse sobre alimentos, foi valorizada a convicção do juiz que, mais próximo das provas produzidas, pode sopesar as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para fixação do encargo.

Assim, da mesma forma, deve ser valorizado o convencimento do juiz que concluiu pela redução do valor da prestação alimentícia após verificar a modificação das condições fáticas e reconhecer a impossibilidade do alimentante continuar cumprindo a obrigação anteriormente estabelecida.

Nesse sentido, a sentença foi expressa em consignar a clareza do material probatório recolhido, no sentido da imperiosa necessidade de revisão dos valores pagos à ex-esposa e da desnecessidade de continuação do pagamento de pensão aos filhos do casal, ambos em idade francamente adulta e donos de alta qualificação profissional.

Ademais, não se pode deixar de pensar no dano que se impinge ao alimentante, se fosse atribuído efeito também suspensivo à apelação interposta contra sentença que diminui e extingue parcialmente o encargo alimentar em vista de sua patente obsolescência. Vislumbra-se dano patrimonial, por continuar pagando a pensão alimentícia que a sentença reconhece indevida e por não ter direito a receber de volta a quantia dispendida, caso a sentença de redução do valor dos alimentos seja mantida. E ainda, dano pessoal, pois o eventual inadimplemento poderá levá-lo até à prisão.

Sendo dever do juiz, além de aplicar a lei à espécie, ponderar suas conseqüências, buscando melhor exegese da norma, opta-se pelo prejuízo de menor porte com garantia do recebimento pelo credor das diferenças que lhe forem devidas.

Com esses fundamentos, conclui-se pela atribuição de efeito somente devolutivo à apelação interposta contra sentença que julga ação revisional de alimentos, seja para diminuir, majorar ou extinguir o valor da verba alimentar.

Por fim, a recorrente sustentou a existência de dissídio jurisprudencial, alçando como paradigma acórdão deste Tribunal prolatado no REsp n. 9.393-SP, da relatoria do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, publicado no DJ 25.11.1991, assim ementado:

> "Direito e Processo Civil. Alimentos. Exoneração. Apelação. Efeitos. Interpretação. Agravo retido. Inaplicabilidade ao recurso especial. Recurso não conhecido.
>
> I - segundo o sistema vigente (CPC, art. 520-II e Lei n. 5.478/1968, art. 14), Sem embargo dos bons argumentos em contrário, a apelação que impugna exonerativa de alimentos deve ser recebida em ambos os efeitos.
>
> II - a incidência apenas do efeito devolutivo somente se dá quando ocorre condenação ou majoração dos alimentos.
>
> III - Não cabe o agravo retido em relação ao recurso especial. (CPC, art. 522, § 1º)"

O dissídio foi demonstrado e, inclusive, já adotei posicionamento semelhante anteriormente quando julguei o REsp n. 164.866-RS. Entretanto, nesta

oportunidade, meditando melhor sobre a questão e, principalmente, sopesando os danos que poderiam recair sobre o alimentante, estou modificando meu entendimento.

Com isso, não obstante reconheça a existência de dissídio jurisprudencial, estou defendendo, respeitosamente, que a melhor solução para a controvérsia não se coaduna com o posicionamento que a Quarta Turma deste Tribunal vem adotando.

Forte em tais razões, conheço do recurso especial, porque caracterizado o dissídio, mas nego-lhe provimento, por entender que deve ser recebida apenas no efeito devolutivo a apelação interposta contra sentença que julga procedente pedido revisional de alimentos.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de recurso de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, restringindo-se a questão em saber quais os efeitos da apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido revisional de alimentos, para reduzir o valor da pensão alimentícia à ex-esposa do recorrente ao valor de 15 (quinze) salários-mínimos mensais, exonerando-o em relação à pensão dos filhos do casal, que já contavam com 30 (trinta) e 25 (vinte e cinco) anos de idade respectivamente.

Após relatar o feito, a ilustre Ministra proferiu seu voto no sentido de conhecer do recurso especial, porque caracterizado o dissídio, mas negar-lhe provimento, por entender que deve ser recebida apenas no efeito devolutivo a apelação interposta contra sentença que julga procedente pedido revisional, tanto para diminuir como para majorar o valor da prestação alimentícia.

A fim de melhor examinar a controvérsia, solicitei vista dos autos.

Sobre o tema, a eminente relatora assim concluiu, *verbis*:

> "O dissídio foi demonstrado e, inclusive, já adotei posicionamento semelhante anteriormente quando julguei o REsp n. 164.866-RS. Entretanto, nesta oportunidade, meditando melhor sobre a questão e, principalmente, sopesando os danos que poderiam recair sobre o alimentante, estou modificando meu entendimento.
>
> Com isso, não obstante reconheça a existência de dissídio jurisprudencial, estou defendendo, respeitosamente, que a melhor solução para a controvérsia não se coaduna com o posicionamento que a Quarta Turma deste Tribunal vem adotando.

Forte em tais razões, conheço do recurso especial, porque caracterizado o dissídio, mas nego-lhe provimento, por entender que deve ser recebida apenas no efeito devolutivo a apelação interposta contra sentença que julga procedente pedido revisional."

A matéria sob julgamento é idêntica à do REsp n. 623.676-SP, igualmente da relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, em que também com vista, proferi voto seguindo a ilustre relatora.

É de se ter presente que, apesar de o art. 520, inciso II, do Código de Processo Civil prever efeito apenas devolutivo quando a sentença condenar à prestação de alimentos, o art. 14 da Lei n. 5.478/1968, alterado pela Lei n. 6.014/1973, proclama que da sentença caberá apelação no efeito devolutivo, sem fazer qualquer distinção entre ação condenatória de alimentos e ação de revisão de pensão alimentícia.

Como bem ressaltou a eminente relatora, a hipótese deve ser resolvida pela aplicação da lei no tempo, como também pelo prisma de sua especialidade, devendo prevalecer a norma do art. 14 da Lei n. 5.478/1968, a qual estabelece regra especial a ser observada nas questões como a dos autos, ou seja, relativas a alimentos.

Destarte, diante do expresso comando do art. 14 da Lei de Alimentos, com redação dada pela Lei n. 6.014/1973, também entendo que a apelação de sentença que decide ação de revisão de verba alimentar, seja para majorar ou para minorar o valor da pensão, têm apenas, efeito devolutivo.

Pelo exposto, acompanho o voto da eminente relatora, para conhecer do recurso especial, pela divergência, mas negar-lhe provimento.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos de ação revisional de alimentos proposta por Carlos Camilo Smith Figueroa (fls. 23/38), o MM. Juiz de Direito proferiu sentença exonerando-o de prestar alimentos aos filhos, Luiz Carlos Quadros Smith e Daniel Quadros Smith, reduzindo a pensão alimentícia devida à ex-mulher, Maria Amália Quadros Smith (fls. 51/66), e — todos, Autor e Réus, inconformados — interpuseram recursos de apelação (fls. 67/80 e 82/112), que foram recebidos em ambos os efeitos. (Fls. 126/127)

Seguiu-se agravo de instrumento interposto por Carlos Camilo Smith Figueroa (fls. 2/16), que foi provido pelo Tribunal *a quo*, Relator o Desembargador Cláudio Costa, em acórdão assim ementado: "revisional de alimentos. Redução da pensão. Apelação. Recurso recebido no efeito devolutivo e suspensivo. Recurso. É de ser reformada decisão que, em recurso de apelação contra sentença que

reduziu a pensão dos alimentários nos efeitos devolutivo e suspensivo, para determinar que tal apelação seja recebida apenas no efeito devolutivo. Decisão reformada." (Fl. 160)

A Relatora, Ministra Nancy Andrighi, e o Ministro Castro Filho conheceram do recurso especial, mas lhe negaram provimento.

Meu voto também é nesse sentido, em razão de situações que se apresentam no cotidiano do Tribunal no âmbito de *habeas corpus*. Se a sentença que reduz alimentos não irradiar efeitos imediatos, o alimentante estará sujeito à prisão civil, a despeito de já ter sido reconhecido judicialmente que não tem condições financeiras de pagar a pensão originariamente estipulada.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, negando-lhe provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sr. Presidente, como mostrou a Srª. Ministra Nancy Andrighi, a orientação da Corte ficou consolidada a partir do Recurso Especial n. 623.673-SP, no sentido de atribuir efeito devolutivo à apelação, seja quando há redução, seja quando há majoração dos alimentos.

Por essas razões, rendo-me e acompanho o voto da maioria.

RECURSO ESPECIAL N. 648.468-SP (2004/0062303-0)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrente: David Dias
Advogados: João José Ozores Angeli e outros
Recorrido: Pedro Clemente e Cônjuge
Advogado: Arnaldo Benedicto Salles

EMENTA

Adjudicação compulsória. Litisconsórcio. Cedentes.

1. Na ação de adjudicação compulsória é desnecessária a presença dos cedentes como litisconsortes, sendo corretamente ajuizada a ação contra o promitente vendedor.

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 no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Ari Pargendler.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: David Dias interpõe recurso especial, com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> "Adjudicação compulsória. Realmente, consoante a jurisprudência preponderante, é dispensável o registro do compromisso de compra e venda no cartório competente. Todavia, a não exigência desse registro, não exime o autor de propor a demanda contra os anteriores compromissários do imóvel, numa cadeia sucessiva de cessões. Os arts. 46, inciso II e 47, do CPC, determinam que duas ou mais pessoas devem integrar a lide quando os direitos e obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito, bem como a lide ser decidida de modo uniforme para todas as partes. Logicamente, no caso, caracteriza-se o litisconsórcio necessário, para que se verifique o regular encadeamento das vendas do imóvel, bem como das respectivas quitações, sem o que a pretensão não pode ser atendida. Processo anulado, de ofício, para que seja cumprido o art. 47, parágrafo único, do CPC, com a citação dos litisconsortes necessários (voto n. 2.246)." (Fl. 21)

Aponta o recorrente dissídio jurisprudencial, colacionando julgados, também, desta Corte, no sentido de que "a ação de adjudicação compulsória deve ser proposta contra os proprietários promitentes vendedores e não contra o cedente e, ainda, não dependendo de prévio registro" (fl. 31) e de "que quitado o preço, o compromisso particular não registrado dá ao comprador o direito à adjudicação

compulsória, vez que a única função do registro é a de garantir a oponibilidade do direito contra terceiros, o que pode ou não ser exercido sem representar prejuízo ao direito de adjudicação" (fl. 33). Argúi, ainda, que quando a quitação é "admitida pelo proprietário do imóvel e reconhecida pelo Sentenciante, adquire importância para a imposição da transferência do domínio do imóvel, de modo a evitar o enriquecimento sem causa diante do cumprimento das obrigações assumidas." (Fls. 34/35)

Expõe ser inviável a formação do litisconsórcio, "já que Marcos Antônio Biscalchin e Jair Rodrigues Pinto nenhum direito têm a postular em face do recorrente ou dos recorridos, bem como não há interesse, de quem quer que seja dentre os que figuraram nos instrumentos particulares, em exigir-lhes o cumprimento de alguma obrigação." (Fl. 35)

Sem contra-razões (fl. 87), o recurso especial (fls. 25/39) não foi admitido (fls. 89/91), tendo seguimento por força de agravo de instrumento (fls. 2/18) convertido em recurso especial. (Fl. 127)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O recorrente ajuizou ação de adjudicação compulsória.

A sentença julgou procedente o pedido considerando injustificada a recusa dos réus.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, de ofício, anulou o processo para que cumprido o art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Narra o acórdão que "Pedro Clemente e sua mulher, titulares do domínio, compromissaram a venda o imóvel a Marco Antonio Biscalchin, que, por sua vez, cedeu seus direitos a Jair Rodrigues Pinto, o qual, finalmente, também os cedeu ao apelado. Entretanto, figuram no polo passivo da demanda apenas os titulares do domínio, o que não se admite" (fl. 22). Afirmou, também, que consta ter sido a aquisição "feita do Sr. Jair Rodrigues Pinto, conforme instrumento de cessão de fls. 10/11, datado de 03.03.1997. Entretanto, não consta sequer a qualificação completa do cedente, sem a definição quanto a seu estado civil e possível necessidade da outorga uxória." (Fl. 23)

Provi o agravo de instrumento para examinar necessidade do cedente figurar no pólo passivo da ação de adjudicação compulsória.

Assinalo, desde logo, que esta Terceira Turma tem precedente no sentido de que o "direito a adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito

aos contratantes, não se condicionando a obligatio faciendi à inscrição no registro de imóveis." (REsp n. 247.344-MG, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ 16.04.2001; REsp n. 12.613-MT, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 30.09.1991; REsp n. 203.581-SP, da minha relatoria, DJ de 08.03.2000)

No que se refere à inclusão dos cedentes na qualidade de litisconsortes, já votei nesta Terceira Turma em orientação diversa daquela do acórdão, embora o especial não tenha sido conhecido com base na Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal. De fato, como acentuou o então Relator, Ministro Nilson Naves (REsp n. 96.372-RJ, DJ 29.03.1999):

> "Não me parece exato o fundamento de que haveria o cessionário de ajuizar a ação contra o cedente. Não, a ação foi proposta corretamente, em sendo proposta contra os proprietários promitentes vendedores. Neste aspecto, afigura-se-me correto o acórdão colacionado para o dissídio, proveniente do Tribunal de Alçado do Rio Grande do Sul, em cópia às fls. 144/147. Também não me parece exato o fundamento de que se depende do prévio registro. Não, não depende. Veja-se o seguinte: 'Promessa de venda de imóvel — instrumento particular — Adjudicação compulsória. Decreto-Lei n. 58/1937 — Lei n. 6.766/1979. A promessa de venda gera efeitos obrigacionais não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a obligatio faciendi à inscrição no registro de imóveis' (REsp n. 30, Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 18.09.1989)." (Fl. 46)

Não vejo mesmo razão para que sejam chamados os cedentes como litisconsortes. A obrigação decorrente da adjudicação compulsória é do promitente vendedor, pouco relevando o papel dos cedentes, considerando que o direito que se pretende somente pode ser cumprido pelo titular do domínio.

Conheço do especial e lhe dou provimento para afastar o óbice encontrado pelo acórdão, prosseguindo o Tribunal local no julgamento da apelação.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Como já relatado, David Dias interpõe recurso especial, com fulcro na alínea **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reformou a sentença de 1º grau, anulando o processo para o cumprimento do disposto no art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil. O Tribunal estadual assim concluiu:

"A presente demanda tem por finalidade 'suprir a declaração de vontade de quem prometeu vender o imóvel, e que se recusa à outorga da escritura definitiva' (...) Realmente, consoante a jurisprudência preponderante, é dispensável o registro do compromisso de compra e venda no cartório competente. (...)

Todavia, a não exigência desse registro, não exime o autor de propor a demanda também contra os anteriores compromissários do imóvel, numa cadeia sucessiva de cessões.

Na presente hipótese, Pedro Clemente e sua mulher, titulares do domínio, compromissaram a venda do imóvel a Marco Antônio Biscalchin, que, por sua vez, cedeu seus direitos a Jair Rodrigues Pinto, o qual, finalmente, também os cedeu ao apelado. Entretanto, figuram no polo passivo da demanda apenas os titulares do domínio, o que não se admite.

(...)

Logicamente, no caso, caracteriza-se o litisconsórcio necessário, para que se verifique o regular encadeamento das vendas do imóvel, bem como das respectivas quitações, sem o que a pretensão não pode ser atendida.

(...)

Consta também que a aquisição pelos autores foi feita do Sr. Jair Rodrigues Pinto, conforme instrumento de cessão de fls. 10/11, datado de 03.03.1997. Entretanto, não consta sequer a qualificação completa do cedente, sem a definição quanto a seu estado civil e possível necessidade da outorga uxória."

Em breve resumo, destaca-se que o ora recorrente propôs ação de adjudicação compulsória para o fim de obter a escritura do imóvel adquirido numa sucessão de três contratos firmados. O primeiro, Compromisso de Compra e Venda e os demais, Cessão de Compromisso de Compra e Venda e Cessão de Direitos e Obrigações.

O autor/recorrente é o cessionário do último instrumento e os recorridos são os compromissários vendedores originais.

Em seu voto, o eminente Relator, citando precedentes desta Terceira Turma, lembrou que "o direito a adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a 'obligatio faciendi' à inscrição no registro de imóveis".

E ainda, no que se refere à inclusão dos cedentes na qualidade de litisconsortes, discordou do acórdão, para dar provimento ao recurso especial, por

entender que a obrigação decorrente da adjudicação compulsória é do promitente vendedor, pouco relevando o papel dos cedentes, considerando que o direito que se pretende somente pode ser cumprido pelo titular do domínio.

Pedi vista.

De início, não obstante os novos debates que, após o advento do novo Código Civil (arts. 1.417 e 1.418), ressurgem sobre ser real a natureza da ação de adjudicação e não pessoal, bem como se a referida Súmula n. 239-STJ perdeu eficácia para os negócios celebrados na vigência do novo Código, o caso em apreço firmou-se anteriormente, e sob essa legislação deve ser analisado.

Para comprovar a divergência jurisprudencial, os recorrentes colacionaram cinco julgados. O primeiro, do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul; o segundo, terceiro e quinto, desta Corte e o quarto, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

No primeiro paradigma, o Tribunal entendeu que a ação de adjudicação deve ser proposta contra o proprietário, titular do domínio, e não contra os cedentes de direitos pessoais.

Mesmo entendimento adotou o Ministro Nilson Naves, REsp n. 96.372-RJ, trazido como segundo aresto divergente.

Do terceiro acórdão colacionado para o dissídio, REsp n. 83.571-PB, extrai-se a conclusão de que quitado o preço, o compromisso de compra e venda, mesmo não registrado, dá ao comprador o direito à adjudicação compulsória, vez que a única função do registro é a de garantir a oponibilidade do direito contra terceiros, o que pode ou não ser exercido sem representar prejuízo ao direito de adjudicação.

No quarto paradigma, o aresto demonstra que a quitação do preço, admitida pelo proprietário do imóvel, adquire a forma de requisito para a imposição da transferência do domínio do imóvel.

Por fim, o último aresto, RESP n. 37.466-RS, reconhece a ação de adjudicação como fundada em direito de natureza pessoal, dispensada, inclusive a outorga uxória, para a transferência do domínio.

Pois bem. A promessa de compra e venda é espécie de contrato através do qual uma pessoa, promitente ou comprimente vendedora, se obriga a vender a outra, promissária ou compromissária (ou promitente) compradora, bem imóvel por preço, condições e modos pactuados.

Em épocas idas, ante à falta de moral de alguns promitentes vendedores que, valendo-se do direito de arrependimento, preferiam sujeitar-se ao

pagamento de indenizações, que quase sempre consistiam na devolução do preço em dobro, a terem de passar a escritura definitiva, que seria desvantajoso, acabou tal prática a ser coibida pelo Decreto-Lei n. 58/37, com a redação dada pela Lei n. 6.014/1973, que visando a segurança das relações jurídicas, conferiu ao promissário comprador direito sobre o lote compromissado.

A ausência do direito real de aquisição no rol dos direitos reais do Código Civil de 1916, sendo previsto apenas em legislação extravagante, levou, inicialmente a jurisprudência a vacilar sobre a necessidade do registro da promessa de compra e venda como requisito para a adjudicação compulsória.

Após várias discussões jurisprudenciais e acadêmicas, o verbete mais recente sobre o tema, de n. 239 da Súmula desta Corte, anterior à Lei n. 10.406/2002, pôs fim ao embate jurisprudencial, dispondo: "o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis."

Destarte, quando da firmatura do compromisso de compra e venda do imóvel, tal como consta dos autos, os poderes inerentes ao domínio, ius utendi, fruendi e abutendi, deveriam ser transferidos ao promissário comprador após o pagamento do preço estipulado, sem a necessidade prévia do registro no cartório de imóveis.

Consta dos autos que o preço foi quitado integralmente pelo recorrente, da primeira à última parcela, diretamente aos recorridos e que os três instrumentos particulares de cessão estão gravados pelas cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade, bem como não foi prevista cláusula de arrependimento.

O tão debatido direito real oponível a terceiros, como já assinalado pelo eminente Ministro Waldemar Zveiter (REsp n. 30-DF), deve ser entendido no sentido de serem pensadas duas relações jurídicas: uma do compromitente vendedor com o primeiro compromissário, e a outra também do compromitente, porém com outros compromissários, dada ser lícita a promessa de venda futura. Situação diversa dos autos, onde ocorreu cadeia de cessão de direitos, e não várias promessas de compra e venda.

Os contratos de compra e venda e cessão de direito de imóveis, portanto, sem cláusula de arrependimento, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que cumpridos pelo compromissário comprador, conferem-lhe o direito à adjudicação compulsória, de natureza pessoal e relativa, e, oponível apenas ao promitente vendedor. Pago o preço, os poderes do domínio enfeixam-se no patrimônio do adquirente.

O promissário comprador quitou o preço avençado no contrato, uma vez que os recorridos não contestaram a alegação de que receberam do próprio recorrente, durante dezoito meses, o valor devido, o que leva à presunção de anuência quanto às cessões de direitos e obrigações posteriores.

Consta, inclusive, no relatório do acórdão hostilizado que os recorridos 'acrescentam que não têm quaisquer pretensões quanto à unidade residencial vendida mesmo porque receberem todo o preço (...)'.

Definida a ação compulsória como pessoal, que pertine ao compromissário comprador, deve ser ajuizada em face de quem seja o titular do domínio do imóvel.

Assim, mesmo que caracterizada a cadeia de cessão de direitos aquisitivos, exigível pela parte que integra o último elo da cadeia de cessões o registro da concretização da aquisição imobiliária contra aquele que possui o real domínio do bem, assim que ele reconhecer que o preço foi pago.

A propósito, reitero a citação do ilustre Relator quanto ao REsp n. 96.372-RJ, de relatoria do Ministro Nilson Naves:

> "Não me parece exato o fundamento de que haveria o cessionário de ajuizar a ação contra o cedente. Não, a ação foi proposta corretamente, em sendo proposta contra os proprietários promitentes vendedores."

Por fim, compulsando os autos, verifica-se que em todo o momento os recorridos admitiram que não se opõem à lavratura da escritura, mas não sabiam a quem outorgar.

Não se pode, no mundo atual, ante à necessidade de agilização dos negócios jurídicos, admitir impedimentos de índole formal, à concretização da vontade das partes contratantes, se a obrigação já foi cumprida.

A substância do ato e não só sua instrumentalização há de orientar o julgador, para que, analisando o caso que lhe é trazido, possa cumprir a prestação jurisdicional.

A ação de adjudicação dirige-se contra o dono ou titular da coisa, que se obrigou a vender e não contra o cedente. Pago o preço, não seria justo privar-se o adquirente do domínio, não se justificando, inclusive, o enriquecimento sem causa.

Pelo exposto, acompanho o eminente Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 649.261-RJ (2004/0044005-0)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrente: Maytag Corporation
Advogados: Luiz Henrique Oliveira do Amaral, Eliana Oliveira de Matos Sousa e outros
Recorrido: Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI
Procuradores: Rosa Maria Rodrigues Motta e outros
Recorrido: Springer S/A
Advogados: Graziela Ferreira Soares e outros
Sustentação oral: José Henrique Vasi Werner, pelo recorrente

EMENTA

Declaração de caducidade de marca. Natureza do contrato. Ausência de utilização.

1. Constando da inicial que o contrato além de transferência de tecnologia e assistência técnica previa a licença para uso de marca fica desbastada no plano infraconstitucional a necessidade de sua averbação no órgão competente, antigamente Departamento Nacional de Propriedade Industrial, hoje Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI.

2. O art. 94 do Código da Propriedade Industrial autoriza que o INPI possa declarar de ofício a caducidade da marca por falta de uso.

3. Explicitando o acórdão que o deferimento da marca não foi para produtos importados e, ainda, que outros meios havia para que a marca não ficasse inativa, não se sustenta o argumento da força maior diante da vedação da importação de produtos que seria objeto dos registros da recorrente.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho e Ari Pargendler votaram com

o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 6 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 16.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Maytag Corporation interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região assim ementado:

> "Administrativo. Caducidade de registro de marca. Ilegitimidade da empresa requerente. Inocorrência. Decreto-Lei n. 7.903/1945. Necessidade de averbação do contrato de autorização de uso no Departamento Nacional de Propriedade Industrial.
>
> Não tendo sido comprovada a correspondência entre o contrato de autorização de uso e a marca cuja caducidade foi requerida, não há que se falar em ilegitimidade da empresa requerente em razão de impedimento contratual.
>
> Os contratos de autorização de uso de marca registrada celebrados na vigência do Decreto-Lei n. 7.903 só produziam efeitos depois de averbados no Departamento Nacional da Propriedade Industrial. Lei n. 5.772/1971. Possibilidade de declaração de caducidade *ex officio*.
>
> A Lei n. 5.722/1971 estabelecia que a declaração da caducidade poderia se dar *ex officio* ou mediante requerimento de qualquer interessado, donde se conclui que, mesmo que o impulso inicial decorresse de quem não tivesse interesse, verificando o INPI a existência de motivo, poderia dar continuidade ao processo.
>
> Impossibilidade de importação. Inexistência de impedimento ao uso da marca. Ausência de comprovação de utilização. Aplicação do princípio da obrigatoriedade do uso.
>
> A impossibilidade transitória de importação de determinados produtos não impede o uso da marca, posto que esta não foi deferida para produtos importados.
>
> Inexistindo nos autos elementos que atestem a efetiva utilização da marca em debate, bem como a ocorrência de justo impedimento para tanto,

não há como ser anulado o procedimento que culminou com a declaração de caducidade do registro, tendo em vista a imperiosa aplicação do princípio da obrigatoriedade do uso, consagrado em nossa legislação marcária." (Fl. 588)

Opostos embargos de declaração (fls. 594 a 597), foram rejeitados. (Fls. 600/603)

Sustenta a recorrente violação do art. 147 do Decreto-Lei n. 7.903/1995, ao argumento de que o "v. acórdão ora atacado entendeu haver a necessidade de averbação do contrato de transferência de tecnologia celebrado entre as partes ora litigantes, para que o mesmo produzisse seus efeitos legais" (fl. 614), mas que "não havia quando da celebração do contrato de transferência de tecnologia e assistência técnica, qualquer norma expressa que ordenasse a averbação do referido instrumento particular perante o Departamento Nacional da Propriedade Industrial" (fl. 617) e que "o referido texto de Lei não condicionava a averbação de contratos de transferência de tecnologia para o início da produção de seus efeitos legais." (Fl. 617)

Alega contrariedade aos arts. 94 e 107 do Decreto-Lei n. 7.903/1945; 76 do Código Civil e 3º e 295, incisos II e III, do Código de Processo Civil, ao argumento de que o requerimento de caducidade foi abusivo e insustentável, uma vez que, sendo "a ora Recorrida parceira comercial da ora Recorrente, não poderia ter pleiteado a caducidade de registros para marca na qual também era objeto do contrato celebrado entre as partes" (fl. 620) e que "o argumento apresentado no v. acórdão atacado, e acima reproduzido, de que mesmo sendo a ora Recorrida legitimada para requerer a caducidade, poderia o INPI prosseguir, de ofício, ao exame do pedido de caducidade, também não pode prosperar." (Fl. 620)

Aduz, ainda, ofensa ao art. 94 da Lei n. 5.772/1971 que "excluía a possibilidade de caducidade de um registro para marca quando ocorresse 'motivo de força maior' que justificasse seu desuso pelo titular do registro" (fl. 622), pois no "presente caso restou comprovado nos autos que durante o período de investigação do uso da marca 'Admiral', a Recorrente não poderia utilizá-la diretamente, pois a importação de seus produtos estava proibida por força dos Comunicados Cacex ns. 56/1983, 105/1984 e 133/1995 (fls.), que vedavam a importação de aparelhos elétricos de uso doméstico (exatamente o objeto dos registros da ora Recorrente)" (fl. 622) e que "a falta de uso da marca decorreu, também, do descumprimento contratual por parte da Recorrida." (Fl. 622)

Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando julgados de outros Tribunais.

Contra-arrazoado (fls. 673/688), o recurso especial (fls. 608/630) foi admitido. (Fls. 691/693)

Houve recurso extraordinário (fls. 642/653), admitido. (Fls. 694/695)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): A recorrente ajuizou ação ordinária de restauração de registro de marca alegando que em outubro de 1966 "Springer S/A e Admiral Corporation celebraram um contrato de transferência de tecnologia e assistência técnica, onde a primeira seria assistida pela segunda na produção de refrigeradores, congeladores, condicionadores de ar e partes desses artigos (Doc. n. 3), permitindo à Ré o desenvolvimento de autosuficiência tecnológica em relação a tais produtos" (fl. 3), estabelecendo o contrato, ainda, a licença de uso da marca Admiral em conjunto com a própria marca Springer. Por outro lado, prossegue a inicial, o acordo prevê que "para a utilização da marca, comprometeu-se a licenciada que não irá jamais reivindicar qualquer direito em relação à marca e não irá prejudicar, de qualquer modo, os direitos da licenciante quanto à sua marca e respectivos registros. Indo além, assumiu a licenciada a obrigação de jamais reclamar qualquer direito quanto à marca em razão do uso que se lhe autorizou. A obrigação negativa assumida pela licenciada transcende o próprio contexto do contrato de assistência técnica e deságua no campo do comprometimento irrevogável, de caráter perpétuo. Implica, é certo, no reconhecimento da titularidade da marca 'Admiral'" (fls. 3/4). O contrato foi registrado no Banco Central do Brasil, que expediu o certificado correspondente, não sendo, porém, averbado no INPI. Posteriormente, a Admiral Corporation cedeu o contrato Magic Chef Inciso, "predecessora da Autora, Maytag Corporation, e isso como resultado de fusões e reincorporações havidas nas empresas (Doc. n. 5). Aliás, abra-se parênteses aqui para esclarecer que, consoante as disposições contratuais, tal cessão pela licenciante prescindia de qualquer anuência ou consentimento" (fl. 4). Ocorre que apesar "de ser licenciada e ter se comprometido a não reivindicar jamais qualquer direito sobre a marca licenciada, eis que Springer S/A depositou a referida marca como se sua fosse sob o Processo n. 812320115, e, além disso, requereu a caducidade dos Registros ns. 730225909 e 002456605, em flagrante violação das disposições contratuais e dos mais basilares postulados da ética comercial" (fl. 4). Ademais, "para assenhorar-se da marca de sua parceira comercial, a Springer S/A cedeu o depósito para a Springer Carrier Do Nordeste S/A, na esperança de dificultar quaisquer reclamos por parte da legítima titular da marca" (fl. 4). O contrato, como prova a correspondência entre as em-

presas, iria, com prorrogação, até 31.12.1990. Entretanto, em "04.01.1986, foi a Autora surpreendida. Sua parceira comercial decidira requerer a caducidade de seus registros a ela licenciados. Se era ela a única empresa a quem seria possível e cabível comprovar o uso da marca 'Admiral', evidente que a ela não poderia ser dado o direito de demandar amputação dos registros por falta de uso da marca" (fl. 5). E o pedido foi deferido, desprovido pelo INPI o recurso interposto. O que se verifica, afirma a inicial, é que a empresa ré "em decorrência da tecnologia que lhe foi fornecida para fabricar refrigeradores, congeladores e condicionadores de ar, alcançou auto-suficiência e, por isso, desistiu unilateralmente da contratação, decidindo, então, simplesmente apoderar-se da marca da parte contrária" (fls. 5/6). Finalmente, pede a "procedência do pedido para o efeito de decretar a anulação da decisão administrativa, publicada no órgão oficial de 19.01.1988, declarando a caducidade dos Registros ns. 730225909 e 002456605 ambos para a marca 'Admiral', restaurando sua vigência, eis que a requerente carece de legitimidade para postulação da medida." (Fl. 10)

A sentença julgou improcedente o pedido. O Juiz Federal rejeitou as preliminares de conexão e de ausência de caução, irregularidade na representação processual e ilegitimidade na juntada de documentos probatórios. No mérito, afirmou que a autora não comprovou a averbação de seu contrato junto ao INPI, daí a legalidade da decisão que declarou a caducidade dos registros.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento à apelação. A primeira questão diz com a necessidade do registro do contrato de permissão de uso de marca perante o Departamento Nacional de Propriedade Industrial, então competente para tanto. Examinando a legislação aplicável, asseverou o acórdão "que no período de 28.02.1967 a 21.10.1969 não havia a necessidade de averbação do contrato de permissão de uso perante o então Departamento Nacional de Propriedade Industrial" (fl. 574). O Tribunal local entendeu que o contrato em questão nestes autos foi assinado em 08.10.1966, registrado perante o Banco Central do Brasil em 04.01.1967, "ainda na vigência do Decreto-Lei n. 7.903/1945, o qual, conforme acima transcrito, estabelecia expressamente que os efeitos do pactuado estariam condicionados à averbação no Departamento Nacional de Propriedade Industrial" (fl. 575). Por isso, "além de não ter ficado comprovado que o contrato firmado entre a Autora a 2ª Ré se referia aos registros objeto da presente demanda, é certo que, não tendo sido atendida a exigência mencionada no parágrafo anterior, não havia como opor ao INPI as disposições de suas cláusulas" (fl. 575). Diante disso, considerou o acórdão "que não restou configurada a existência de óbice contratual ao requerimento de caducidade

perpetrado pela 2ª Ré, à qual, outrossim, não há como negar o legítimo interesse na respectiva declaração, porquanto requereu o registro da marca em questão, visando utilizá-la em seus produtos" (fl. 575). Contudo, ainda que assim não fosse, a pretensão da recorrente esbarraria no art. 94 do Código de Propriedade Industrial, vigente à época do requerimento de caducidade, que estabelecia que a declaração de caducidade poderia ocorrer de ofício ou mediante requerimento de qualquer de qualquer interessado, "donde se conclui que, mesmo que o impulso inicial decorresse de quem não tivesse interesse, verificando o INPI a existência de motivo, poderia dar continuidade ao processo, o que, aliás, está expressamente preconizado no Ato Normativo n. 67, de 29.12.1983, do próprio INPI, referido à fl. 362" (fl. 576). Por fim, adiantou que a alegação de força maior que impedisse o uso da marca não tem apoio porque a dificuldade de importação de certos produtos é insuficiente considerando que a marca "não foi deferida para produtos importados" (fl. 576). Concluiu o acórdão que, "inexistindo nos autos elementos que atestem a efetiva utilização da marca em debate, bem como a ocorrência de justo impedimento para tanto, não há como ser anulado o procedimento que culminou com a declaração de caducidade do registro. Trata-se de aplicação direta do princípio da obrigatoriedade do uso, consagrado em nossa legislação marcária, a fim de impedir o abuso na utilização das chamadas 'marcas de reserva ou de obstrução', as quais constituem prejuízo à livre concorrência, porquanto tornam mais restrito o campo de escolha do interessado na exploração de uma marca." (Fls. 576/577)

Os embargos de declaração foram rejeitados.

O especial começa por apontar equivocada interpretação do art. 147 do Decreto-Lei n. 7.903/1995 no sentido de que prescindível a averbação do contrato de transferência da tecnologia ao argumento de que a exigência era apenas para os contratos de exploração de marcas e não de transferência de tecnologia e assistência técnica. No caso, insiste a recorrente em que se tratava de contrato de transferência de tecnologia e de assistência técnica sendo, por isso, tão-somente necessário o registro no Banco Central do Brasil para efeito das remessas financeiras ao exterior. Por outro lado, a Lei n. 5.772/1971 estabeleceu que os contratos de transferência de tecnologia que estivessem em vigor deveriam ser averbados no INPI, mas pelo contratante domiciliado no país, o que não foi cumprido pela empresa receptora da tecnologia.

Em seguida, argúi violação dos arts. 94 e 107 do Código de Propriedade Industrial; 76 do Código Civil e 3º e 295, II e III, do Código de Processo Civil. A recorrente alega que, nos termos do art. 94 do Código da Propriedade Industrial, por interessado "só se pode entender aquele cujas intenções sejam legítimas e

não escondam práticas desleais e fraudulentas, mesmo porque não iria o legislador premiar aquele que age com dolo, com o fito de prejudicar, de forma indevida, outrem" (fl. 618). No caso, prossegue a recorrente, é possível "vislumbrar-se a atitude ilícita da empresa Recorrida, pois ela é com toda certeza, mais do que palpável. A Recorrida, como já comentado, era contratada da ora Recorrente. Certo dia, decide a ora Recorrida romper com o pacto e requerer a caducidade dos registros da Recorrente. Pior: deposita a marca da Recorrente como sendo sua e, posteriormente, obtém seu registro" (fls. 618/619), daí que fica evidente ser abusivo e insustentável o pedido de caducidade, repetindo que a "má-fé da Recorrida é que gerou toda a presente situação jurídica, não valendo prosperar o argumento de que poderia o INPI, por vontade própria, ter anulado os registros da ora Recorrente, sob pena de se estar beneficiando a parte infratora" (fls. 620/621). Finalmente, no campo da letra **a**, afirma que houve, sim, força maior porque comprovado nos autos "que durante o período de investigação de uso da marca 'Admiral', a Recorrente não poderia utilizá-la diretamente, pois a importação de seus produtos estava proibida por força dos Comunicados Cacex ns. 56/1983, 105/1984 e 133/1995 (fls.), que vedavam a importação de aparelhos elétricos de uso doméstico (exatamente o objeto dos registros da ora Recorrente). Ademais, também, não poderia caducar os registros da ora Recorrente, pois a falta de uso da marca decorreu, também, do descumprimento contratual por parte da Recorrida (já comentado acima)." (Fl. 622)

O exame do especial afasta a matéria que está no âmbito do extraordinário, qual seja, a do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal sobre o campo da inexistência da previsão legal de averbação dos contratos de transferência de tecnologia e assistência técnica no antigo Departamento Nacional de Propriedade Industrial.

O tema está bem claro, na minha compreensão. O pedido da autora é para anular a decisão administrativa que declarou a caducidade dos registros da marca "Admiral".

Entendo que a primeira controvérsia está relacionada com a natureza do contrato, que, segundo a autora, seria de transferência de tecnologia e assistência técnica, não de marca, com o que não haveria lugar para a exigência de registro junto ao antigo Departamento Nacional de Propriedade Industrial. Mas não é isso que se vê dos autos. A inicial afirma que o contrato era, de fato, misto, porquanto de transferência de tecnologia e assistência técnica, estabelecendo, ainda, a licença de uso da marca "Admiral" em conjunto com a própria marca "Springer". Assim, não tenho dúvida de que o contrato alcançava a licença de uso da marca, com o que a objeção posta pela recorrente fica flácida. Se o contrato

dispunha sobre o uso de marca além da transferência de tecnologia, pertinente no plano infraconstitucional a interpretação oferecida nas instâncias ordinárias sobre a necessidade da averbação, passando ao largo, como já anotei ao início, do tema relativo à impugnação montada no extraordinário.

Em seguida, examino a questão em torno da caducidade. De fato, a caducidade pode dar-se de ofício se não houver a utilização da marca, salvo motivo de força maior. Isso não se discute, porquanto é texto expresso de lei. Não tem espaço, portanto, a questão da legitimidade da recorrida para pedir a declaração de caducidade, se não houve a efetiva utilização da marca, como reconhecido pelo acórdão considerando os elementos disponíveis nos autos. Restaria verificar a alegação de força maior. O acórdão, como já vimos, entendeu que não haveria como identificar essa força maior em decorrência de vedação transitória de importação de determinados produtos, porque a marca não foi deferida para produtos importados, adiantando que se houve "impedimento à importação, bem como interesse na manutenção do registro, caberia à empresa se valer de outros mecanismos que viabilizassem sua utilização, o que poderia ser feito até mesmo por meio de concessão do uso da marca, o que, como visto acima, não se comprovou ter ocorrido com a 2ª Ré" (fl. 576). O bem armado recurso especial contradiz esse fundamento afirmando que existe comprovação da vedação da importação de produtos importados, além da falta de uso resultar também do descumprimento do contrato pela recorrida. Essa parte final não está no acórdão, que não tratou do descumprimento de contrato pela recorrida. Mas não desafiou o especial o fundamento de que a marca não foi deferida para produtos importados, com o que esse obstáculo estaria prejudicado.

Nesta Terceira Turma há precedente antigo, Relator o Ministro Nilson Naves, em que se assinalou que "'se não quis a embargada fabricar e comercializar seus produtos, através da sociedade brasileira na qual está, pelo menos em parte, travestida, poderia, perfeitamente, ter efetivado importações através da Zona Franca de Manaus, adaptando-se à sistemática imposta pela política econômica brasileira'" (REsp n. 33.759-RJ, DJ 24.10.1994). Há outro mais recente, Relator o Ministro Ari Pargendler, em que se afirmou que "o acórdão mostrou que por mais de um meio seria possível utilizar-se da marca no Brasil, muito embora vedada a importação dos produtos que ela distingue. Assim, a fabricação pela empresa aqui sediada e de que a recorrente detém noventa e oito por cento do capital. Acrescentou argumentos, tirados da sentença proferida em outro caso, mencionando a viabilidade de importação pela Zona Franca de Manaus". E, mais: "Essas possibilidades existiam e não se pode afirmar tenha havido violação da lei, por parte do julgado recorrido, quando as teve como capazes de afastar a alegação de força maior." (REsp n. 242.032-RJ, DJ 23.04.2001)

No caso, tenho que se o acórdão afirmou que a marca não foi deferida para produtos importados, afirmação que não foi desmentida no especial, e que havia meios de fazer a utilização para evitar a caducidade, não se pode dizer que houve violação do art. 94 do Código de Propriedade Industrial. Mas, além disso, é necessário considerar que o acórdão relevou, ainda, a circunstância de o tema não constar do fundamento da inicial nem ter sido objeto de exame na sentença, traço da fundamentação que não foi desafiado pelo especial.

O dissídio não prospera diante das razões acima deduzidas alcançando a força maior, considerando a base empírica diversa, presente o que dispôs o acórdão sobre o fato de não ter sido deferida a marca para produtos importados.

Anoto, por fim, que o acórdão não examinou o comportamento da ré, se de má-fé, ardiloso, fraudulento, permanecendo apenas nas questões jurídicas.

Com essas razões, não conheço do especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Pedi vista dos autos porque me impressionou, no memorial apresentado pela Maytag Corporation e na sustentação oral que o respectivo procurador fez no início do julgamento deste recurso especial, a alegação de que Springer S/A teria agido com torpeza.

A leitura do processo proporcionou-me a constatação de que o argumento constava das razões do recurso especial, *in verbis*:

> "Não é preciso caminhar muito para vislumbrar-se a atitude ilícita da empresa Recorrida, pois ela é com toda certeza mais do que palpável. A Recorrida, como já comentado, era contratada da ora Recorrente. Certo dia, decide a ora Recorrida romper com o pacto e requerer a caducidade dos registros da Recorrente. Pior: deposita a marca da Recorrente como sendo sua e posteriormente obtém seu registro.
>
> Por tudo isso, o requerimento de caducidade enfocado emerge abusivo e insustentável. Como parceira comercial, a ora Recorrida está distante de consistir em parte legítima para suscitar a caducidade. Fez ela tábula rasa de milenares princípios jurídicos e negociais. O instituto da caducidade não foi criado para dar abrigo a atos desse tipo, servindo de mecanismo para consecução de fins ilegais." (Fl. 619)

Mais do que isso, a circunstância vem sendo enfatizada desde a petição inicial:

> "Apesar de ser licenciada e ter se comprometido a não reivindicar jamais qualquer direito sobre a marca licenciada (...) Springer S/A (...) requereu a caducidade dos registros (...) em flagrante violação das disposições contratuais e dos mais basilares postulados da ética comercial." (Fl. 4)

As instâncias ordinárias, todavia, não valorizaram essa circunstância, porque o contrato — à míngua de averbação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial — nunca teria produzido efeitos perante terceiros.

As razões do recurso especial sustentam que o art. 147 do Decreto-Lei n. 7.903, de 1945, foi mal aplicado; a aludida norma legal — dizem — não se refere aos contratos de transferência de tecnologia e de assistência técnica, e sim aos contratos de exploração de marca.

O Tribunal *a quo*, todavia, decidiu a respeito de um contrato de permissão de uso de marca, *in verbis*:

> "Divergem as partes, inicialmente, quanto à necessidade de registro do contrato de permissão de uso da marca em questão perante o Departamento Nacional da Propriedade Industrial, órgão competente para tanto à época." (Fl. 574)

Por outro lado, se a caducidade do registro pode ser declarada de ofício, perde o sentido a discussão a respeito da legitimidade de Springer S/A para requerê-la.

Finalmente, não houve impedimento ao uso da marca. A exploração da marca foi autorizada em relação a produtos nacionais, não a produtos importados.

Acompanho, por isso, o voto do Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 652.069-RS (2004/0047443-5)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrente: Melson Temelero S/A
Advogada: Maristela Beduschi
Recorrido: Ademir de Oliveira da Silva
Advogado: Antônio Amílcar Gomes Fernandes

EMENTA

Cartão de crédito. Utilização da marca de empresa comercial. Legitimidade passiva da empresa comercial.

1. Descaracterizada na instância ordinária a existência de conglomerado econômico, não tem a empresa comercial que cede seu nome para ser usado em cartão de crédito legitimidade passiva para responder em ação de revisão de cláusulas contratuais diante da cobrança de encargos excessivos.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 16.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Melson Tumeleiro S/A interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"Cartão de crédito. Ação revisional. Contrato de prestação de serviço de

I - administração de cartões de crédito. Teoria da aparência. Conglomerado econômico. Aplicação do princípio da aparência. Carência de ação não configurada. Precedente jurisprudencial.

II - aplicabilidade das normas cogentes do CDC. Admissibilidade de revisão por conter o contrato cláusulas nulas de pleno direito. Juros de 12% ao ano, com prestações corrigidas pelo IGP-M. Vedada a capitalização.

Exclusão da comissão de permanência. Multa moratória fixada em 2%. Juros de mora de 6% a.a., Em face de pedido expresso do autor.

Apelação Provida." (Fl. 107)

Sustenta a recorrente violação do art. 301, inciso I, do Código de Processo Civil, haja vista que a referida empresa "não é parte legítima para figurar no pólo passivo." (Fl. 125)

Alega ofensa aos arts. 267, inciso VI, e 295, incisos I e III, do Código de Processo Civil, afirmando que a *"empresa recorrente, licenciou apenas a sua Marca ou Nome para figurar nos cartões de crédito Construcred — Visa*, não tendo qualquer ingerência sobre os mesmos" (fl. 126) e que "nada tem a ver com a administração, gerência, emissão, fatura, cobrança e enfim, com o cartão de crédito Construcred Visa." (Fl. 128)

Explica que a "recorrente não pode responder por uma ação revisional se não celebrou qualquer negócio com a parte adversa." (Fl. 132)

Aduz que "a Administradora do Cartão de Crédito, que celebrou contrato com o ora recorrido (Banco Comercial Uruguai S/A.) é uma Instituição Financeira, não se limitando, em suas operações, a juros de 12% ao ano, e nem se sujeitando às normas da Lei de Usura, por força da Lei n. 4.595/1964." (Fl. 133)

Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando julgados, também, desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 147/160), o recurso especial (fls. 123/145) foi admitido. (Fls. 162/164)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O recorrido ajuizou ação de revisão de contrato de cartão de crédito alegando encargos excessivos.

A sentença julgou o autor carecedor da ação por ilegitimidade passiva da ré ao fundamento de que esta "apenas firmou contrato de uso de sua marca com o Banco Comercial Uruguai S/A, a fim de que este a utilizasse nos cartões de crédito e de débito do banco, nos termos da cláusula segunda do contrato juntado com a contestação, às fls. 54/60." (Fl. 90)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a ilegitimidade passiva com base na teoria da aparência, apoiado na idéia de conglomerado econômico, e fez a revisão do contrato para reduzir os juros a 12% ao ano com prestações

corrigidas pelo IGP-M, vedada a capitalização e a comissão de permanência, com juros de mora de 6% ao ano e multa em 2%.

Enfrento primeiro a questão da ilegitimidade passiva como reconhecida na sentença.

O próprio acórdão cuidou de afirmar que, embora "no caso concreto, as empresas envolvidas não pertençam ao mesmo conglomerado econômico, perante o consumidor, assumiram conjuntamente as obrigações contratuais. Não só a fatura de pagamento indica todas as empresas, mas a própria denominação do contrato — Construcred Tumelero — evidencia a participação da ré." (Fl. 111)

De fato, se não está caracterizada a existência de conglomerado econômico, não há razão para aplicar a jurisprudência, mencionada pelo Tribunal local, que agasalha essas hipóteses.

Por outro lado, a empresa comercial que mantém contrato de cessão do nome para utilização em cartão de crédito não pode ser parte legítima em ação de revisão de cláusulas contratuais relativas aos encargos cobrados em cartões de crédito, porquanto não tem qualificação apropriada para fazer modificá-las. O que existe, na minha compreensão, é apenas um contrato separado entre a empresa administradora de cartão de crédito e a empresa comercial para a utilização do nome da última em cartão de crédito da instituição financeira. A marca da empresa, assim, aparece no cartão de crédito, mas a empresa é aquela da origem do cartão. Não se trata de cartão emitido pela própria empresa comercial, mas, tão-somente, de cartão de crédito emitido por instituição financeira autorizada que usa a marca da empresa ao lado da sua. Com isso, não há como identificar a legitimidade passiva.

Conheço do especial e lhe dou provimento para restabelecer a sentença.

RECURSO ESPECIAL N. 654.741-SP (2004/0055621-8)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Banco Bradesco S/A
Advogados: Lino Alberto de Castro, Maria das Graças R. de Melo e outros
Recorrido: Antônio João da Silva

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação de busca e apreensão. Conversão em ação de depósito. Bem encontrado em estado de sucata. Orientação jurisprudencial do STF.

Seguindo orientação jurisprudencial do STF, a localização do bem dado em garantia em estado de sucata pode ser equiparada à sua não localização, o que autoriza a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Ausente, ocasionalmente nesta assentada, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Castro Filho.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial, arrimado na alínea **c** do permissivo constitucional, interposto por Banco Bradesco S/A, contra acórdão proferido pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Ação: de busca e apreensão, fundada em alienação fiduciária, proposta pelo ora recorrente em face do recorrido.

Decisão: o ora recorrente requereu ao Juízo singular que fosse declarada a ineficácia do ato de apreensão realizado, pretendendo equiparar a localização do bem em estado de sucata à sua não localização. Foi, então, determinado que retificasse seu pedido sob o argumento de que a renúncia ao depósito acarretaria a perda do objeto da lide.

Acórdão: negou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pelo recorrente, nos termos da seguinte ementa:

> "Agravo de instrumento. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Veículo localizado em estado de sucata. Recusa do credor em apreendê-lo. Conversão em ação de depósito. Inadmissibilidade.
>
> Admitindo o credor que o bem dado em garantia fiduciária perdeu seu valor econômico e perdeu suas qualidades essenciais, tanto que se recusou em apreendê-lo quando localizado, inviável a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito.
>
> Recurso improvido."

Recurso especial: apresenta divergência jurisprudencial para fundamentar seu entendimento de que é possível a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, quando o bem dado em garantia for localizado em estado de sucata, situação que deve ser equiparada à sua não localização.

Não foram apresentadas contra-razões.

Decisão admitindo o recurso especial às fls. 134/135.

É o relato do necessário.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O cerne da controvérsia cinge-se a saber se é possível a conversão de ação de busca e apreensão em ação de depósito quando o bem dado em garantia for localizado em estado de sucata, situação que poderia ser equiparada à não localização.

O acórdão recorrido entendeu que a "circunstância de o veículo encontrar-se em estado de sucata não afasta a sua apreensão, considerando-se o seu valor comercial que possibilita a sua venda, com abatimento do valor obtido no saldo devedor de responsabilidade do devedor fiduciário, mostrando-se, pois, inadmissível a declaração de ineficácia do ato constritivo para que se converta a ação de busca e apreensão em depósito." (Fl. 58)

E concluiu que:

> "Ainda assim não o fosse, entendendo o agravante que o bem perdeu suas qualidades essenciais, ou o valor econômico, implica reconhecer o perecimento do objeto, nos termos do art. 78, do Código Civil de 1916. (...)
>
> Assim, recusando-se o credor em recuperar o bem no estado em que se encontra (sucata), por entendê-lo sem valor econômico, insta concluir que

houve perecimento do objeto e, por conseqüência, perece a respectiva ação de depósito diante do desaparecimento da responsabilidade depositária, sem prejuízo da responsabilidade do devedor pelo débito." (Fls. 58/59)

Inconformado, sustenta o recorrente que o recorrido, ao firmar o contrato, passou "a ser possuidor direto do bem e fiel depositário do mesmo, assumindo todas as responsabilidades e encargos que lhe atribuem as leis civil e penal" (fl. 73). Entende, ainda, que o bem está em péssimo estado de conservação "por culpa exclusiva do Agravado (ora recorrido), o qual ignorando a sua condição de fiel depositário, destruiu o referido bem, destituindo-o de qualquer valor econômico" (fl. 82). E em razão do descumprimento de tal obrigação, o localização do bem em estado de sucata deve ser equiparada à não localização.

Para corroborar sua alegação, colaciona julgado do Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário n. 102.242-6-MG, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, publicado no DJ 1º de julho de 1988, que decidiu é possível a conversão da ação de busca e apreensão em depósito, quando o bem dado em garantia for localizado em estado de sucata. O RE está assim ementado:

"Ementa oficial: Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão: transformação em ação de depósito. É possível, encontrando-se o bem sob as normas que disciplinam a alienação fiduciária, que seja ação de busca e apreensão transformada em ação de depósito se os equipamentos objeto da alienação se encontravam desmontados, a maioria de suas peças sendo consideradas como sucata, e muitas também assim classificadas, sem sequer serem identificadas como pertencentes a tais equipamentos. Incabível pretender-se, nessas circunstâncias, que o credor removesse as peças assim encontradas. Recurso que se dá provimento para que, tendo-se como cabível a ação de depósito, voltem-se os autos ao Tribunal a quo, para que como tal a aprecie."

Este, também, o entendimento adotado por esta Terceira Turma, no julgamento do REsp n. 51.522-MT, de relatoria do Ministro Waldemar Zveiter, publicado no DJ 07.11.1994, assim ementado:

"Civil e Processual Civil. Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Conversão em ação de deposito. Possibilidade.

I - a doutrina e a jurisprudência dos tribunais afirmam entendimento no sentido de que, encontrando-se os bens em garantia, sob as normas disciplinadoras da alienação fiduciária, e sendo estes ou partes destes danificados ou considerados sucatas, pode o credor, para obter a satisfação de seu credito fiduciário, requerer a conversão do pedido de busca e

apreensão, nos mesmos autos, em ação de deposito (art. 4º, do Decreto-Lei n. 911/1969). Impossível, nestas circunstancias, pretender-se a busca e apreensão daqueles, em face do estado precário. Precedentes do STF.

II - recurso conhecido e provido."

Dessa forma, seguindo a linha de entendimento do STF, já adotada por esta Terceira Turma, tenho que a localização do bem dado em garantia em estado de sucata, pode, em verdade, ser equiparada à sua não localização, autorizando, via de conseqüência, a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito. Isso porque o bem dado em garantia, já não mais existe; o veículo em condições de uso passou a ser sucata.

Forte em tais razões, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para determinar a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, devendo remeter-se os autos ao Juízo de origem, a fim de que o feito prossiga na esteira do devido processo legal.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Conforme afirmou a eminente Ministra-Relatora, a questão resume-se em definir a possibilidade da conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito quando o bem alienado fiduciariamente tiver virado sucata, por equiparação à situação da não localização do bem.

Seguindo a orientação dos precedentes desta Turma e do STF, citados pela eminente Relatora, a conclusão é de que é possível a conversão de busca e apreensão em ação de depósito quando o bem dado em garantia (no caso, um veículo) virar sucata. Tal situação, pelo esvaziamento do valor econômico, equipara-se à não localização do bem, ensejando a conversão em ação de depósito.

Contudo, tenho posicionamento em sentido contrário, pois, a meu ver, não cabe prisão civil nessa hipótese (cf. HC n. 40.196, de minha Relatoria, e o entendimento que o STF tende a consolidar no RE n. 466.343-SP). Logo, não há razão para conversão da busca e apreensão em ação de depósito.

Com tais considerações, rogo vênia para divergir da eminente Relatora.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O banco recorrente interpôs agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido para declarar a ineficácia do ato de apreensão realizado nos autos de ação de busca e apreensão "em virtude do péssimo estado de conservação do bem apreendido, para que seja res-

tituído ao Agravado, uma vez que não será de nenhuma valia ao ora Agravante." (Fl. 2)

O Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo desproveu o agravo considerando que, mesmo sendo sucata o bem alienado, o credor deve apreendê-lo porque tem valor comercial. Acentua o Tribunal local que a "circunstância do veículo encontrar-se em estado de sucata não afasta a sua apreensão, considerando-se o seu valor comercial que possibilita a sua venda, com abatimento do valor obtido no saldo devedor de responsabilidade do devedor fiduciário, mostrando-se, pois, inadmissível a declaração de ineficácia do ato constritivo para que se converta a ação de busca e apreensão em depósito" (fl. 58). Ademais, ainda que assim não fosse, perecendo o bem, aplica-se o art. 78 do Código Civil de 1916, ou seja, perece também a propriedade fiduciária.

A ilustre Relatora, Ministra Nancy Andrighi, conheceu e proveu o especial para determinar a conversão da busca e apreensão em depósito. Lembrou a Ministra Nancy Andrighi precedente desta Corte em sentido oposto ao acolhido pelo Tribunal local.

O voto do Ministro Gomes de Barros seguiu o mesmo caminho.

Pedi vista para conferir precedente da Corte de que fui Relator.

De fato, além daquele precedente mencionado pela Relatora, outro há, desta Terceira Turma, assentando possível a conversão estando o bem danificado. (REsp n. 144.562-SP, de minha relatoria, DJ 22.02.1999)

Conheço do especial e lhe dou provimento nos mesmos termos do voto da Ministra Nancy Andrighi.

RECURSO ESPECIAL N. 714.933-PE (2004/0185247-2)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Empresa Auto Viação Progresso S/A
Advogados: Milita Ferreira Lima de Vasconcelos e outros
Recorrida: Marcia Zaicaner — Microempresa
Advogado: José Madson Amorim de Oliveira

EMENTA

Civil. Responsabilidade Civil. Indenização. O *quantum* indenizatório deve corresponder ao prejuízo efetivo; adquirido o veículo mediante

prestações, o causador do acidente está obrigado a reparar o dano, considerado o valor final do bem. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, a Srª. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 22 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Márcia Zaicaner ajuizou ação de indenização por danos materiais contra Empresa Auto Viação Progresso S/A em decorrência de acidente provocado por veículo da empresa ré que trafegava na contramão. (Fls. 2/4)

O MM. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente a ação (fl. 73/78), sentença que foi reformada apenas com relação ao *quantum* indenizatório, em acórdão assim ementado:

"Processual Civil. Apelação. Responsabilidade objetiva. Livre convencimento motivado. Ferragens sem valor de mercado. Valor da indenização deve restabelecer o *status quo ante*. Incabível restituição por contrato de locação de carro sem relação de causalidade com o acidente. Improvimento do recurso. Provimento parcial do recurso adesivo. Decisão unânime.

É assente na doutrina que o boletim rodoviário, dado seu cunho informativo e unilateral, tem valor probatório reduzido. Todavia, no caso sub judice, observa-se que o magistrado *a quo* não apenas utilizou-se do mesmo para formação de seu convencimento.

Não há de se considerar a desvalorização do veículo acidentado e tampouco atribuir-se valor às ferragens, as quais só tem valor de mercado para as companhias seguradora.

> O valor nominal do veículo constante no contrato, não equivale aos gastos efetivamente feitos para sua aquisição. O objetivo do instituto da responsabilidade civil é o de restabelecimento do status quo ante; por isso é devida a indenização estimada na exordial." (Fl. 137)

Daí o recurso especial interposto por Empresa Auto Viação Progresso S/A, com base no art. 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, por violação do art. 1.059 do Código Civil. (Fls. 161/166)

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Os autos dão conta de que Márcia Zaicaner — Microempresa ajuizou ação de indenização por perdas e danos contra Empresa Auto Viação Progresso S/A, em razão do acidente ocorrido com um veículo adquirido em contrato de arrendamento mercantil, utilizado para transporte de mercadorias. (Fls. 2/4)

"Em data de 5 de outubro de 1998" — está dito na inicial — "quando o veículo acima caracterizado trafegava pela BR 101/KM 20, contorno da PE n. 7 no Município de Moreno — PE, foi violentamente atingido por um ônibus da demandada, que trafegava em sentido contrário pela contramão, conforme boletim de ocorrência fornecido pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal, cujo motorista se evadiu do local após o acidente, ficando o veículo da autora totalmente destruído, conforme se verifica das fotografias anexas." (Fls. 2/3)

O MM. Juiz de Direito julgou o pedido procedente em parte, para "condenar a ré no pagamento à autora de uma indenização concernente ao veículo sinistrado, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescida dos juros constitucionais de 1% (um por cento) ao mês, sem capitalização, contados a partir do ajuizamento do pedido." (Fl. 78)

A egrégia 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Relator o Desembargador Jones Figueirêdo Alves, por unanimidade, reformou a sentença apenas no ponto referente ao valor da indenização.

Lê-se no julgado:

> "Se o valor atribuído ao veículo para fins de indenização, o magistrado a quo, acatando a alegação da ré de que o valor constante no contrato de arrendamento mercantil, fl. 10, era de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixou-a nesse valor.
>
> Todavia, da análise detalhada do mesmo contrato, depreende-se que de fato o valor nominal do bem era de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), entretanto, da Cláusula n. 1.9 consta que se acha a autora obrigada à

contraprestação de 24 parcelas fixas de R$ 703,55 (setecentos e três reais e cinqüenta e cinco centavos), e na Cláusula n. 1.10 está estabelecido o valor residual de R$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos reais). Ainda a autora acostou aos autos documento de folha 40 que comprova o débito de R$ 742,63 (setecentos e quarenta e dois reais e sessenta e três centavos) junto ao Detran, referente ao licenciamento do veículo.

Em assim sendo, tenho que o real prejuízo da autora com a perda do veículo, perfaz um total de R$ 26.187,58 (vinte e seis mil, cento e oitenta e sete reais e cinqüenta centavos) merecendo por isso que lhe seja concedido, e aqui nós vamos ter a questão prefacial, é que na verdade ela requereu o valor de R$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais) e não de R$ 26.187,58 (vinte e seis mil, cento e oitenta e sete reais e cinqüenta e oito centavos). Pelo que, assim, merece que lhe seja concedida indenização no valor que estimou em sua exordial, qual seja, de R$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais).” (Fl. 140)

Empresa Auto Viação Progresso S/A, no recurso especial, identifica a violação do art. 1.059 do Código Civil de 1916 nos seguintes termos:

“Desta forma, não resta dúvida quanto à infração à norma contida no art. 1.059 do Código Civil de 1916, haja vista a condenação a que foi submetida a recorrente não ter sido calculada com base no valor da aquisição do bem, mas sim no valor pago ao longo de um contrato de arrendamento mercantil, com opção antecipada de compra do bem, no qual estavam embutidas, além de parcelas do arrendamento, o valor residual do bem, bem como não foi reconhecido o direito da recorrente em ter abatido do valor a que foi condenada, o fruto da alienação da carcaça do veículo, bem como a desvalorização do bem proporcional ao período em que foi usado, valores estes a serem apurados, posteriormente, em liquidação de sentença.” (Fl. 165)

São duas as questões postas pelo recurso especial: a) valor da indenização e b) abatimento dos salvados.

a) O *quantum* indenizatório, na espécie, deve corresponder ao prejuízo efetivo; ora, adquirido o veículo mediante prestações, o causador do acidente está obrigado a reparar o dano, considerado o valor final do bem, isto é, o preço do arrendamento mercantil.

O Tribunal *a quo* concluiu que não houve desvalorização do veículo, “já que o mesmo tinha cerca de um mês de uso à época do acidente” (fl. 134); a reforma dessa conclusão demandaria o reexame da prova, vedado no âmbito do recurso especial. (STJ, Súmula n. 7)

b) No âmbito do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça adota como premissas inalteráveis os fatos como dimensionados no Tribunal *a quo*; se este, à base da instrução probatória, decide que as ferragens do veículo envolvido no acidente não passam de "um amontoado de ferro retorcido que não poderia alterar sensivelmente o valor da indenização" (fl. 134), a definição deste fato não pode ser alterada na instância especial.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 796.727-SP (2005/0189005-1)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Renato Dias Macedo
Advogados: Januario Alves e outros
Recorrido: Volkswagen Previdência Privada
Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin, Eduardo Rodrigues e outros

EMENTA

Ação de cobrança. Seguro de vida e acidentes pessoais. Homologação de acordo. Quitação completa. Coisa julgada.

1. Quem, transigindo, passa quitação total à seguradora, não pode, mais tarde, deduzir novo pedido de indenização pelo agravamento da lesão em torno da qual se efetivou a transigência.

2. Não cabe recurso especial para interpretação de cláusula contratual. (Súmula n. 5)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 14.05.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Recurso especial desafia acórdão resumido nesta ementa:

> "Ação de cobrança. Seguro de vida e de acidentes pessoais. A homologação de acordo anterior, onde o segurado dá quitação completa, impede nova ação. Coisa julgada. Apelação não provida." (Fl. 14)

No recurso especial, o ora recorrente queixa-se de ofensa ao Art. 471 do CPC. Sustenta, em resumo, que a quitação passada no acordo levou em conta a lesão no estado em que se encontrava à época. Por isso, não impedia o manejo de nova ação de cobrança pleiteando, — cliente de fato novo novo — não mais de indenização parcial, mas total.

Alega que "à época do acordo o recorrente sequer tinha conhecimento da possibilidade de agravamento da lesão, daí porque concordou em receber a indenização parcial, o que, em nenhum momento, significa que teria desistido do recebimento da indenização integral acaso devida, pois sequer foi discutida, mas só se concretizou posteriormente".

Houve contra-razões (fls. 23/25). Determinei a conversão em recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O autor, ora recorrente, ajuizou contra a seguradora, cobrança pleiteando indenização por invalidez parcial. No curso do processo, celebrou transação, homologada em juízo. Ao transigir deu plena quitação à seguradora. Mais tarde, a seqüela agravou-se, gerando invalidez total.

Face ao agravamento da lesão os segurado moveu nova ação, pleiteando indenização complementar. esse segundo processo foi extinto sem julgamento do mérito, com base no Art. 367, V, do CPC.

A extinção tomou como fundamento, o termo de transigência, assim expresso:

> "Dou por recebida a importância supra, nada mais tendo a reclamar ou repetir, seja a que título for em conseqüência do acidente ocorrido, referente

as seqüelas de caráter permanente, em meus pés direito e esquerdo." (Fl. 15, grifei)

Nossa jurisprudência assentou-se no entendimento de que "a quitação plena e geral, para nada mais reclamar a qualquer título, constante do acordo extrajudicial, é válida e eficaz, desautorizando investida judicial para ampliar a verba indenizatória aceita e recebida" (REsp n. 728.361/Direito).

No caso, o Tribunal *a quo*, examinando o texto acima transcrito, entendeu que houvera quitação plena a impedir o progresso da ação para indenização complementar. Não é possível, em recurso especial rever tal interpretação (Súmula n. 5).

Nego provimento ao recurso especial, ou dele não conheço.

RECURSO ESPECIAL N. 796.739-MT (2005/0189012-7)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Casa de Saúde e Maternidade Nossa Srª. das Graças Ltda
Advogado: Duilio Piato Junior
Recorrida: Maria José Dalcin Baptistella
Advogados: Sirléia Strobel e outros

EMENTA

Cheque. Caução. *Causa debendi*. Possibilidade.

Cheque entregue para garantir futuras despesas hospitalares deixa de ser ordem de pagamento à vista para se transformar em título de crédito substancialmente igual a nota promissória.

É possível assim, a investigação da causa debendi de tal cheque se o título não circulou.

Não é razoável em cheque dado como caução para tratamento hospitalar ignorar sua causa, pois acarretaria desequilíbrio entre as partes. O paciente em casos de necessidade, quedar-se-ia à mercê do hospital e compelido a emitir cheque, no valor arbitrado pelo credor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça

na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 27 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 07.05.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Maria José Dalcin Baptistella opôs embargos à execução ajuizada pela Casa de Saúde e Maternidade Nossa Srª. das Graças Ltda. Pretende discutir a origem do título.

O pedido foi julgado improcedente.

A apelação foi provida em acórdão assim ementado:

> "Apelação Cível. Embargos à execução. Cheque caução. Despesa hospitalar. Coação moral. Hipótese em que se permite a discussão da *causa debendi*. Liquidez e certeza do título descaracterizadas. Recurso provido. Sentença reformada.
>
> Tratando-se de execução de cheque caução emitido em garantia de pagamento de tratamento hospitalar, é perfeitamente admissível a discussão da causa debendi de modo a demonstrar eventual abuso por parte do credor na cobrança das despesas hospitalares e honorários médicos. Esse fato, só por si, descaracteriza a liquidez e a certeza desse título e, portanto, a sua força executória." (Fl. 111)

Opostos embargos infringentes, foram rejeitados, com a seguinte ementa:

> "Embargos infringentes. Embargos à execução. Cheque dado em caução para atendimento emergencial médico hospitalar. Exigência que caracteriza em violência contra quem está em desespero. Coação moral e psicológica. Alegação de excesso na cobrança dos serviços prestados. Hipótese em que se permite a discussão da *causa debendi*. Título inábil a instruir ação executiva. Falta de liquidez e certeza. Recurso improvido.
>
> Não obstante o caráter cambiariforme do cheque que permite sua execução direta, em sendo dado como caução para atendimento urgente de ente querido em unidade hospitalar, caracterizando a exigência em

violência contra quem está em desespero, presumindo um ato de coação psicológica e moral, permite-se a discussão da causa debendi de modo permitir demonstração cristalina da obrigação devida.

Daí este Recurso Especial, onde a recorrente reclama de violação aos arts. 333, I, e 586, do CPC e 15 da Lei n. 6.458/1977.

Alega que a dívida é incontroversa e que não há nos autos prova desfavorável ao seu crédito. Sustenta que estando o cheque perfeito, tem o portador o direito de executá-lo.

Contra-razões às fls. 52/74

Veio Agravo de Instrumento (Ag n. 697.756-MT), que converti neste recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O TJMT admitiu a discussão da causa debendi do cheque com os seguintes fundamentos:

> "É de conhecimento público que os hospitais particulares em geral usam desse expediente, ou seja, obrigam o acompanhante ou o próprio paciente a emitir cheque caução para fins de internação, fato vivenciado pela apelante, pois necessitando internar seu esposo para continuar o tratamento dos ferimentos sofridos em decorrência de um acidente automobilístico, teve que deixar um cheque em branco para o hospital a fim de garantir o pagamento das despesas hospitalares e honorários médicos.
>
> É importante registrar que em situações como esta a orientação deste e de outros Tribunais de Justiça é no sentido de se admitir a discussão da causa debendi do cheque dado em garantia de pagamento de tratamento ou internamento hospitalar visando apurar o valor real do serviço efetivamente prestado e ao mesmo tempo coibir abusos por parte do credor." (Fl. 114)

É oportuno registrar que o cheque foi entregue ao hospital, não como ordem de pagamento à vista, mas como uma promessa de pagamento de despesas ainda não realizadas. Se assim ocorreu, o título deixou de ser um cheque e — substancialmente — tornou-se nota promissória. Se assim ocorreu, a lide há de ser resolvida à luz do direito cambial.

A autonomia domina o Direito Cambiário. Esse princípio, contudo, comporta exceção. Em algumas situações, é possível a discussão da origem do título.

Quando o título não circula, envolvendo apenas sacador e beneficiário, é possível a oposição de exceções pessoais. Confira-se precedente desta Terceira Turma:

"Cheque. *Causa debendi*. Possibilidade de seu exame, não havendo o cheque circulado. Juros. Alegação de cobrança acima do limite legal. Admissível que disso se faça demonstração com os meios de prova em geral, não sendo indispensável a de natureza documental." (REsp n. 103.293/Eduardo)

No caso em exame, a recorrida não nega a emissão do cheque para garantir o tratamento de seu marido. Entretanto, nega haver efetuado despesa em valor equivalente ao do cheque.

Não seria razoável em cheque dado como caução para tratamento hospitalar ignorar-lhe a causa. Do contrário, gera-se desequilíbrio entre as partes. O devedor, em situação de necessidade quedar-se-ia à mercê do hospital, compelido a emitir cheque no valor exigido pelo prestador do serviço.

Esta Turma já teve oportunidade de decidir a questão, em acórdão lavrado pelo eminente Ministro Menezes Direito:

"Cheque. Embargos de devedor. Garantia. Investigação da causa.

1. Reconhecendo embora a divergência doutrinária e jurisprudencial, não é razoável juridicamente admitir-se o cheque como caução, como garantia, e negar-se a relação entre a garantia e a sua causa. Essa posição permitiria toda sorte de abusos, ocasionando o enriquecimento sem causa, como no presente caso, no qual se ofereceu em garantia um cheque de valor muito maior do que o efetivamente comprometido.

2. Se a praxe no mercado aceita o cheque em garantia, vedar, em tese, a investigação da causa debendi propiciaria um desequilíbrio na relação jurídica entre partes, uma das quais, em casos de extrema necessidade, ficaria a depender do arbítrio da outra. Se o cheque ganhou essa dimensão, fora do critério legal, que tanto não regulou, é imperativo extrair a conseqüência própria, especifica. Por essa razão, é que deve ser admitida a investigação da causa debendi. 3. Recurso especial conhecido, mas, não provido." (REsp n. 111.154)

Nego provimento ao recurso ou dele não conheço.

RECURSO ESPECIAL N. 832.370-MG (2006/0060802-1)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A

Advogados: Ivan Junqueira Ribeiro, Thiago Luiz Blundi Sturzenegger e outros

Recorrida: Associação Nacional de Defesa dos Consumidores de Crédito — Andec

Advogados: Ana Beatriz Ribeiro de Souza e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos infringentes. Acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra o julgamento do mérito. Cabimento.

Nem sempre é meramente terminativo o acórdão que julga apelação contra sentença terminativa, eis que, nos termos do § 3º do art. 515, "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".

Se apenas o Tribunal julga o mérito, não se aplica o critério de dupla sucumbência, segundo o qual a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida também na sentença.

Assim, em respeito ao devido processo legal, o art. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, em especial o § 3º do art. 515, admitindo-se os embargos infringentes opostos contra acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra a análise do mérito da ação.

Aplica-se à hipótese, ainda, a teoria da asserção, segundo a qual, se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão.

A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou nomen juris atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva. Portanto, entendida como de mérito a sentença proferida nos autos, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Castro Filho.

Brasília (DF), 2 de agosto de 2007 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ 13.08.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** da CF, contra acórdão proferido pelo TJ-MG.

Ação: declaratória de nulidade de cláusulas contratuais, cumulada com repetição de indébito e pedido de liminar, ajuizada pela Associação Nacional de Defesa dos Consumidores de Crédito — Andec, ora recorrida, em desfavor do recorrente, pleiteando a declaração de nulidade de "todas as cláusulas abusivas e potestativas dos contratos celebrados entre as partes, notadamente aquelas que tratam sobre multas, juros, correção monetária, comissão de permanência e demais encargos extorsivos" (fl. 20), com a repetição em dobro do indébito, bem como a nulidade das notas promissórias assinadas em branco e/ou cheques emitidos como garantia das operações realizadas.

O pedido de liminar para que a instituição financeira se abstivesse de incluir o nome dos devedores em cadastros de proteção ao crédito foi indeferido pelo juiz, "pela ausência de produção de prova inequívoca nos autos, dos fatos arrolados na inicial." (Fls. 138/140)

Sentença: julgou extinto o processo, sem o julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, por considerar a recorrida carecedora de ação em virtude de sua ilegitimidade ativa *ad causam*. (Fls. 237/248)

Acórdão: o Tribunal *a quo* deu provimento ao apelo da recorrida (fls. 255/261), nos termos do acórdão (fls. 286/328) assim ementado:

"Ação ordinária. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Nulidade e ilegalidade de cláusulas contratuais. Legitimidade ativa. Interesse de agir. Código de defesa do consumidor. Juros. Limitação legal a 12% ao ano. Decreto n. 22.626/1933. Comissão de permanência. Emissão de cambiais em branco. Vedação. Voto parcialmente vencido".

Embargos infringentes: opostos pela recorrente (fls. 330/343), não foram conhecidos pelo TJ-MG (fls. 375/387), sob o argumento de que "tendo a decisão de primeira instância extinguido o feito sem a análise de seu mérito, inadmissível a interposição de embargos infringentes em consonância com o art. 530, CPC".

Recurso especial: alega a recorrente em suas razões (fls. 392/402) que o acórdão hostilizado ofendeu o art. 530 do CPC e divergiu da jurisprudência de outros Tribunais, ao não conhecer dos embargos infringentes.

Prévio juízo de admissibilidade: após a apresentação de contra-razões (fls. 438/442), a Presidência do Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (fls. 444/445), dando azo à interposição, pelo recorrente, de agravo de instrumento, ao qual dei provimento (fl. 448) para determinar a subida dos autos principais.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia a determinar o cabimento de embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, reforma sentença extintiva da ação por ilegitimidade de parte e adentra o julgamento do mérito.

Inicialmente, destaco que os acórdãos alçados a paradigma pelo recorrente não se prestam à demonstração do dissídio jurisprudencial, posto que a matéria neles versada não guarda semelhança com aquela discutida na presente ação.

Com efeito, a despeito dos referidos julgados terem apreciado o cabimento de embargos infringentes, no REsp n. 503.073-MG (Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 06.10.2003) houve sentença de improcedência do pedido, tendo o Tribunal de origem extinguido o processo pela carência da ação; enquanto no EREsp n. 276.107-GO (Corte Especial, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 25.08.2003) os infringentes foram opostos contra decisão proferida em sede de agravo de instrumento em que foi examinado o mérito da controvérsia.

Portanto, ausente a similitude fática entre os acórdãos, não há como conhecer do especial com base na alínea **c** do permissivo constitucional.

No que tange à negativa de vigência a lei federal, dispõe o art. 530 do CPC que "cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

De acordo com o Tribunal *a quo*, "a literalidade do dispositivo legal supra transcrito retrata a existência de um impedimento incontornável ao conhecimento do recurso, pois somente são cabíveis, dentre outras hipóteses, quando o acórdão embargado houver reformado a sentença de mérito." (Fl. 381)

De fato, a atual redação do art. 530, dada pela Lei n. 10.352/2001, passou a fazer referência expressa à reforma de "sentença de mérito", de sorte que, uma análise isolada e apriorística do dispositivo legal indica a intenção — ao menos aparente — do legislador, de excluir do rol de acórdãos suscetíveis de embargos infringentes aqueles decorrentes de apelações contra sentenças terminativas.

Argumentar-se-ia, nesse sentido, que, a teor do que estabelece o art. 268 do CPC, o trânsito em julgado de uma sentença terminativa não impede a parte de retornar a juízo com igual pretensão, instaurando um novo processo, motivo pelo qual não estaria havendo nenhuma violação do direito de acesso à justiça, tampouco negativa de prestação jurisdicional.

Entretanto, há de se levar em consideração que *nem sempre é meramente terminativo o acórdão que julga apelação contra sentença terminativa*, eis que, nos termos do § 3º do art. 515, cuja redação atual, aliás, foi dada também pela Lei n. 10.352/2001, "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".

Como se vê, é possível, com base no permissivo do art. 515, § 3º, que o acórdão que decide apelação contra sentença terminativa adentre a análise do mérito e, por via de conseqüência, produza coisa julgada material, impedindo a parte de tornar a juízo com a mesma pretensão.

Nessa circunstância, restaria prejudicado o critério de dupla sucumbência adotado pelo próprio art. 530 do CPC, conforme previsto na exposição de motivos da Lei n. 10.352/2001: "pareceu, no entanto, altamente conveniente reduzir tal recurso (que, ao final, implica em reiteração da apelação!) aos casos: a) em que o acórdão não-unânime tenha reformado a sentença; volta-se, destarte, ao sistema previsto originalmente no Código Processual de 1939. Com efeito, *se o acórdão confirma a sentença, teremos decisões sucessivas no mesmo sentido, e não se configura de boa política judiciária proporcionar ao vencido, neste caso, mais um recurso ordinário*" (não há grifos no original).

De acordo com tal critério, a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida duas vezes (na sentença posta em reexame perante o Tribunal e também no acórdão). Todavia, se apenas o Tribunal julga o mérito, não estaremos diante da hipótese de dupla sucumbência.

Para Cândido Rangel Dinamarco, a redação dada ao art. 530 resulta de um desvio de perspectiva: "o critério da incidência da coisa julgada material, com impedimento à reiteração da demanda em juízo, deve recair sobre o acórdão, não sobre a sentença, porque é ele que se torna definitivo, não ela." (*A Reforma da Reforma*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202)

Do quanto exposto até aqui, conclui-se que, em respeito ao devido processo legal, o art. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, em especial o § 3º do art. 515, inclusive para fazer valer a vontade do próprio legislador, o qual, na justificativa do projeto da Lei n. 10.352/2001, afirmou somente ser conveniente manter os embargos infringentes quando "a divergência tenha surgido em matéria de mérito, não simplesmente em tema processual".

Sendo assim, há de se admitir os embargos infringentes opostos contra acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra a análise do mérito da ação.

A questão pode — e deve — ser analisada, ainda, sob o prisma da teoria da asserção, que ganha expressão na doutrina, secundada por juristas como Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.

Para os adeptos dessa teoria, como é o caso também de José Roberto dos Santos Bedaque, na análise das condições da ação "se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão" (Direito e Processo, São Paulo: RT, 1995, p. 78). Em outras palavras, sempre que a relação existente entre as condições da ação e o direito material for estreita ao ponto da verificação da presença daquelas exigir a análise desta, haverá exame de mérito.

Ainda que tacitamente, a teoria assertista encontra respaldo em julgados desta Corte, nos quais entendeu-se que a decisão acerca das condições da ação implicou numa sentença de mérito. Veja-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp n. 1.678-GO, Quarta Turma, Relator p/ o acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13.02.1990; REsp n. 2.185-GO, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 14.05.1990; REsp n. 86.441-ES, Primeira Turma, Relator Ministro José de Jesus Filho, DJ 07.04.1997; REsp n. 103.584-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13.08.2001.

No que tange especificamente à legitimidade *ad causam*, sua verificação invariavelmente exige a análise da lide em concreto, havendo enorme dificuldade prática em separar tal questão do mérito da causa. Ainda que se admita o exame da legitimidade *in statu assertiones*, muitas vezes é no curso do processo que se chega à efetiva decisão sobre tal condição da ação, importando, desse feita, na análise da relação jurídica de direito material.

Na espécie, verifico que o juiz somente se pronunciou acerca da legitimidade ativa depois que toda a prova documental havia sido carreada aos autos. Ademais, dispensou nada menos do que oito páginas da sentença (fls. 240/247) para tratar da questão, analisando a fundo quem a ora recorrida representa e, principalmente, os interesses e direitos que emergem das relações contratuais bancárias.

Dessa forma, a despeito da extinção ter se dado "sem julgamento do mérito", para decidir acerca da legitimidade *ad causam*, o juiz se imiscuiu no mérito da ação. Ora, a natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou nomen juris atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva.

Portanto, também sob esse prisma, entendida como de mérito a sentença de fls. 237/248, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes.

Forte em tais razões, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que se proceda ao julgamento do mérito dos embargos infringentes.

RECURSO ESPECIAL N. 905.211-DF (2005/0180544-9)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Delphin Carlos Rocha da Silva
Advogados: Dirceu Rivair Pereira Silva, Olívio Ulisses Otto e outro
Recorrido: Banco do Brasil S/A
Advogados: Gilberto Tiago Nogueira, Magda Montenegro e outro

EMENTA

Recurso especial decorrente da conversão de agravo de instrumento. Falta de cópias essenciais. Exame da alegada ofensa aos arts. 535 e 538, parágrafo único, CPC. Impossibilidade.

1. A cópia do recurso de apelação é indispensável para o exame da alegada ofensa ao Art. 535 do CPC.

2. Não é possível afastar a multa do art. 538, parágrafo único, aplicada pelo juízo de 1º grau nos embargos de declaração opostos à sentença, se as cópias de tais peças não foram trasladadas pelo recorrente em seu agravo de instrumento.

3. Embora impossibilite o exame das referidas violações, a falta de tais peças não tem o condão de impedir o conhecimento do agravo de instrumento e sua conversão em recurso especial.

Cédula de crédito rural. Execução. Extratos de conta vinculada ao financiamento incompletos.

1. Não se extingue a execução se os documentos juntados pelo exeqüente possibilitam aferir a liquidez do débito.

2. A falta de documentos que o juiz considere essenciais não leva à extinção imediata da execução, pois o art. 616 do CPC possibilita a emenda da petição inicial.

Cédula de crédito rural. Juros remuneratórios. Limite. Correção monetária. Possibilidade.

1. Ante a omissão do Conselho Monetário Nacional, os juros remuneratórios, no crédito rural, estão limitados em 12% (doze por cento) ao ano.

2. "A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária." (Súmula n. 16)

Encargos ilegais. Cobrança indevida. Descaracterização da mora.

A cobrança de encargos contratuais ilegais ou abusivos descaracteriza a mora do devedor e revela mora creditoris. Ressalva do entendimento do Relator.

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, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedida a Srª. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 7 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 11.06.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Recurso especial (alíneas **a** e **c**) interposto por Delphin Carlos Rocha Silva e sua esposa, contra acórdão do TJDF assim ementado:

> "Civil e Processo Civil. Execução. Cédula de crédito rural. Juros. Limitação. Correção monetária. Juros moratórios. Incidência. Capitalização. Pacto expresso. Multa moratória.
>
> 1. Em se tratando de crédito rural, há necessidade de autorização do Conselho Monetário Nacional para a cobrança de juros superiores a doze por cento ao ano, a teor do art. 5º do Decreto-Lei n. 167/1967.
>
> 2. É admitido o pacto da correção monetária nas cédulas rurais, nos termos da Súmula n. 16-STJ.
>
> 3. Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será acrescida em apenas 1% ao ano, de acordo com o disposto no art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 167/1967.
>
> 4. A capitalização dos juros nos contratos rurais somente é permitida quando expressamente pactuada no contrato, não valendo a simples previsão de atualização pelo método hamburguês.
>
> 5. Se o contrato foi firmado pelas partes em data anterior à da Lei n. 9.298/1996, é válida a cobrança da multa no patamar de 10%, conforme ajustado contratualmente.
>
> 6. Apelo principal improvido.
>
> 7. Recurso adesivo parcialmente provido." (Fls. 35/47)

Embargos de declaração opostos e rejeitados.

Os recorrentes alegam, em síntese, que:

1. os embargos de declaração opostos à sentença não foram protelatórios e, por isso, a multa aplicada pelo juízo de 1º grau, com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, deve ser revogada;

2. a rejeição dos embargos de declaração opostos ao acórdão da apelação ofendeu o art. 535 do CPC;

3. a execução merece extinção, pois o banco exeqüente não juntou ao processo as contas gráficas vinculadas ao financiamento referentes aos 21 (vinte e um) primeiros meses de movimentação financeira (ofensa aos arts. 267, I, IV e VI, 295, I, III e parágrafo único, III, 301, X, 590, 618, I, 741, II, e 745 do CPC) além de divergência jurisprudencial);

4. os juros remuneratórios devem ser limitados a 9% (nove por cento) ao ano, nos termos dos arts. 1º do Decreto n. 22.626/1933; 1.062 do Código Beviláqua; 18, § 2º, do Decreto n. 58.380/1966; 3º, 14 e 16 da Lei n. 4.829/1965; e 4º, IX, e 19, X, da Lei n. 4.595/1964;

5. deve ser decretada a nulidade da cláusula do financiamento rural que contenha estipulação de juros ou lucros usurários, pois "(...) comprovada a prática de possível infração à Ordem Econômica e a tipificação do crime de Usura Real praticado pelos membros do Conselho de Administração do Banco do Brasil S/A, especialmente sobre os financiamentos comprovadamente lastreados em recursos obrigatórios do Crédito Rural de custo zero para o Agente Financiador, ao teor da disciplina do art. 4º, alíneas **a** e **b**, § 2º, incisos III, IV, alíneas **a** e **b**, e § 3º Lei n. 1.521/1951; arts. 1º e 20, inciso III, da Lei n. 8.884/1994; artigos da Lei Anti-Truste e art. 173, § 4º, da Carta Política (...)." (Fl. 106)

6. a cobrança de encargos não moratórios ilegais descaracteriza a mora dos executados (ofensa aos Arts. 958, 959, II, e 963 do Código Beviláqua);

7. não há previsão legal de incidência de correção monetária sobre o crédito rural (ofensa aos Arts. 15, I, **e**, **g** e **i**, e 21 da Lei n. 4.829/1965; 9º do Decreto-Lei n. 70/1966; 9º do Decreto-Lei n. 167/1967; 115, 116, 117, 145, II e III, 145, parágrafo único, 945 e 1.061 do Código Beviláqua; 2º e 126 do CPC; e 1º da Lei n. 5.670/1971, além de divergência jurisprudencial); e

8. a Súmula n. 16-STJ contraria precedentes do STF, de diversos Tribunais estaduais e das Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ.

Contra-razões apresentadas.

Na origem, o juízo de admissibilidade foi negativo.

Inicialmente, provi o agravo e dei parcial provimento ao recurso especial. Motivado pelas razões de agravo regimental, interposto por ambas as partes, reconsiderei a decisão de fls. 177/178 e determinei a conversão do Ag n. 717.835-DF em recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): 1. Multa aplicada em 1º grau

Sobre a multa aplicada pelo juízo de 1º grau, eis o que decidiu o Tribunal local:

> "(...) A decisão sobre os embargos declaratórios também se mostra inatacável, eis que entendeu serem estes protelatórios, ao trazer à discussão

temas inócuos para o deslinde do feito, tais como política monetária, ilegalidade de resoluções do Conselho Monetário Nacional que não se aplicam no contexto dos autos, crime de usura real, desindexação da economia, destruição do modelo brasileiro de crédito rural, vazio legislativo, crime de improbidade administrativa, declaração de inconstitucionalidade de normas que não se aplicam ao caso etc. Mantenho, portanto, a multa imposta pelo juízo sentenciante, eis que evidente a finalidade protelatória dos embargos ao deduzir matérias incompatíveis com a via estreita (...)." (Fl. 42)

Os recorrentes dizem que os embargos de declaração opostos à sentença não foram protelatórios. Entretanto, o agravo de instrumento que foi convertido neste recurso especial não trouxe cópias da sentença e dos declaratórios, razão pela qual é impossível o exame do recurso neste ponto.

Note-se que tais peças, embora relevantes para o exame desse tópico recursal, não importam para o exame de mérito do apelo especial. Logo, não era o caso de se não conhecer do agravo de instrumento.

Não fosse isso, outra sorte não teriam os recorrentes. É que a veiculação, em embargos de declaração, de temas irrelevantes para o julgamento traduz, em regra, intuito protelatório, fato que autorizou o magistrado a aplicar a multa do Art. 538, parágrafo único, do CPC.

2. Ofensa ao Art. 535 do CPC

Também não é possível examinar a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. O recurso de apelação, peça que balisa o julgamento pelo Tribunal, não integrou o instrumento de agravo que originou este recurso especial. Daí não ser possível dizer se o Tribunal tinha ou não o dever de se manifestar sobre os temas argüidos nos embargos de declaração opostos ao acórdão recorrido.

3. Extinção da execução

Os recorrentes dizem que a execução deveria ser extinta, porque o banco exeqüente não apresentou os documentos referentes aos primeiros 21 (vinte e um) meses da movimentação da conta vinculada ao financiamento rural.

Sobre a questão, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"(...) Relativamente ao mérito, não se vislumbra qualquer vício que macule a cédula de crédito rural pignoratícia e hipotecária emitida pelos recorrentes em favor do Banco do Brasil S/A. O fato de não constar da planilha de cálculo o movimento bancário relativo aos primeiros 21 meses do movimento da conta do financiamento não retira a exigibilidade do título de crédito, eis que este atende aos requisitos do Decreto-Lei n. 167/1967,

sendo hábil a embasar a ação de execução mormente porque os recorrentes concordaram com as cláusulas ali dispostas, sem que haja qualquer indício de que tenham sido coagidos a apor suas assinaturas (...).” (Fls. 41/42)

Os documentos relativos à movimentação da conta vinculada ao financiamento são relevantes para que o juízo possa examinar a liquidez do crédito em execução. Se, ainda que ausentes os documentos, as instâncias precedentes puderam precisar o exato valor da dívida, é de se presumir que o “defeito” (se assim se pode chamar) nenhum prejuízo trouxe ao processo.

Além disso, mesmo que os documentos de cuja falta reclamam os recorrentes fossem indispensáveis ao julgamento, o caso não seria de extinção da execução. Seria lícito ao juiz determinar a emenda da planilha de cálculos (art. 616, CPC). Confira-se o precedente:

> “(...) 1. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado assentaram que não há razão para obstruir a execução apoiada em cédula rural, título executivo, contendo este o valor certo e todos os elementos necessários para que seja expurgado, se houver, o excesso de execução. A ausência da memória detalhada de cálculo, não tem força,nesse caso, para extinguir a execução, facultando-se ao credor completar a inicial com a juntada de outros dados suficientes, na forma do art. 616 do Código de Processo Civil (...).” (REsp n. 338.074/Direito)

4. Juros remuneratórios

A questão dos juros remuneratórios nas cédulas de crédito rural está definida pelo Superior Tribunal de Justiça. O limite é de 12% (doze por cento) ao ano, conforme decidido pela Segunda Seção no REsp n. 111.881/Direito:

> “(...) O Decreto-Lei n. 167/1967, art. 5º, posterior à Lei n. 4.595/1964 e específico para as cédulas de crédito rural, confere ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Ante a eventual omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano prevista na Lei de Usura (Decreto n. 22.626/1933), não alcançando a cédula de crédito rural o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula n. 596-STF (...)”

Os recorrentes argumentam que o Art. 18, § 2º, do Decreto n. 58.380/1966, editado para regulamentar a Lei n. 4.829/1965 (que institucionalizou o crédito rural), limita os juros remuneratórios em 3/4 (três quartos) do juro legal máximo.

Logo, o limite para os juros nas cédulas de crédito rural não seria 12% (doze por cento), conforme nossa jurisprudência, mas apenas 9% (nove por cento) ao ano.

É essa a redação do dispositivo que os recorrentes apontam como violado:

> Art 18. Os têrmos, prazos, juros, limites e demais condições das operações de crédito rural, sob quaisquer de suas modalidades, ou finalidades, serão estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional observadas as disposições legais especificas.
>
> (...)
>
> § 2º As taxas das operações, sob qualquer modalidade de crédito rural, serão inferiores em pelo menos ¼ (um quarto) às taxas máximas admitidas pelo Conselho Monetário Nacional para as operações bancárias de crédito mercantil.

Não se vê, na referida norma, qualquer referência à taxa máxima de juros remuneratórios prevista na Lei de Usura (12% ao ano).

O limite de 3/4 (três quartos) se refere a qualquer taxa de juros remuneratórios admitida pelo CMN, relativa a qualquer modalidade de crédito.

Logo, não há que se falar em limitação dos juros remuneratórios nas cédulas de crédito rural em 9% (nove por cento) ao ano.

5. Correção monetária

O tema da correção monetária em crédito rural está sumulado e, por isso, não suscita mais dúvidas. Confira-se:

Súmula n. 16. A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária.

Correto o acórdão recorrido neste ponto.

6. Descaracterização da mora pela cobrança em excesso

O Tribunal local limitou os juros remuneratórios em 12% (doze por cento) ao ano, pois o banco exeqüente os estava cobrando em patamar superior.

Ao mesmo tempo, autorizou a cobrança de encargos moratórios (juros de mora, que limitou em 1% — um por cento — ao ano).

A mora creditoris foi afastada no acórdão recorrido com estes fundamentos:

> "(...) Cabe ressaltar que os recorrentes não lograram demonstrar a ocorrência da mora creditoris. A simples alegação de excesso de execução não caracteriza a referida mora. Não há prova de que buscaram quitar suas obrigações, tendo se deparado com obstáculos por parte do credor, pois se assim tivesse ocorrido, bastaria aos recorrentes terem se valido da consignação para se livrar da obrigação (...)". (Fl. 44)

Os recorrentes dizem que não estão em mora porque o banco exeqüente, ora recorrido, cobrou indevidamente encargos não moratórios.

Dizem, em suma, que se não deviam tudo o que o banco cobrava, a mora deveria ser descaracterizada.

No julgamento do EREsp n. 163.884/Relator para acórdão o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a Segunda Seção concluiu que não é lícita a cobrança de encargos moratórios se o credor faz incidir sobre o débito encargos não moratórios ilegais.

Com as vênias necessárias, ouso discordar de tal entendimento.

A lei é muito clara quando estabelece a forma pela qual o devedor pode exonerar-se da mora.

A divergência entre a vontade do devedor de exonerar-se da obrigação e a negativa do credor em receber o pagamento se resolve pela consignação.

No caso concreto, não obstante a cobrança de encargos não moratórios ilegais pelo exeqüente (excesso de execução), os devedores nada pagaram e nada consignaram. Alguma parcela de dívida — grande ou pequena, não importa — lhes toca legitimamente.

Extirpado da execução o excesso, remanesce saldo em favor do credor. Esse saldo não adimplido — justamente porque não houve a consignação — é que configura a mora dos devedores. Evidentemente, os encargos previstos no contrato para o período de mora incidirão apenas sobre a quantia efetivamente devida.

O argumento de que os devedores não puderam pagar porque o credor se recusou em receber sem o excesso ilícito não me convence. Prendo-me à lei para dizer que era dever dos recorrentes consignar as parcelas da dívida contratada até que o processo tivesse fim.

Se quisessem consignar menos, ou não consignar, deveriam valer-se de outro instituto processual: a antecipação de tutela.

Só autorizados pelo Judiciário os devedores poderiam afastar a obrigação contratual que assumiram. Antes disso, têm apenas a expectativa da existência de encargos ilegais e isso não basta para exonerá-los da obrigação que assumiram livremente.

Ao ajuizar a ação revisional discutindo a dívida, cabe ao devedor requerer a antecipação da tutela relativamente à sua pretensão de ver a mora descaracterizada.

Se forem verossimilhantes os argumentos nos quais o devedor escora sua pretensão de exonerar-se da dívida, o juiz poderá antecipar a tutela para, desde logo, descaracterizar a mora.

Com isso, a contestação da dívida deverá, sempre, se fundar em argumentos sérios, com algum apoio jurisprudencial, pois do contrário a mora não será descaracterizada em antecipação de tutela.

Mas esse meu entendimento não é acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Rendo-me, entretanto, à orientação contrária, consagrada em nossa jurisprudência, no sentido de que a cobrança de encargos ilegais descaracteriza a mora do devedor. Faço-o com o escopo de preservar a higidez de nossos precedentes.

Inexistente a mora dos recorrentes, é impossível a cobrança de encargos moratórios, inclusive aquele fixado no acórdão recorrido (juros de mora, de 1% ao ano).

A mora, na verdade, é do credor.

7. Da divergência jurisprudencial e da falta de prequestionamento

Os recorrentes, sempre que se referiram a suposto dissídio jurisprudencial, ou limitaram-se em transcrever ementas de acórdãos paradigmas ou não realizaram adequadamente o cotejo.

Com exceção dos temas abordados nos tópicos acima, todas as demais alegações contidas no extenso recurso especial não foram prequestionadas. Incide a Súmula n. 211.

8. Dispositivo

Dou provimento ao recurso especial apenas para declarar que os recorrentes não estão em mora e afastar a cobrança dos encargos moratórios fixados no acórdão recorrido.

RECURSO ESPECIAL N. 910.993-MG (2006/0277827-0)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Advocacia Cosac e Bortolai Jr.
Advogados: Manoel de Souza Barros Neto, Edson Cosac Bortolai, José Rogério Cruz e Tucci e outros
Recorrido: Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A — Credireal
Advogados: Evandro Pertence, Maria Salgado e outros
Sustentação oral: José Rogério Cruz, Ricardo Tepedina, pelo recorrido

EMENTA

Processo Civil. Execução fundada em título extrajudicial. Contrato de prestação de serviços advocatícios. Se, interpretando o contrato, a instância ordinária nele não identifica valor certo e líquido, falta à execução um título executivo — conclusão que não pode ser alterada no âmbito do recurso especial à vista da Súmula n. 5-STJ. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Srª. Ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 10 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que, em 1º de fevereiro de 1995, o Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A contratou o Escritório de Advocacia Cosac e Bortolai Jr. para que este lhe prestasse, *in verbis*:

> "(...) sem vínculo empregatício ou caráter de exclusividade, serviços profissionais de advocacia, nas áreas de direito civil, comercial e tributário" (fl. 720, cláusula primeira).

A cláusula segunda, no item 2.6, previa procedimento especial para algumas ações, a saber:

> "2.6 O patrocínio dos interesses do banco em mandados de segurança que não tenham a finalidade específica referida no item 2.4, ou em procedimentos que, a critério do banco, se situem fora da rotina do seu contencioso ou, ainda, em que o valor real da causa seja superior a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), será objeto de contrato específico, entre o banco e o escritório". (Fl. 721, 3º vol.)

A 10 de dezembro de 1997 (fl. 725, 3º vol.), a assessoria jurídica do Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A — Credireal encaminhou ao Escritório de Advocacia Cosac e Bortolai Jr. "mandado de citação, petição inicial, procuração, substabelecimento, na Ação Ordinária por Dano Moral proposta" pelo Laboratório Farmacêutico Brasileiro Ltda — Lafabra. (Fl. 725)

Estimando o valor real da ação em R$ 2.858.168,20 (dois milhões, oitocentos e cinqüenta e oito mil, cento e sessenta e oito reais e vinte centavos) — circunstância que atrairia a incidência da aludida cláusula segunda, item 2.6 — o Escritório de Advocacia Cosac e Bortolai Jr. encaminhou uma proposta de honorários ao Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A, à base de "10% do valor envolvido". (Fl. 726, 3º vol.)

A proposta foi objeto de contra-proposta, assim exteriorizada:

— a 23 de dezembro de 1997 (fl. 757, 3º vol.), a Diretora Vice-Presidente Letícia D'Ercoli R. de Oliveira, apôs em manuscrito os seguintes dizeres no próprio documento que veiculou a proposta:

> "De acordo com 5% sobre o valor envolvido vinculado ao encaminhamento das seguintes peças: 1. Exceção de Incompetência; 2. Impugnação ao valor da causa; 3. Contestação; 4. Eventual Reconvenção e 5% se houver êxito". (Fl. 727, 3º vol.)

— a 31 de dezembro de 1997, assinada por uma assessora jurídica, a aludida contraproposta foi comunicada ao Escritório de Advocacia Cosac e Bortolai Jr. (Fl. 758, 3º vol.)

Entre a data da contra-proposta, 23 de dezembro de 1997 e a da respectiva comunicação, 31 de dezembro de 1997, o Banco Bradesco S/A assumiu o controle acionário do Banco de Crédito Real S/A de Minas Gerais — Credireal, dizendo-se desvinculado da avença em razão das particularidades que a cercaram.

Escritório de Advocacia Cosac e Bortolai Jr. ajuizou, então, ação de execução contra o Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A — Credireal. (Fl. 713/716, 3º vol.)

O Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A — Credireal opôs embargos do devedor, impugnando o título executivo, basicamente porque o ajuste da verba honorária teria sido assinado por quem não tinha poderes para esse efeito, sendo, portanto, nulo o contrato, *in verbis*:

> "O estatuto do banco, até sua modificação em assembléia geral extraordinária realizada em 16.09.1997 (Doc. n. 6), permitia que o Diretor Presidente, sem o concurso de outro membro da diretoria, pudesse obrigar

o Banco, ressalvada a hipótese de constituição de procuradores (cf. doc. 11, art. 19). Por isso mesmo, encontra-se o contrato acostado a fls. 9/13 (celebrado em 1º.02.1995) assinado, em nome do banco, apenas pelo Diretor-Presidente José Afonso Bicalho Beltrão. (cf. fl. 13)

Com a modificação do estatuto, ocorrida na mencionada AGE de 16.09.1997, passaram a ser necessárias duas assinaturas para que o banco validamente se obrigasse:

> 'Art. 28. Todos os atos que importarem em assunção de obrigações ou exoneração de terceiros para com a sociedade e a oneração ou alienação de bens do ativo permanente deverão ser praticados por dois membros da Diretoria, ou por um membro da Diretoria e um procurador, ou ainda, por dois procuradores cujos mandatos deverão conter poderes específicos para os respectivos atos' (cf. Doc. n. 6)". (Fl. 34)

A essa objeção, o Escritório de Advocacia Cosac e Bortolai Jr. opôs a prescrição de que trata o art. 178, § 9º, V, **b**, do Código Civil, consoante o qual prescreve em quatro anos a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo, contado este no caso de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato. (Fls. 105/124, 1º vol.)

O MM. Juiz de Direito Dr. Fernando Caldeira Brant, aparentemente confundindo o contrato matriz (dito mãe, fl. 324, 2º vol.), celebrado em 1º de fevereiro de 1995 (fl. 720, 3º vol.), antes da alteração dos estatutos do Banco de Crédito Real, com o contrato específico (o único que estava sendo discutido na causa), que — em razão da regra especial — teria sido ajustado em 31 de dezembro de 1997 (fl. 758, 3º vol.), depois da aludida modificação, rejeitou "a preliminar de invalidez do contrato, que já vigia muito antes da noticiada ação que originou a cobrança". (Fl. 151, 1º vol.)

O Tribunal *a quo*, por maioria de votos, Relator p/ o acórdão o Juiz Hélcio Valentim, rejeitou a preliminar de prescrição por motivação diversa.

Lê-se no voto condutor:

> "Observo que o apelante procura, obstinadamente, situar a questão posta em apreciação como se alegação de erro, dolo, simulação, coação ou fraude ela fosse, tudo para obter a declaração de que o embargante, ora apelado, não pode valer-se de tais argumentos em virtude da verificação da prescrição prevista no art. 178, § 9º, inciso V, do CC/1916.
>
> Não obstante, o que se tem é que o apelado não concentra a sua argumentação na verificação de erro, dolo, simulação, coação ou fraude para buscar a anulação do contrato". (Fl. 320/321, verso)

Por outro fundamento, o Tribunal *a quo* também afastou a preliminar de nulidade do contrato por defeito de representação:

> "*Permissa venia*, a sentença reclama o prestígio desta egrégia Corte. Não porque a partir da Assembléia Geral Extraordinária de 16 de setembro de 1997, cuja ata é vista nestes autos às fls. 43/49, o estatuto do apelado passou a exigir, no § 1º do seu art. 27, que 'A nomeação de procuradores deverá ser efetivada por dois membros da Diretoria em conjunto, (...).' (*sic*, fl. 47)

É que quando fora firmado o que o apelante chama de 'contrato mãe', a exigência ainda não estava em vigor, e nele está prevista a possibilidade de a representação do banco/apelado dar-se, na execução do contrato, pelo seu Coordenador Jurídico ou, por delegação dele, por advogados que integram a Assessoria Jurídica (Cláusula Sétima, fl. 12 da executória)". (Fl. 324, 2º vol.)

Mas, na seqüência, o acórdão dimensionou a causa à base de duas indagações:

> a) "(...) se se constata situação de fato que reclama seja firmado o 'contrato específico' de que fala a cláusula 2.6 acima transcrita"; e,
>
> b) "depois, se efetivamente aperfeiçoou-se tal 'contrato específico'".

O julgado — dizem as razões do recurso especial — fugiu das premissas postas pelas partes, porque "a existência do contrato com assinatura dita única era fato incontroverso; a discussão estava no plano de sua validade!". (Fl. 415)

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): O presente recurso especial foi interposto por Advocacia Cosac e Bortolai Jr. contra acórdão proferido nos autos de embargos do devedor opostos pelo Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A — Credireal.

A ação principal — de execução fundada em título extrajudicial — foi, portanto, ajuizada por Advocacia Cosac e Bortolai Jr.

O tema da prescrição foi suscitado a propósito da defesa articulada pelo Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A — Credireal — a de que o ajuste da verba honorária teria sido assinado por quem não tinha poderes para esse efeito, sendo, portanto, nulo o contrato.

Segundo Advocacia Cosac e Bortolai Jr. a validade do contrato já não poderia ser contestada, porque a ação de nulidade estava prescrita por força do art. 178, § 9º, V, **b**, do Código Civil ("prescreve em quatro anos a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor

prazo, contado este no caso de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato"). (Fl. 105/124)

No julgamento do Ag n. 687.089-MG, que resultou neste recurso especial, disse a Ministra Nancy Andrighi:

> "(...) venia concessa ao ilustre Ministro-Relator, mas a decisão agravada apenas tangenciou a questão relativa à prescrição (fl. 823, 6º §), que merece ser acolhida".

Data venia, meu voto não foi compreendido pela Ministra Nancy Andrighi. Nele está dito:

> "A crítica (de Advocacia Cosac e Bortolai) procede porque, se ajustado o contrato específico, nada importa que tenha destoado do contrato matriz; a anulabilidade eventualmente decorrente de erro já teria sido coberta pela prescrição." (Fl. 848)

O reconhecimento de que a prescrição impedia o Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A — Credireal de propor uma ação de nulidade do contrato sub judice tem uma só conseqüência: a de que o tema da nulidade desse contrato não pode ser ativado nos embargos do devedor.

Por isso meu voto, na ocasião passou a examinar as demais questões emergentes da causa, *in verbis*:

"Mas isso (a alegação de prescrição) não esgota as questões emergentes da avença, porque os embargos do devedor atacaram o valor do título executivo, que seria ilíquido. (Vide fls. 38/39, 1º vol.)

Com efeito, admitida embora a validade do contrato específico, mesmo assim estava sujeito à interpretação pelo Tribunal *a quo*, que não reconheceu dispusesse ele acerca de um valor certo e líquido, *in verbis*:

O valor real da causa nunca foi a estratosférica quantia mencionada pelo apelante na correspondência de fl. 40.

Ajuizada a indenizatória pela Lafabra, atribuiu esta à causa o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), que permaneceu inalterado, em que pese o esforço do apelante em majorá-lo.

Impossível admitir que outro possa ser o valor real da causa quando, de forma uníssona, a jurisprudência, secundada pela doutrina, tem prestigiado o entendimento segundo o qual nas indenizações por danos morais é de todo sem importância o valor pedido pelo autor, desde que é atribuição do juiz a sua fixação.

Resolvendo a impugnação ao valor da causa levada a efeito pela apelante, que pretendeu elevá-lo para muitos milhões, consignou na decisão vista às fls. 52/53 o juiz daquela causa:

'Cumpre salientar que em relação aos danos morais cabe ao Juiz fixar o quanto da indenização. Assim, o autor não teria como saber o valor que seria arbitrado para colocar como valor da causa.' (*sic*, fl. 53)

E completo: assim como o autor mais ninguém, nem mesmo o apelante!

E, então, se não se afigura possível encontrar o real valor da causa antes que o juiz sobre ele se pronuncie na hipótese de chegar a fixá-lo, é de ferir a vista que o contrato principal (o de fls. 9/13 da execução) regular a relação entre as partes que aqui litigam, mostrando-se despiciendo que se firmasse o 'contrato específico' executado.

Apesar disso, é curioso notar, ainda que o próprio apelado exigiu que se comprovasse a alteração do valor da causa quando, através de sua representante, despachou na proposta de honorários de fl. 40. (Fl. 326, 2º vol.)

A interpretação, sobre ser coerente, porque subentendido na contraproposta que o valor real da causa seria aquele que resultasse da impugnação daquele atribuído na petição inicial da execução, não pode ser alterada pelo Superior Tribunal de Justiça nos termos da Súmula n. 5". (Fls. 848/849)

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

VOTO-VISTA

A Srª. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial interposto por Advocacia Cosac e Bortolai Jr., com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo extinto TAMG.

Ação: de embargos do devedor, opostos por Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A — Credireal, ora recorrido, em face de Advocacia Cosac e Bortolai Jr., ora recorrente, em execução de honorários advocatícios fundada em título extrajudicial por esse movida.

Nos embargos, o recorrido alegou, em resumo: I - a ausência de título executivo, porquanto o contrato exeqüendo seria ineficaz (fl. 34), pois fora assinado apenas por uma pessoa que não tinha poderes para tanto de acordo com os estatutos do banco-recorrido, e II - o excesso de execução, pois o valor da ação movida contra ele não seria aquele indicado pela ora recorrente na execução.

Sentença: julgou procedentes os embargos, extinguindo a execução, sob o fundamento de que faltava certeza e liquidez ao contrato que a recorrente pretendia executar. (Fl. 153)

Acórdão: por maioria, negou provimento à apelação da ora recorrente, nos termos da seguinte ementa:

"Embargos do devedor. Execução. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Oitiva de testemunhas. Desnecessidade. Contratos escritos. Preliminar rejeitada. Prescrição quanto a alegação de erro, dolo, coação, simulação ou fraude. Matéria não alegada. Declaração inútil. Prejudicial rejeitada. Contrato de honorários advocatícios. Ausência de liquidez e certeza. Extinção da execução. Sentença confirmada. Recurso improvido. (Voto vencido)

É despicienda a prova testemunhal quando a discussão vista nos autos prende-se a direitos eventualmente oriundos de contratos escritos.

Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

Afigura-se inútil a declaração de verificação da prescrição se o direito prescrito não constitui objeto de discussão nos autos.

Prejudicial de mérito rejeitada.

Firmado um contrato com previsão da necessidade de contrato específico para algumas excepcionais situações, é imperioso perquirir-se acerca da adequação da situação concreta às hipóteses de exceção previstas no contrato originário, do qual deriva o específico.

Recurso a que se nega provimento." (Fl. 313)

Embargos de declaração: opostos pela recorrente, mas rejeitados. (Fl. 374)

Recurso especial: alega violação (fl. 405), em síntese, aos artigos:

I - 535, II, do CPC, pois os embargos de declaração foram rejeitados;

II - 267, VI, 269, IV e 329, todos do CPC, porquanto o acórdão recorrido não teria enfrentado a alegação de prescrição e, por isso, não extinguiu o processo de embargos de devedor. (Fl. 403)

III - 135, parágrafo único, 136, IV, e 141, parágrafo único, todos do CC/1916; e 330, I, 400, 401 e 740, parágrafo único, todos do CPC, porque houve cerceamento de defesa, uma vez que a recorrente foi impedida de produzir "prova testemunhal para a comprovação das circunstâncias em que celebrou-se o contrato de defesa do caso Lafabra." (Fl. 406, *sic*)

IV - 128, 460, 512 e 515, todos do CPC, porquanto o acórdão recorrido teria incorrido em julgamento *citra petita*, ao desconsiderar, segundo a recorrente, a "questão prejudicial (prescrição), sob qualquer pretexto, julgando *per saltum* e passando ao exame da matéria de fundo". (Fls. 411/412)

V - 128, 293, 334, III, e 515, todos do CPC, porque o acórdão recorrido teria incorrido em julgamento extra petita, quando afirmou, segundo a recorrente, "não haver o contrato se formado pois teria ficado em 'vias de negociação" mas "não houve matéria suscitada e debatida relativa à existência do contrato entre as partes, que era aspecto incontroverso e fundamento jurídico do pedido." (Fl. 416)

VI - 460 e 462, ambos do CPC, pois a recorrente "em todas as ocasiões processuais adequadas pleiteou o reconhecimento do fenômeno da prescrição e a produção de prova testemunhal", mas essas questões ainda que mencionadas no relatório da apelação, não foram objeto de exame pelo Tribunal *a quo*. (Fl. 421)

VII - 22 e 24, ambos da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e 1.079, do CC/1916, porquanto o acórdão recorrido ignorou "o contrato especificamente celebrado para o caso Lafabra". (Fl. 423)

VIII - 1.080, 1.083, 1.086 e 1.310, todos do CC/1916, porque o acórdão recorrido "errou ao não ver que a nova proposta feita pelo banco (=contraposta), obrigava-o, desde que aceita, como foi, pelo Recorrente". (Fl. 426)

IX - 22, 119, 122, "4" e 127, todos do Código Comercial, pois embora o acórdão recorrido tenha entendido que o contrato de honorários não teria se formado, o recorrido aceitou a proposta feita pela recorrente e por isso o contrato se concluiu;

X - 1.533, do CC/1916, porquanto o acórdão recorrido entendeu que só havia atos preparatórios ao contrato, mas que não havia contrato de honorários;

XI - 152, 178, § 9º, V, **b**, todos do CC/1916 e 269, IV do CPC, porque o acórdão recorrido não extinguiu os embargos de devedor com julgamento de mérito, ao não decretar a prescrição da matéria da defesa. (Fl. 435)

XII - 3º, 125, I, 131, 267, VI e § ~~3º~~, 329, 332 e 515, todos do CPC, e 136, III, do CC/1916, porquanto o Tribunal *a quo* teria deixado de examinar "cláusula contratual (2.7) demonstrativa de que em determinadas circunstâncias o valor dos honorários seriam os justificados pelo advogado independentemente do valor da causa, depoimento testemunhal colhido em tabelião (contrariando o acórdão o art. 136 – III do Código Civil/1916), prova emprestada consistente em depoimento testemunhal colhido em outro processo entre as mesmas partes e finalmente, a alegação de prescrição da matéria dos embargos do devedor". (Fl. 436)

XIII - 5º, 129, 131, 132, todos do CC/1916 e 113 do Código Civil atual, pois, ao contrário do que entendeu o acórdão recorrido, dever-se-ia admitir "como válidas e verdadeiras, as declarações assinadas pelas partes, vinculando-as aos documentos subscritos, até pelo decurso do prazo prescricional para invalidá-los, julgando-se improcedentes os embargos do devedor." (Fl. 447)

XIV - 269, II e 598, ambos do CPC, porquanto a sentença, mantida pelo acórdão recorrido, não entendeu que houve "reconhecimento explícito do pedido pelo Recorrido." (Fl. 448); e

XV - 20, §§ 3º e 4º, do CPC, pois a sentença, mantida pelo acórdão recorrido, ao julgar procedentes os embargos do devedor, não poderia ter fixado os honorários de sucumbência em 10% sobre o valor da execução, mas sim ter fixado-os de forma eqüitativa. (Fl. 450)

Alegou, ainda, haver dissídio jurisprudencial sobre todos os artigos acima citados.

Prévio juízo de admissibilidade: com contra-razões, foi o especial inadmitido na origem, sendo, então, interposto agravo de instrumento (Ag n. 687.089-MG), ao qual foi dado provimento, determinando-se a subida do recurso para melhor exame.

Após o voto do Relator, ilustre Ministro Ari Pargendler, não conhecendo do recurso especial; pedi vista dos autos.

É o relatório.

a) Da alegada violação ao art. 535, II, do CPC.

O Tribunal *a quo* apreciou, de forma fundamentada, as questões pertinentes para a resolução da controvérsia, ainda que tenha dado interpretação contrária aos anseios da recorrente, situação que não serve de alicerce para a interposição de embargos de declaração.

Ressalte-se que o sucesso dos embargos de declaração, mesmo quando interpostos para fins de prequestionamento, necessita de alguma das hipóteses ensejadoras previstas no art. 535 do CPC, inexistentes na espécie. Dessa forma, não há se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

Considerando que além do art. 535, II, do CPC, a recorrente alega a violação a outros 42 (quarenta e dois) artigos de lei federal e a diversos incisos desses artigos, convém desde logo analisar quais dispositivos estão efetivamente prequestionados e quais não estão.

b) Da alegada violação aos arts. 3º, 20, §§ 3º e 4º, 125, I, 128, 131, 267, VI e § 3º, 269, II e IV, 293, 329, 330, I, 332, 334, III, 400, 401, 460, 462, 512, 515, 598 e 740, parágrafo único, todos do CPC; e 5º, 129, 131, 132, 135, parágrafo único, 136, III e IV, 141, parágrafo único, 152, 178, § 9º, V, **b***, 1.079, 1.080, 1.083, 1.086, 1.310 e 1.533, todos do CC/1916; 22 e 24, ambos do Estatuto da OAB, 22, 119, 122, "4" e 127, todos do Código Comercial e 113 do Código Civil atual.*

Quanto aos arts. 20, §§ 3º e 4º (v. fls. 330), 128, 269, IV, 329 (v. fls. 320/322), 330, I, 400, 401 (v. fls. 317/318), 460, 515 e 740, parágrafo único (v.

fls. 317/318), todos do CPC; e arts. 178, § 9º, V, **b** (v. fls. 320/322), 1.080, 1.083 e 1.086, todos do CC/1916 (v. fls. 327/329); nota-se que os temas neles versados foram abordados pelo Tribunal *a quo*, pelo que ocorreu o seu prequestionamento, com perfeita viabilização do acesso à instância especial.

Em relação aos demais artigos suscitados pela recorrente, não houve prequestionamento, sequer implícito, porquanto não houve prévia decisão do Tribunal *a quo*, no acórdão recorrido, nem mesmo no julgamento dos embargos de declaração, o qual nem por isso quedou-se omisso, contraditório ou obscuro, porquanto decidiu fundamentadamente as questões pertinentes ao deslinde da controvérsia. Portanto, incide na espécie a Súmula n. 211-STJ.

De qualquer modo, constata-se, também, que, quanto aos arts. 3º, 125, I, 131, 267, VI e § 3º, 269, II, 293, 332, 334, III, 462, 512 e 598, todos do CPC; arts. 5º, 129, 131, 132, 135, parágrafo único, 136, III e IV, 141, parágrafo único, 152, 1.079, 1.310 e 1.533, todos do CC/1916; arts. 22 e 24, ambos do Estatuto da OAB; arts. 22, 119, 122, "4" e 127, todos do Código Comercial e art. 113 do Código Civil atual, o recurso especial está deficientemente fundamentado, porquanto a recorrente limitou-se a tecer ilações que não são claras nem objetivas, inviabilizando assim a compreensão da controvérsia, por força do Verbete Sumular n. 284-STF, *verbis*: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

Portanto, passa-se à analise das alegações de violação aos dispositivos efetivamente prequestionados.

I - *Quanto à questão da prescrição (arts. 269, IV e 329, ambos do CPC e art. 178, § 9º, V,* **b***, do CC/1916)*.

Alega a recorrente que o acórdão recorrido teria violado os arts. 269, IV e 329, ambos do CPC e art. 178, § 9º, V, **b**, do CC/1916, porquanto não teria enfrentado a alegação de prescrição e, por isso, não extinguiu o processo de embargos de devedor. (Fl. 403)

A prescrição é relativa à pretensão do recorrido para argüir a ausência de título executivo, por ineficácia do contrato, uma vez que assinado apenas por uma pessoa que não tinha poderes para tanto de acordo com os estatutos do banco-recorrido. (Fl. 34)

Nesse sentido, embora à primeira vista tenha entendido no julgamento do Ag n. 687.089-MG que o Tribunal *a quo* violou o art. 178, § 9º, V, do Código Civil de 1916, noto, neste momento, que, diante da falta de clareza do recurso especial e do próprio acórdão recorrido, acabei sendo induzida em erro, não compreendendo corretamente a questão e o voto do Relator, i. Ministro Ari Pargendler.

Com efeito, porque, ainda que o acórdão recorrido tenha afastado, por maioria, a alegação de prescrição da pretensão do recorrido para se argüir a ausência de título executivo por ineficácia do contrato que se pretendia executar (como consta à fl. 322), ele entendeu que não havia título executivo por outro fundamento, qual seja a falta de liquidez e certeza do contrato que se pretendia executar, conforme expressamente consta à fl. 324, *verbis*: "(...) não há título líquido e certo a embasar a execução movida pelo apelante, como bem constatou o douto sentenciante."

Diante disso, percebe-se que a questão da prescrição é desinfluente para a alteração das conclusões do acórdão recorrido.

Isso porque, como o fundamento principal utilizado pelo acórdão recorrido para manter a sentença foi o de que não havia título executivo por falta de liquidez e certeza — e não por ineficácia do contrato que se pretendia executar —, a situação processual da recorrente não seria alterada se fosse reconhecida a prescrição da pretensão do recorrido à declaração de ineficácia do contrato, pois o fundamento principal do acórdão recorrido não seria modificado.

Portanto, inadmissível, por ausência de interesse em recorrer, o recurso especial interposto com fundamento em ofensa aos arts. 269, IV e 329, ambos do CPC e art. 178, § 9º, V, **b**, do CC/1916.

II - Quanto à alegação de julgamento citra petita (arts. 128, 460 e 515, todos do CPC).

Quanto à alegada violação aos arts. 128, 460 e 515, todos do CPC, porquanto o Tribunal *a quo* teria incorrido em julgamento citra petita, ao desconsiderar, segundo a recorrente, a "questão prejudicial (prescrição), sob qualquer pretexto, julgando *per saltum* e passando ao exame da matéria de fundo" (fls. 411/412); nenhum reparo merece o acórdão recorrido, pois, como dito acima, antes de passar ao exame da "matéria de fundo" (liquidez e certeza do contrato que se pretendia executar), a alegação de prescrição foi rejeitada, como consta à fl. 322.

III - Quanto à alegação de cerceamento de defesa (arts. 330, I, 400, 401 e 740, parágrafo único, todos do CPC).

Afirma a recorrente que houve cerceamento de defesa, uma vez que foi impedida de produzir "prova testemunhal para a comprovação das circunstâncias em que celebrou-se o contrato de defesa do caso Lafabra." (Fl. 406, *sic*)

Não há qualquer violação aos arts. 330, I, 400, 401 e 740, parágrafo único, todos do CPC, porquanto estava autorizado o julgamento antecipado dos embargos do devedor, uma vez que a prova testemunhal não poderia infirmar a prova

documental já existente nos autos e, principalmente, alterar a conclusão de que o contrato que se pretendia executar era desprovido de liquidez e certeza.

De fato, prova testemunhal não tem o condão de conferir liquidez a contrato que se pretende executar, porque se a determinação da obrigação pecuniária não é feita segundo o conteúdo do próprio contrato, mas em virtude da apuração de fatos externos a ele (como o é a oitiva de testemunhas), não se trata de título executivo. Nesse sentido é, inclusive, o exemplo doutrinário trazido por Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual: "Constitui judicioso entendimento dominante o de que a liquidez do crédito se contenta com a determinabilidade do *quantum debeatur*, não sendo necessário que o título se refira, desde logo, a um montante determinado. O que importa é que o título executivo forneça todos os elementos imprescindíveis para que, mediante simples operação aritmética e aplicação da lei, possa ser encontrado o número de unidades (na maior parte dos casos, unidades de moeda) pelo qual a execução se fará; sendo necessário buscar elementos aliunde, faltará o requisito da liquidez" (*Execução civil*. 5ª ed. rev. e atua., São Paulo: Malheiros, 1997, n. 331, p. 494/495, grifado e destacado).

IV - Quanto à questão da alegada contraposta feita recorrido (arts. 1.080, 1.083 e 1.086, todos do CC/1916).

Quanto à alegada violação aos arts. 1.080, 1.083 e 1.086, todos do CC/1916, porque o acórdão recorrido "errou ao não ver que a nova proposta feita pelo banco (=contraposta), obrigava-o, desde que aceita, como foi, pelo Recorrente" (fl. 426), observa-se que, nesse ponto, o acórdão recorrido se pautou, essencialmente, na análise dos instrumentos contratuais e das provas apresentadas, além, é claro, da interpretação dada aos fatos narrados na instrução do processo, como está expresso às fls. 328/329:

> "Cabe, então, conferir como teria se dado a aceitação da proposta da apelante pelo apelado.
>
> *O despacho feito na proposta da apelante pela representante do apelado, visto nestes autos à fl. 40, foi comunicado àquela através da correspondência que ela mesma cuidou de juntar com a inicial da execução, que hoje consta desta como sendo o documento de fl. 16.*
>
> *Ora, o documento de fl. 16 dos autos da execução nem de longe mostra-se como uma aderência incondicional à proposta de fl. 40 destes autos. Ocorre que ele é, em verdade, uma contraproposta, assim redigida no que aqui interessa:*
>
> 'Em resposta a proposta efetuada por V. Sas. apresentamos nossa contra proposta de 5% (cinco por cento) sobre o valor envolvido vinculado ao encaminhamento das seguintes peças: (...)'. (*sic* fl. 16 da execução. Apenas grifei)

A resposta do apelado à proposta da apelante foi, em verdade, uma contraproposta, e vinculada, vale dizer: condicionada.

> *Logo, entendido o 'o novo contrato' como sendo 'o de fls. 16 e 46 do apenso, repetidos às fls. 47 do apenso e 40 destes autos e novamente juntados nos declaratórios' (sic fl. 144)*, tal como o define a própria apelante, não sobrevive a mínima dúvida de que ele, também por não ter se aperfeiçoado, em razão do disposto no transcrito art. 1.083 do CC/1916, é que não constitui, em verdade, título líquido e certo dotado de exeqüibilidade." (Grifado e destacado)

Portanto, nesse ponto, a alteração nas conclusões do acórdão recorrido demandaria o reexame das circunstâncias fático-probatórias, procedimento defeso em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

v) Da alegada violação ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Afirma a recorrente que houve violação ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, pois a sentença, mantida pelo acórdão recorrido, ao julgar procedentes os embargos do devedor, não poderia ter fixado os honorários de sucumbência em 10% sobre o valor da execução, mas, sim, tê-los fixado de forma eqüitativa. (Fl. 450)

Contudo, segundo a jurisprudência do STJ, acolhidos integralmente os embargos do devedor, os honorários advocatícios podem ser fixados tanto por arbitramento, na forma do § 4º, do art. 20, do CPC, isto é, estabelecendo-se um valor fixo, independentemente do valor executado (REsp n. 218.511-GO, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.10.1999); como em percentual sobre o valor executado, nos termos do art. 20, § 3º do CPC (REsp n. 87.684-SP, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 24.03.1997). Nesse sentido, REsp n. 733.533-SP, de minha relatoria, DJ 22.05.2006.

vi) Da alegada divergência jurisprudencial.

No que concerne aos alegados dissídios jurisprudenciais, não cuidou a recorrente de demonstrá-los nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ. Ao revés, limitou-se a transcrever ementas e trechos dos arestos paradigmas, mas não realizou a necessária confrontação analítica entre os julgados, de modo a evidenciar a similitude fática entre eles e o efetivo dissenso pretoriano.

Isso porque, a alegada divergência de jurisprudência não é susceptível de se caracterizar, pois seria necessário, como pressuposto para aferir a contraposição dos arestos trazidos como paradigmas, fosse desenvolvida argumentação suficiente a demonstrar a identidade das circunstâncias e a similitude dos casos

concretos. Isto não foi feito pela recorrente, que não atendeu, portanto, aos requisitos do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

"A mera citação do repositório autorizado, por mais ilustre que o seja não é o bastante para caracterizar o dissídio jurisprudencial, porque, além da prova da divergência, é imprescindível que a recorrente evidencie o dissídio, vale dizer, faça a demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados." (Despacho do Ministro Ilmar Galvão no Ag n. 1.749-SP, DJU 05.03.1990, p. 1.420)

Inviável a análise deste ponto, portanto, quanto à alínea **c** do permissivo constitucional, por desacordo com o estipulado pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ.

Por fim, registro que o fundamento principal pelo qual o acórdão recorrido manteve a sentença de procedência dos embargos do devedor foi a falta de liquidez e certeza do contrato que a recorrente pretendia executar, isto é, que tal contrato não preenchia todos os requisitos do art. 586, *caput*, do CPC. Contudo, o recurso especial é deficiente neste ponto, uma vez que a violação ao art. 586, *caput*, do CPC não foi alegada pela recorrente.

Forte em tais razões, por esses fundamentos, acompanho o voto do Relator e não conheço do presente recurso especial.

É como voto.

Jurisprudência da Quarta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 286.101-RS (2000/0113678-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Agravantes: Hassan Ali Taher e outros
Advogados: Roberto de Figueiredo Caldas e outros
Agravada: Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Procuradores: Laerte Luiz de Almeida Lara e outros

EMENTA

Reclamação trabalhista. Recurso especial. Agravo regimental. Prescrição. Horas extras habituais. Supressão. Trabalho extraordinário. Indenização. Súmula n. 291-TST.

I - As horas extras habituais não se incorporam ao salário, sendo devida, apenas, a indenização prevista no Enunciado n. 291 do Tribunal Superior do Trabalho. Precedentes.

II - Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, 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, Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 26.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Hassan Ali Taher e outros interpõem agravo regimental contra decisão de fl. 266.

Os ora agravantes querem demonstrar que o acórdão estadual violou os arts. 458 e 535 do CPC, em razão da omissão. Por outro lado, argumentam sobre o direito adquirido à incorporação das horas-extras pagas, e impugnam a

irretroatividade da Súmula n. 291-TST e a contrariedade aos arts. 468 do CLT e 6º, § 2º, da LICC.

Requerem a reconsideração da decisão, ou sua reforma pelo Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Sem razão os ora agravantes.

Reiteram-se os fundamentos lançados à fl. 266:

"Trata-se de recurso especial contra acórdão do Colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconheceu o direito dos autores ao recebimento da indenização por horas-extras trabalhadas, nos termos do Enunciado n. 291 do TST, pretendendo os reclamantes a sua incorporação.

Preliminarmente, inadmissível o recurso para análise de pretensa violação a dispositivos constitucionais.

Quanto à assertiva de violação aos arts. 458 e 535 do CPC, sem razão os recorrentes, haja vista que enfrentadas e fundamentadas todas as questões levantadas pela parte, porém em sentido contrário ao almejado. Ademais o aresto federal está em consonância com a jurisprudência desta Corte. (Terceira Turma, REsp n. 228.187-PR, Relator Ministro Castro Filho, unânime, DJU 24.11.2003 e Sexta Turma, REsp n. 138.004-RS, Relator Ministro Anselmo Santiago, unânime, DJU 1º.02.1999)

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC)."

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.137-BA (2001/0181132-4)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Recorrente: U. P. de B.
Advogados: Jair Brandão de Souza Meira e outro
T. origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Impetrado: Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Recorrido: D. B. de B.
Advogados: Antônia Claret Conceição Nascimento e outro

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Câmara de Férias. Conselho da Magistratura Estadual que atua como Câmara de Férias, no período de férias forenses. Competência funcional estabelecida na Lei de Organização Judiciária. Recurso de agravo de instrumento interposto durante as férias. Apreciação por integrante da Câmara de Férias. Agravo regimental. Término das férias. Redistribuição do recurso. Alegada usurpação da competência da câmara de férias. Inocorrência. Recurso ordinário não provido.

Demarcada a competência funcional da Câmara de Férias para atuar no período que permeia 2 e 31 de janeiro e 2 e 31 de julho, é de elementar inferência que após o transcurso desse intervalo de tempo, desvanece sua competência.

Tal fato ocorre porque, repita-se, a Câmara de Férias, inserida na competência interna do Tribunal, exerceu sua competência funcional no momento determinado pela Lei de Organização Judiciária, ou seja, durante o período de férias forenses.

Nessa quadra, escoado o período de férias forenses, inexiste qualquer ilegalidade na redistribuição para Câmara ou Turma Julgadora competente, de recurso inicialmente examinado pela Câmara de Férias.

Recurso ordinário em mandado de segurança improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes 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, por unanimidade, em negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Massami Uyeda. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 16.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: 1. Cuida-se de recurso ordinário, interposto por Ubirajara Pereira de Brito, com a finalidade de reformar, integralmente, v. acórdão que denegou a ordem em mandado de segurança impetrado contra desembargadores integrantes da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Segundo emerge dos autos, o ora recorrente interpôs agravo de instrumento perante o Conselho da Magistratura, tendo em vista que, à época, funcionava como Câmara de Férias naquela Corte Estadual. O prefalado agravo tinha em mira desconstituir decisão do MM. Juízo da 7ª Vara de Família e Sucessões que, nos autos de ação de revisão de alimentos, fixou alimentos provisórios em 30% dos proventos do agravante, a ser descontado diretamente em folha, em favor de sua ex-esposa Daricélia Alves Batista.

Afirmou o impetrante que, após a distribuição do recurso de agravo, veio a lume r. decisão da lavra de Desembargador integrante do Conselho da Magistratura, indeferindo o pedido de suspensão dos efeitos da decisão que concedeu os mencionados alimentos provisórios. Apresentado agravo regimental; este foi redistribuído a Desembargador integrante da Primeira Câmara Civil da Corte de origem, que negou seguimento ao recurso "sob o fundamento de que não havia certidão de intimação ao ora impetrante do ato judicial atacado". (Fl. 4)

Diante desse quadro, veio a balha o predito mandado de segurança fincado na premissa de que o ato ilegal se evidenciou na usurpação da competência do Conselho da Magistratura, levado a efeito pela Primeira Câmara Civil, razão pela qual pugnou pela suspensão do desconto em folha, até solução final do *writ of mandamus*.

A liminar almejada restou indeferida (cf. fl. 64), dando ensejo à interposição de agravo regimental, o qual acabou por ser improvido. (cf. fls. 77/80)

O Tribunal Pleno da Corte do Estado da Bahia, ancorado no r. parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (cf. fls. 94/95), denegou a segurança, consoante os fundamentos sintetizados por meio da seguinte ementa:

> "Conselho da Magistratura. Câmara de Férias. Redistribuição dos feitos depois do recurso. Agravo regimental. Competência da Câmara Cível. Usurpação da competência. Inexistência. Mandado de segurança.
>
> Terminado o período das férias forenses, em que o Conselho da Magistratura funciona como Câmara de Férias, os recursos da competência da Câmara Cível são redistribuídos, a exemplo de agravo, cabendo a este

último colegiado julgar agravo regimental da decisão de sua inadmissibilidade, inexistindo usurpação de competência nem direito líquido e certo a ser tutelado pelo *mandamus*.

Mandado de Segurança denegado". (Fl. 98)

Ainda inconformado, o impetrante apresentou o presente recurso ordinário em mandado de segurança. Repisa no argumento de que 'o ato ilegal, portanto, se circunscreve à usurpação da competência do Conselho da Magistratura pela Primeira Câmara Civil, para julgar agravo regimental interposto do despacho do Presidente daquele órgão". Afirma que o referido magistrado, "na condição de Relator, proferiu despacho denegatório de efeito suspensivo ao agravo que, tendo o ora recorrente interposto agravo regimental do ato da relatoria, caberia exclusivamente àquele Conselho julga-lo, e não proceder a redistribuição do feito nessa fase processual". (Fls. 110/111)

Após a decisão que determinou a subida do recurso, a douta Subprocuradoria Geral da República, instada a se pronunciar, se reportou aos termos do parecer do Ministério Público Estadual. (cf. fl. 123)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 2. A questão trazida para ser dirimida se circunscreve na resposta à seguinte indagação: Existe direito líquido e certo da parte em exigir a apreciação de recurso por órgão julgador com atribuição específica para atuar somente durante as férias forenses, após cessado esse período?

Antes da resposta, faz-se mister rememorar que a Constituição da República, em seu art. 96, dispõe sobre a competência dos Tribunais para a elaboração de seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, bem como para dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Por seu turno, o Código de Processo Civil, ao dispor sobre a competência funcional, prevê que "regem a competência dos tribunais as normas da Constituição da República e de organização judiciária" (art. 93).

Feitas essas observações, registre-se que à época dos fatos (ano de 1999), as férias coletivas para a instância ordinária se verificavam nos meses de janeiro (de 2 a 31) e julho (de 2 a 31); essa circunstância ensejava a definição, por meio da lei de organização judiciária local e respectivo regimento interno, sobre a competência funcional para a apreciação dos feitos que reclamassem uma solução célere.

Assim, pois, amparado na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, a Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia prevê as regras a serem observadas durante o período de férias forenses (www.tj.ba.gov.br). Para visualizar essa assertiva se faz oportuno trazer à balha o disposto no art. 124 da norma de organização judiciária:

> "Art. 124. Os desembargadores e os juízes da Comarca de Salvador terão férias coletivas de 2 a 31 de janeiro e de 2 a 31 de julho, com exceção dos membros do Conselho da Magistratura, que funcionará como Câmara de Férias, e dos juízes designados para o plantão."

O sobredito Conselho da Magistratura do Tribunal Estadual Baiano é composto da seguinte forma:

> "Art. 30. O Conselho da Magistratura, cuja competência e funcionamento serão estabelecidos no Regimento Interno do Tribunal de Justiça, é constituído do Presidente e do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, do Corregedor-Geral da Justiça e de dois desembargadores, sendo um das Câmaras Cíveis e outro das Criminais, eleitos, na forma prescrita nesta Lei, pelo período de dois anos, vedada a reeleição.
>
> (...) *omissis* (...)
>
> § 4º O Conselho da Magistratura funcionará como Câmara de Férias, disciplinando-lhe o Regimento Interno a competência, no particular."

De igual forma, a referida Lei de Organização Judiciária dispôs sobre os membros integrantes da Câmara de Férias:

> "Art. 131. Como Câmara de Férias, o Conselho da Magistratura funcionará com quatro membros, três dos quais serão os integrantes da Mesa Diretora do Tribunal, o Desembargador que gozar férias coletivamente no primeiro ano de mandato, integrará a Câmara de Férias no ano seguinte".

Do cotejo dos preceitos acima, verifica-se que no bojo da competência interna estabelecida no Tribunal do Estado da Bahia, restou definida a competência funcional, que, consoante o magistério sempre contemporâneo de José Frederico Marques, "é a que está atribuída aos órgãos judiciários para a prática de atos na relação processual". É que, "há, internamente, órgãos colegiados e órgãos individualizados, com atribuições peculiares e específicas." (cf. *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Ed. Saraiva, p. 182 e 196, 1975, São Paulo)

Demarcada a competência funcional da Câmara de Férias para atuar no período que permeia 2 a 31 de janeiro e 2 a 31 de julho, é de elementar inferência que após o transcurso desse intervalo de tempo desvanece sua competência.

Tal fato ocorre porque, repita-se, a Câmara de Férias, inserida na competência interna do Tribunal, exerceu sua competência funcional no momento determinado pela Lei de Organização Judiciária, ou seja, durante o período de férias forenses.

Nessa quadra, escoado o período de férias forenses, inexiste qualquer ilegalidade na redistribuição para Câmara ou Turma Julgadora competente de recurso inicialmente examinado pela Câmara de Férias.

A ausência de ilegalidade ou abusividade do ato que determinou a redistribuição do recurso do impetrante se transmuda na carência de suposto direito líqüido e certo, a evidenciar que não merece amparo a irresignação estampada no presente recurso ordinário.

Por derradeiro e a título de mera lembrança, é cediço que, com o advento da EC n. 45/2004, promulgada em 8 de dezembro de 2004 e publicada no DJ 31.12.2004, marcou-se o fim das férias coletivas do Poder Judiciário, tornando a atividade jurisdicional, na instância ordinária, ininterrupta.

Pelo que precede, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 296.475-ES (2000/0141730-4)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Massas Alimentícias Firense S/A
Advogados: Luiz José Finamore Simoni e outros
Recorridos: Perlima Metais Perfurados Ltda e outros
Advogados: Francisco Carlos de Morais Silva e outros

EMENTA

Comercial e Processual Civil. Acórdão estadual. Omissão não configurada. Concordata. Sentença que a julga cumprida. Apelação de dois credores buscando atualização monetária. Perícia. Cálculos. Edital. Publicação. Ausência de impugnação oportuna. Crédito quirografário. Correção monetária. Preclusão. Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 155, §§ 1º e 3º. Exegese.

I - Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas que desfavoravelmente à parte.

II - Constitui pressuposto da apelação da sentença que julga cumprida a concordata a prévia impugnação ao pedido do concordatário, após a publicação do edital previsto no art. 155, § 1º, da Lei de Quebras, tornando-se precluso o pleito de inclusão da correção monetária, se tal não ocorreu, ainda que determinada, anteriormente, pelo juízo. Precedentes do STJ.

III - Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, 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, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 6 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 26.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Massas Alimentícias Firenze S/A interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado (fl. 853):

"Apelação cível. Concordata preventiva. Impugnação aos créditos depositados. Falta de incidência da correção monetária. Aplicabilidade. Sentença reformada. Recurso provido.

O que se discute, *in casu*, não é a conversão, mas sim a atualização monetária da dívida, que mesmo tendo sido requerida e determinada o depósito das parcelas relativas aos créditos quirografários não foram feitos com tal incidência, sendo omissa a sentença relativamente à correção monetária. E, ainda, a incidência de correção monetária nas obrigações contraídas pelo

comerciante, cujo pagamento fica deferido pela concordata, não importa maior onerosidade para o devedor, pois que ela só conserva a identidade da moeda no curso da inflação. Assim, dá-se provimento ao recurso para reformar a sentença no tocante a correção monetária."

Alega a recorrente, preliminarmente, que o aresto é nulo por omissão no enfrentamento das questões propostas nos aclaratórios, infringindo o art. 535, II, do CPC.

Aduz que também houve contrariedade ao art. 183 do CPC, posto que os recorridos nem suscitaram a questão da incidência da correção monetária nos depósitos efetuados, nem fizeram ressalva quando do levantamento da primeira parcela, tornando a matéria preclusa, consoante tal norma adjetiva.

Aponta, mais, ofensa ao art. 155, § 3º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, pois o Tribunal estadual conheceu de apelações interpostas por credores que não haviam, antes, impugnado o edital publicado em 14.01.1991 (fl. 491). Destaca que quem não reclamou na oportunidade, não pode apelar da sentença que julgou cumprida a concordata.

Sem contra-razões. (Fl. 938)

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fl. 942.

Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República às fls. 948/950, pelo Dr. Washington Bolívar Júnior, no sentido do acolhimento do recurso para a decretação da nulidade do acórdão por omissão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial aviado pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, em que é apontada, a par de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 535, II, e 183 do CPC, e 155, § 3º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Quanto à divergência, ela não se configura, porquanto faltou o indispensável confronto analítico, sendo inservível seja a mera enunciação de tese genérica sobre o cabimento dos embargos declaratórios, seja pela simples transcrição de ementas, das quais não se pode extrair a inteireza da situação fático-jurídica enfrentada nos arestos paradigmáticos.

No tocante à letra **a**, inicia a recorrente por pedir a decretação da nulidade do acórdão por omissão, porém sem razão, pois os temas suscitados já haviam

sido enfrentados pelo Tribunal, e houve a reiteração das conclusões em sede de aclaratórios (fls. 888/889). Agora, se o entendimento não foi o que a parte esperava, isso não representa vício processual, com a devida vênia.

A questão subseqüente diz respeito à preclusão, invocando, para tanto, a recorrente, a aplicação dos arts. 183 do CPC e 155, § 3º, da Lei de Quebras.

Assiste razão à recorrente.

A sentença deu por cumprida a concordata à fl. 751, mas não houve prévia impugnação aos valores apurados na conta de fl. 660 e seguintes, consoante edital publicado com base no art. 155, § 1º, da Lei de Quebras. É certo que havia determinação expressa para a inclusão da correção monetária, porém a sistemática legal exige que aberta vista aos credores pelo edital, constitui ônus seu objetar ao pedido, o que não fizeram, deixando precluir o momento adequado. Em tais condições, vedado o retrocesso para convalidar a sua omissão anterior.

Diz o texto legal:

> "Art. 155. (...).
>
> § 3º Da sentença que julgar cumprida a concordata podem apelar os interessados que hajam reclamado. Da sentença que a julgar não cumprida pode o concordatário agravar de instrumento".

Examinando casos iguais, ambas as Turmas da Segunda Seção decidiram que:

> "Concordata. Extinção das obrigações. Apelação.
>
> Consoante o disposto no art. 155 § 3º da lei de falências, não poderá apelar da sentença que julgar extintas as obrigações do concordatário o interessado que não houver oportunamente formulado reclamação, nos termos do § 1º do mesmo artigo. (Terceira Turma, REsp n. 64.078-RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, unânime, DJU 19.06.1995, p. 18.704)
>
> (...) "Processo Civil. Concordata. Apelação da sentença que a julga cumprida. Necessidade de prévia reclamação. Pressuposto recursal. Art. 155 e paragráfos da lei falimentar. Agravo desprovido.

Pela sistemática da lei de falências só é admissível a apelação do interessado que tenha reclamado no prazo do § 1º do art. 155, Oportunidade adequada à arguição de descumprimento de obrigação pela concordataria." (Quarta Turma, AgRg no Ag n. 29.099-RS, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJU 02.08.1993, p. 14.251)

Oportuno transcrever excerto do voto do Relator do primeiro precedente acima citado, o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, *litteris*:

"Não me parece valioso, *data venia*, o argumento de que a correção monetária fora anteriormente determinada. Isso poderia ser relevante para decidir-se o mérito do recurso, não sua admissibilidade.

Também incapaz de afetar o ponto em exame a circunstância de, em petições anteriores, haver o banco pretendido a correção e, em uma delas, consignado o magistrado que a questão seria oportunamente examinada. Importa que, quando se abriu ensejo a impugnações, relativas ao requerimento de que se julgassem extintas as obrigações, o banco manteve-se silente."

Destarte, é de se reconhecer a ofensa apontada.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para restabelecer a sentença que julgou cumprida a concordata, de fls. 750/751.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 303.778-MS (2001/0017648-8)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrentes: Miguel Dei Ricardi — Espólio e outros
Advogados: Márcio Ricardo Gardiano Rodrigues e outros
Recorridos: Hélio Del Pintor e outros
Advogados: Amantino Soares Rocha e outros

EMENTA

Civil e Processual. Ação ordinária que pede a nulidade de escritura de compra e venda cumulada com reivindicatória. Apelação decidida por maioria. Oposição de embargos infringentes. Inadmissibilidade pelo Tribunal estadual. Ataque ao voto vencido inviável no âmbito dos infringentes. Cabimento dos embargos quanto à impugnação aos votos majoritários. CPC, art. 530.

I - Conquanto inteiramente inviável a pretensão dos embargantes de atacar, pela via infringente, o próprio voto vencido, que lhes dá respaldo a tal espécie recursal, certo é que também formularam impugnação aos votos majoritários, sem grande rigor técnico mas

inteligivelmente, de modo que cabível, dentro dos limites entre aquele e estes, a apreciação da matéria debatida, ao teor do art. 530 da lei adjetiva civil.

II - Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido, para que o Tribunal estadual prossiga no exame do mérito dos embargos infringentes, observados os limites da espécie.

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, Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 12.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Miguel Dei Ricardi — Espólio e outros interpõem, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, assim ementado (fls. 413/414):

"Agravo regimental. Decisão que negou seguimento aos embargos infringentes. Razões recursais que não se fundamentam no voto vencido. Rediscussão do mérito do recurso de apelação. Impossibilidade. Recurso improvido.

A interposição de embargos infringentes, na forma do art. 530 do Código de Processo Civil, visa, tão-somente, a revisão da matéria decidida sem unanimidade, sendo que o máximo que pode pretender o embargante é que prevaleça, no julgamento dos embargos, a solução preconizada no voto vencido."

Alegam os recorrentes que moveram ação ordinária objetivando a declaração de nulidade de escritura lavrada em seus nomes por mandatário que

celebrou o ato em desacordo com a vontade deles, outorgantes; que em 1º grau a demanda foi julgada improcedente, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça, por maioria. Opostos embargos infringentes, o Relator negou-lhes seguimento. Aviado agravo regimental, quedou-se infrutífero, daí a interposição do especial.

Aduzem que foi negada vigência ao art. 530 do CPC, pois não tendo sido unânime a decisão, bastante tal condição para o acesso à via recursal, destacando que o próprio voto vencido carecia de reparos, salientando que (fl. 422):

> "Acontece que, como destacado nas razões dos infringentes (fl. 383), o próprio voto vencido carecia de reparos, posto que, propondo a ação o reconhecimento da nulidade da escritura e, cuidando-se de bem em condomínio, os ora Recorrentes não viam e não vêem como tratá-la parceladamente. Além disso, o v. voto vencido havia considerado equivocadamente as transcrições constitutivas daquele condomínio, pelo que, na prática, verificou-se divergência total, justificando as considerações feitas à guisa de alerta ao órgão julgador."

A seguir, discorrem sobre a fundamentação do voto vencido, que entendeu que haveria nulidade parcial, quando, em verdade, é total. Acrescentam que também ocorreu contrariedade aos arts. 85 e 1.295, § 1º, do revogado Código Civil.

Sem contra-razões. (Fl. 427)

O recurso não foi admitido na instância de origem (fls. 438/440), subindo ao STJ por força de provimento dado ao Ag n. 300.448-MS (apenso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que não admitiu embargos infringentes opostos pelos mesmos recorrentes a decisão prolatada em sede de apelação.

No julgamento da apelação, o Relator, Desembargador Nelson Mendes Fontoura, entendeu que a preliminar de nulidade da sentença confundia-se com o mérito. Quanto ao mérito, concluiu (fls. 350/351):

> "Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, dou provimento parcial ao recurso de apelação para declarar nula em parte a escritura de compra e venda lavrada nas notas do Cartório de Registro Civil e Tabelionato de Terenos (fls. 46 verso a 48 verso, do Livro n. 13, letra **b**), oriunda da Transcrição n. 516 do CRI da 3ª Circunscrição desta Capital, nos limites e

confrontações referidas na mencionada transcrição e referente à alienação pelos apelantes aos apelados da área de 86 ha, 9.158 m2 e 9 cm2 e, em conseqüência, ficam declaradas nulas as transcrições ou registros em matrícula posteriores à referida transcrição.

Com a nulidade declarada, permanece válida a parte oriunda da transcrição n. 413, com a mesma área, nos limites e confrontações deste último ato do registro público.

Nula a compra e venda e restabelecida a Transcrição n. 516, julgo procedente, também, a ação reivindicatória para condenar os apelados na entrega aos apelantes da área decorrente da mencionada transcrição. Deixo de conceder perdas e danos, porque nos autos não existem provas de nenhum prejuízo, limitando-se o fato nas alegações iniciais.

Com a procedência parcial da ação cada parte ficará responsável pelos honorários de seu advogado e no pagamento das custas processuais em partes iguais."

Já o revisor, Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, acompanhado do vogal, firmaram a maioria, negando provimento à apelação. (Fl. 354)

Foram opostos embargos declaratórios e rejeitados unanimemente.

Interpostos, em seguida, embargos infringentes, deixaram de ser admitidos pelo acórdão ora sob exame, aos seguintes fundamentos. (Fls. 409/411):

"Cuidam os autos de agravo regimental, interposto contra a decisão que negou seguimento aos embargos infringentes propostos por Espólio de Miguel Dei Ricardi, Ana Catarina Dei Ricardi, José Regini e Marlene Reginato Regini, fazendo-o sob os seguintes fundamentos:

'(...) A interposição dos embargos infringentes, na forma do art. 530 do Código de Processo Civil, visa, tão-somente, a revisão da matéria decidida sem unanimidade, sendo que, o máximo que pode pretender o embargante é que prevaleça, no julgamento dos embargos, a solução preconizada no voto vencido.

Os Embargantes, no caso dos autos, em nenhum momento, requereram que prevalesse o voto vencido, aduzindo, pelo contrário, que 'não se conformavam, inteiramente, com os termos do voto vencido, que contemplara, parcialmente sua tese (...) (Fl. 384)

Pelo exposto, percebe-se que o embargante pretende rediscutir o mérito do recurso de apelação, por meio dos embargos infringentes, razão pela qual ao recurso deve ser negado seguimento.

(...) Diante do exposto, na forma dos arts. 531 e 557, primeira hipótese, do Código de Processo Civil, nego seguimento aos infringentes'. (Fl. 391/392)

Sustentam os agravantes, em síntese, que não é exato que as razões dos infringentes não se fundamentaram no voto vencido, sendo certo que, se os recorrentes excederam os limites do voto dissidente, não o fizeram por má-fé, não podendo, este fato, impedir o conhecimento do recurso.

No entanto, como já dito, os agravantes, em nenhum momento, requereram que prevalecesse o voto vencido, alegando, pelo contrário, que 'não se conformavam, inteiramente, com os termos do voto vencido (...)'. (Fl. 384)

Ao discorrerem sobre o fundamento do voto vencido, assim manifestaram os recorrentes:

> '(...) o douto prolator do v. vencido deu provimento ao apelo, reconhecendo, porém, que a nulidade reclamada em relação à escritura seria apenas parcial.'
>
> 'Todavia, *data venia*, o ato deve ser considerado no seu todo. Até porque, embora identificados por transcrições distintas, as áreas permaneciam e permanecem pro indiviso, de fato e de direito — o que desaconselha entendê-las como partes separáveis (art. 153, do CCB).
>
> No caso sob exame, é inegável que a nulidade não pode ficar restrita à venda da área correspondente à transcrição 516, já que sua identificação é impossível, não podendo, portanto, ser considerada separadamente'. (Fl. 384)

Compulsando os autos, verifica-se que os recorrentes nem mesmo ao final do recurso pediram para que prevalecesse o voto vencido, requereram, pelo contrário, o provimento integral do recurso. (Fl. 388)

Pelo exposto, constata-se que os agravantes pretendiam rediscutir o mérito do recurso de apelação, por meio dos embargos infringentes, aduzindo, para tanto, suas razões como um todo, motivo pelo qual nego provimento ao regimental."

Tenho que a decisão merece parcial reparo.

Os embargos infringentes, como consabido, têm, como limites, os votos vencedores e o voto vencido, de sorte que absolutamente incabível qualquer crítica, no âmbito daquele recurso, ao que foi deferido ou deixou de ser deferido pelo voto derrotado. Para tanto, deveriam os autores ter, de logo, interposto recurso especial e/ou extraordinário, o que não fizeram, deixando precluir a matéria.

Assim é que os embargos, somente sendo hábeis a atacar os votos vencedores, podem, no máximo, vindicar o que foi deferido pelo voto vencido, ou menos do que isso, nunca mais.

Equivocado, de outro lado, se me afigura o entendimento do Tribunal no julgamento do regimental, com relação ao pedido formulado nos embargos infringentes. É certo que a impugnação ao voto vencido é, como acima frisado, inteiramente impertinente, descabida, e a questão está definitivamente superada. Mas, com efeito, verifica-se que os embargos, à fl. 384 e seguintes, atacam, também, os votos vencedores, que confirmaram a sentença de improcedência da ação. Pode até não ter sido apresentada com absoluto rigor técnico, o seu final é vago, mas, com a devida vênia da Corte *a quo*, é bastante a leitura do inteiro teor da petição de fls. 381/388 para se aferir que os embargantes também postulam ao menos a prevalência do voto vencido, que julgou procedente em parte a ação e o pedido reivindicatório, segundo a parte dispositiva que se transcreveu antes, ao longo deste voto (cf. fls. 350/351).

Destarte, tenho como violado o art. 530 do CPC.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou parcial provimento, para determinar que o Tribunal de Justiça julgue o mérito dos embargos infringentes, no limite do voto vencido da apelação, de fls. 343/351.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 316.471-SP (2001/0039656-9)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Recorrentes: Jair Nara e outro
Advogados: Luiz Carlos Ramos e outro
Recorrido: Banco Bradesco S/A
Advogados: Antônio Álvaro Mascaro de Tella e outros

EMENTA

Recurso especial. Assistência judiciária. Liqüidação. Contador judicial. Possibilidade. Recurso conhecido e provido.

1. A primeira fase da reforma do Código de Processo Civil, especialmente no que se refere às alterações promovidas pela Lei n.

8.898/1994 no art. 604 do Código de Processo Civil, houve por bem estabelecer que cabe ao exeqüente apresentar a memória com os cálculos discriminados do valor a ser executado.

2. Todavia, é evidente que não restou vedada a realização dos cálculos por contador, máxime quando os credores são beneficiários da assistência judiciária gratuita.

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes 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, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 3 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 30.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso especial interposto por Jair Nara e outro, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que, dando provimento ao agravo de instrumento manejado pelos recorrentes, deferiu a assistência judiciária gratuita postulada, determinando, outrossim, fosse os cálculos de liqüidação formulados pelos próprios exeqüentes.

Embargos de declaração opostos e, ao final, rejeitados. (Fl. 71)

Sustentam os recorrentes, a par da divergência jurisprudencial, violação ao art. 604 do Código de Processo Civil e à Lei n. 1.060/1950.

Prazo pra contra-razões transcorrido *in albis*. (Fls. 93/94)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): Com razão os recorrentes.

Sustentam que, "constatada a complexidade e dificuldades na apresentação dos cálculos de liquidação, não havia impedimento algum em ser determinada a remessa dos autos ao contador judicial, pois em se tratando de beneficiários da Justiça Gratuita, era de todo possível a adoção da medida já que os recorrentes afirmaram seu estado de pobreza, e isso foi reconhecido."

Sobre o tema, já tive a oportunidade de me manifestar, quando do julgamento do EREsp n. 451.278-RS:

> "Embargos de divergência. Honorários de perito. Art. 604 do Código de Processo Civil. Despesa imputada ao exeqüente, especialmente se este é beneficiário da assistência judiciária gratuita. Embargos providos.
>
> 1. Cabe ao exeqüente apresentar a memória com os cálculos discriminados do valor a ser executado, nos termos do art. 604 do Código de Processo Civil.
>
> 2. Ademais, os exeqüentes são beneficiários da assistência judiciária gratuita, de modo que poderiam valer-se do contador do juízo.
>
> 3. Embargos de divergência providos." (Terceira Seção, de minha relatoria, DJ 08.09.2004)

Destaquei, naquela oportunidade, que:

> "A Reforma do Processo Civil, especialmente no que se refere às alterações promovidas pela Lei n. 8.898/1994 no art. 604 do Código de Processo Civil, houve por bem estabelecer que cabe ao exeqüente apresentar a memória com os cálculos discriminados do valor a ser executado. De fato, a intenção do legislador foi permitir maior celeridade ao processo de execução, dispensando a exigibilidade de intervenção de contador.
>
> É evidente que não restou vedada a realização dos cálculos por contador; no entanto, esta é facultativa, não se podendo imputar tal despesa ao executado, já que resultou de livre opção do exeqüente.
>
> Ademais, na hipótese dos autos, os credores são beneficiários da assistência judiciária gratuita, consoante se verifica do acórdão do Tribunal de origem (fls. 71/75). Dessa forma, cumpre ressaltar que os exeqüentes se poderiam valer do contador do juízo."

Assim, também, outros julgados deste Tribunal Superior:

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

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

2. Embargos de Divergência não conhecidos." (EREsp n. 472.867-RS, Corte Especial. Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 04.10.2004)

"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 (art. 20, § 2º e 604, do CPC). Perito contratado. Beneficiário da justiça gratuita. Incoerência. Impossibilidade de ressarcimento.

(...)

6. A reforma do Código Processual Civil (art. 604, com a redação dada pela Lei n. 8.898/1994) não excluiu a possibilidade de se efetuar cálculos através da Contadoria Judicial, órgão auxiliar do Juízo. Assim, aqueles que são hipossuficientes, beneficiários da Justiça Gratuita (Lei n. 1.060/1950), apesar de terem o dever de apresentar a planilha quando iniciada a execução, podem se valer destes préstimos, porquanto não terão como, por fonte própria, arcar com tais recursos. O magistrado da execução deverá determinar o encaminhamento dos autos a tal setor, para que se proceda à elaboração dos cálculos. (cf. REsps ns. 140.574-SP e 163.443-SP)

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

2º, do CPC), requer seu ressarcimento, apesar de poder usufruir de tais préstimos sem qualquer ônus. Violação a norma legal. Reforma do v. aresto recorrido, que não determinou aos contratantes, ora recorridos, o gravame dos honorários do seu próprio perito.

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-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ 06.05.2004)

4. Dessarte, conheço e dou provimento ao recurso especial, para que se encaminhe os autos à Contadoria Judicial para fins de liqüidação de sentença.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 415.884-SP (2002/0022074-0)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Recorrente: Sérgio Prado
Advogado: Eli Aguado Prado
Recorridos: Ilda Padovani Franciscon e outros
Advogados: Flávio Luís Ubinha e outro

EMENTA

Recurso especial. Processo Civil. Sentença de extinção da ação executiva e dos embargos à execução. Reapreciação. Impossibilidade. Arts. 463, 471 e 473 do CPC.

1. Na mesma lide, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, salvo se houver previsão legal ou, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito.

2. O art. 463 prevê a possibilidade do magistrado alterar o que anteriormente decidiu, desde que ocorrentes inexatidões materiais ou erros de cálculo, o que, por óbvio, não significa possibilidade de reapreciação de questões e de prolação de nova decisão.

3. Uma vez publicada a sentença, inicia-se o prazo para sua impugnação, única via adequada para a rediscussão das matérias já apreciadas.

4. Recurso parcialmente conhecido e, no ponto, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes 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, por unanimidade, em conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Cesar Asfor Rocha e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 5 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 05.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso especial interposto por Sérgio Prado, com fundamento na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo então Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que, negando provimento a agravo de instrumento manejado pelo ora Recorrente, manteve decisão do juízo singular, que reconsiderou anterior pronunciamento de extinção da ação executiva.

Embargos de declaração opostos e rejeitados.

Sustenta o recorrente contrariedade aos arts. 125, inciso I, 468, 471, incisos I e II, e 473, todos do Código de Processo Civil, na medida em que, uma vez prolatada sentença e decidida a lide, não poderia o magistrado "revogá-la ou modificá-la na sua substância".

Contra-razões às fls. 173/176.

Recurso admitido na origem. (Fls. 184/185)

Opina o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Primeiramente, não conheço do recurso especial com relação às alegadas violações aos arts. 125, inciso I, e 468 do Código de Processo Civil. Nada decidiu a Corte estadual sobre a igualdade das partes (art. 125, inciso I) ou sobre os limites da coisa julgada (art. 468). Assim, ausente o necessário prequestionamento, incide, na espécie, o enunciado n. 211, da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça ("inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*").

2. No mais, todavia, melhor sorte colhe o recorrente.

No caso em exame, o magistrado singular, após publicação em 05.05.2000 da sentença que extinguiu a ação executiva e os embargos à execução — com fundamento no art. 267, inciso III, do Código de Processo Civil —, ao ser informado de que o exeqüente havia falecido, proferiu, em 06.06.2000, nova decisão e, em nome da economia e da celeridade processual, determinou o prosseguimento do feito, *verbis*:

> "À vista do peticionado a fls. 73/74 e 77/78 e, atendendo ao princípio da economia e da celeridade processual, torno sem efeito a decisão de fl. 71.
>
> Defiro a substituição do exeqüente pelos seus sucessores indicados à fl. 77. Proceda a serventia as necessárias anotações e comunicações.
>
> No mais, prossiga-se nos autos de embargos."

3. Diz o art. 471 do Código de Processo Civil que, na mesma lide, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, salvo se houver previsão legal ou, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, o que não se verifica na espécie.

Observe-se, doutra parte, que o art. 463 prevê algumas hipóteses em que o magistrado pode alterar o que anteriormente decidiu. Ressalte-se, contudo, que a alteração é permitida, se ocorrentes inexatidões materiais ou erros de cálculo, o que, por óbvio, não significa possibilidade de apreciação de questões supervenientes e de prolação de nova decisão conseqüente.

Destaque-se, por fim, que, uma vez publicada a sentença, inicia-se o prazo para sua impugnação, única via adequada para a rediscussão das matérias pertinentes, mas já, agora, na instância competente para conhecer e julgar o recurso cabível na espécie.

4. Isso posto, com fundamento nas razões acima expostas, conheço parcialmente do recurso especial e, no ponto, dou-lhe provimento para restabelecer a sentença, que extinguiu a ação executiva e os embargos à execução.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 530.805-RO (2003/0083062-5)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrentes: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Estado de Rondônia Sintero e outro
Advogados: Hélio Vieira da Costa e outro
Recorrido: José de Abreu Bianco
Advogados: Roberto Franco da Silva e outro

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Publicação de outdoors contendo mensagens ofensivas à honra de governante. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Legitimidade passiva do presidente do sindicato como pessoa física. Entendimento obtido da análise do conjunto fático-probatório. Reexame de provas. Impossibilidade. Aplicação da Súmula n. 7-STJ. Livre manifestação do pensamento. Respeito à inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. *Quantum* indenizatório razoavelmente estabelecido à espécie. Ônus da sucumbência e fixação da verba honorária. Revisão. Óbice na Súmula n. 7-STJ. Recurso especial não conhecido.

1. Não há se falar em cerceamento de defesa, tendo em conta que, em princípio, cabe à prudente discrição do Magistrado decidir sobre a produção de provas no processo.

2. A revisão do entendimento de não excluir o Presidente sindical do pólo passivo da demanda, bem como a distribuição do ônus da sucumbência e fixação de honorários advocatícios, demanda revolvimento de provas, o que é inviável em sede de recurso especial.

3. Provada a ofensa à reputação, à honra ou à dignidade do recorrido, é devida a verba ressarcitória por dano moral puro, sendo

desnecessária a prova do prejuízo, mas apenas da existência do fato capaz de gerar o constrangimento.

4. Esta Corte Superior de Justiça pode rever o valor fixado a título de reparação por danos morais, mas apenas quando se tratar de valor exorbitante ou ínfimo.

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 7 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJ 12.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Estado de Rondônia — sintero e outro com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, em que se alega contrariedade dos arts. 20, § 3º, 130, 267, VI, e 400 do Código de Processo Civil, e 27, VIII, e 53 da Lei n. 5.250/1967.

Verifica-se, da análise acurada dos autos, que o recorrido ajuizou ação de indenização por danos morais em face dos recorrentes, por conta de publicação, pelo Sindicato e por seu Presidente, de outdoors em espaços públicos da Cidade de Rondônia-RO, com as mensagens "Traidores do Povo — Bianco demitiu quase 10 mil servidores" e "Estes parlamentares não fizeram nada para impedir, e ainda ficaram do lado do Governador contra os servidores", acompanhadas de fotos do recorrido e de outros parlamentares (ut fls. 20/24). Tal fato restou difundido na mídia, em especial no Jornal Diário da Amazônia, edição de 16.08.2000 (fl. 24). Em 1º grau de jurisdição, a ação foi julgada procedente, para condenar cada um dos réus, ora recorrentes, ao pagamento de indenização por dano morais no valor de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), além de custas e honorários

advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. Interposto recurso de apelação (fls. 107/128), o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia-RO negou-lhe provimento. (Fls. 159/166)

No presente apelo nobre buscam os recorrentes a reforma do v. acórdão recorrido, alegando, em síntese, nulidade da instrução processual, por cerceamento de defesa, tendo em conta o julgamento antecipado da lide em 1º grau de jurisdição, com o indeferimento da prova testemunhal requerida pelos ora recorrentes. Aduzem, ainda, ilegitimidade passiva do recorrente José Wildes de Brito, Presidente do Sindicato, alegando ser ele simples representante legal da entidade sindical, e que a colocação dos outdoors que originaram a ação não constituiu uma iniciativa individual da Presidência do Sindicato, mas sim uma deliberação da Diretoria da entidade. Afirmam, ainda, inexistir responsabilidade civil no caso em tela, tendo em conta o direito à crítica contra os atos governamentais, amparado no princípio constitucional da livre manifestação do pensamento. Requer, por fim e alternativamente, a redução do *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais, bem como da verba sucumbencial, que entende exorbitante. (Fls. 169/192)

O recurso especial foi contra-arrazoado às fls. 196/208, recebendo, ainda, juízo positivo de admissibilidade. (Fls. 214/216)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O recurso não merece conhecimento.

Com efeito.

Inicialmente, no tocante ao alegado cerceamento de defesa, os recorrentes sustentam ser indispensável à solução da lide a produção da prova testemunhal requerida nos autos.

Contudo, o Tribunal *a quo*, analisando a questão em debate, entendeu que "o dano moral não precisa ser provado, pois diz respeito ao sofrimento suportado pela vítima em sua honra subjetiva, o que não pode ser comprovado. Desse modo, a simples veiculação da matéria ofensiva já demonstra a necessidade de se indenizar. O sofrimento ocorreu e nada mais pode ser feito do que indenizar a vítima, ora recorrida, pelo dano moral. Além disso, a matéria de mérito é unicamente de direito, sendo, portanto, despicienda a abertura da instrução probatória (CPC, art. 330, inciso I) com a oitiva de testemunhas, uma vez que os fatos jurídicos que interessam ao deslinde da causa estão demonstrados, restando tão-somente

valorá-los à luz do direito vigente a fim de apurar a existência ou não do dever de indenizar. E isso foi realizado." (Fl. 162)

Dessa forma, não há se falar em cerceamento de defesa, observando-se, ainda, que em mais de uma oportunidade esta Corte já se manifestou no sentido de que, em princípio, cabe à prudente discrição do Magistrado decidir sobre a produção de provas no processo, exatamente o caso dos autos.

Nesse sentido, já restou decidido:

> "Processual Civil. Mútuo. SFH. Prequestionamento. Falta. Súmulas ns. 282 e 356-STF. União. Litisconsorte passiva. Afastamento. Produção de prova. Perícia. Cerceamento de defesa. Reexame fático. Súmula n. 7-STJ. Juros remuneratórios. Capitalização. Impossibilidade. Precedentes. (...) 3. Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes para julgamento da causa as provas constantes dos autos, não cabe a esta Corte afirmar a ocorrência de cerceamento de defesa." (REsp n. 719.259-CE, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 22.08.2005)

Relativamente à suscitada ilegitimidade passiva *ad causam* do recorrente José Wildes de Brito, consta da sentença monocrática que "nenhum dos requeridos apresentou qualquer documento, em especial ata de assembléia que tenha deliberado sobre tal assunto — e isso não lhes seria nada difícil —, apta que seria para demonstrar que as colocações dos outdoors supracitados tivesse sido aprovada por todos da diretoria do requerido Sintero, ônus que lhes eram devidos (CPC, arts. 333, II). Sem aludida prova, conforme verificado, torna-se juridicamente impossível a exclusão do requerido José Wildes de Brito no processo, razão pela qual deverá responder pelos termos da ação." (Fl. 100)

Na realidade, rever tal entendimento e excluir o Presidente sindical do pólo passivo da demanda, obviamente, demandaria revolvimento dessas provas, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do disposto na Súmula n. 7-STJ, assim redigida: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

Em relação à mencionada exclusão da responsabilidade civil, é certo que a Constituição da República Federativa do Brasil considera livre a manifestação do pensamento, mas ao mesmo tempo assegura o direito de resposta, a inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

In casu e de acordo com a fundamentação do acórdão recorrido, verifica-se que as ofensas dirigidas ao recorrido, refletidas nos dizeres "Traidores do Povo — Bianco demitiu quase 10 mil servidores" e "Estes parlamentares não fizeram nada para impedir, e ainda ficaram do lado do Governador contra os

servidores" não tiveram, como bem fundamentou o r. *decisum*, cunho crítico ou jornalístico, mas sim objetivaram única e exclusivamente atingir a honra objetiva e subjetiva do recorrido, ensejando, sem dúvida, a condenação do sindicato e do seu presidente por dano moral.

Assim, "basta e leitura dos textos contidos nas fotografias anexadas às fls. 23/23 e dos jornais acostados às fls. 24, 25 e 31, por qualquer pessoa dotada de um mínimo de senso crítico e de imparcialidade, para constatar, sem disfarce, que a campanha encetada pelos recorrentes teve o nítido propósito, com dolo intenso, de achincalhar o recorrido. E o desiderado, sem dúvida, foi alcançado, já que o menoscabo, o menosprezo, o escárnio não ficaram circunscritos à região da Capital, mas em todo o Estado de Rondônia, senão além de suas fronteiras, porquanto as investidas dos recorrentes foram veiculadas por meio do Jornal Diário da Amazônia, de grande circulação. No momento em que todos os fatos relatados pelos recorrentes, publicados e veiculados, levam a crer, a quem quer que fosse, inclusive ao Poder Judiciário, que o recorrido tinha agido como noticiado ao público, tenho que restou caracterizada a ofensa moral. Ora, inequívoco que a matéria, ao mencionar 'traidor do povo', trouxe para o recorrido um sentimento depreciativo perante a sociedade, uma vez que sobressai que estaria despreparado para exercer o cargo de Governador que ocupa." (Fl. 164)

Na espécie, oportuno deixar assente, que, provada a ofensa à reputação, à honra ou à dignidade do recorrido, é devida a verba ressarcitória por dano moral puro, sendo desnecessária a prova do prejuízo, mas apenas da existência do fato capaz de gerar o constrangimento.

É certo, ainda, que esta Corte Superior de Justiça pode rever o valor fixado a título de reparação por danos morais, mas apenas quando se tratar de valor exorbitante ou ínfimo." (ut AgRg no Ag n. 727.915-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 26.06.2006)

Em verdade, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta colenda Turma na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, observa-se que o valor encontrado pelo Tribunal a quo — R$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), sendo R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) para cada um dos réus — não se demonstra exagerado a ponto de admitir a intervenção excepcionalíssima deste egrégio Superior Tribunal. (ut Ag n. 663.500, Relator Ministro Castro Filho, DJ 10.05.2005)

Por fim, em relação ao ônus da sucumbência e à distribuição dos honorários advocatícios, o entendimento esposado pelo Tribunal *a quo* baseou-se na análise do conjunto probatório carreado aos autos e rever tal entendimento,

obviamente, demandaria revolvimento dessas provas, o que encontra óbice na já referida Súmula n. 7-STJ, conforme os seguintes precedentes:

> (...) Aferir-se o decaimento de cada litigante, com o objetivo de estabelecer-se a proporção dos ônus sucumbenciais, implica em reapreciação de matéria fática, o que não é permitido neste egrégio Tribunal em razão do enunciado da Súmula n. 7-STJ." (EDcl no Ag n. 526.974-RJ, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU 13.02.2006)
>
> "Agravo regimental. Recurso especial. Comissão de permanência. Impossibilidade de cumulação com correção monetária, juros remuneratórios, moratórios e multa contratual. Súmulas ns. 30 e 294-STJ. Aferição de sucumbência mínima nesta Corte. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Precedentes. Compensação. Verba honorária. Possibilidade. (...) 2. Em sede especial, não é dado pesquisar percentuais e valores da condenação para se concluir ou não pela inversão do ônus sucumbencial ou para aferir-se a ocorrência de sucumbência em parte mínima do pedido ou de sucumbência recíproca, pois são intentos que demandam inegável incursão na seara fático-probatória dos autos, vedada pela Súmula n. 7-STJ. Precedentes." (AgRg no REsp n. 750.653-RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 26.09.2005)

Não se conhece, pois, do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 540.054-MG (2003/0061624-7)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Carlos Dubles Correa
Advogados: Humberto Theodoro Junior e outros
Recorrido: Mitsui e CO. Ltda
Advogado: Fernando Rosa de Sousa

EMENTA

> Recurso especial. Processual Civil. Contrato de venda com reserva de domínio (equipamentos médicos). Cláusula de eleição de foro. Competência relativa. Declinação de ofício. Impossibilidade. Alegação

de existência de obstáculos subjetivos. Nulidade. Inocorrência. Relação de consumo. Exame em sede de cognição plena pelas instâncias ordinárias competentes. Inocorrência. Supressão de instância. Inadmissibilidade. Precedentes.

1. A Segunda Seção deste Colegiado pacificou entendimento acerca da não-abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor. Mesmo em se cogitando da configuração de relação de consumo, não se haveria falar na hipossuficiência do adquirente de tais equipamentos, presumindo-se, ao revés, a ausência de dificuldades ao respectivo acesso à Justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito.

2. A solitária condição de a eleição do foro ter se dado em contrato não acarreta a nulidade dessa cláusula, sendo imprescindível a constatação de cerceamento de defesa e de hipossuficiência do aderente para sua inaplicação, inocorrentes na hipótese em tela.

3. A questão da hipossuficiência do recorrente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias competentes em sede de processo de conhecimento completado, não sendo lídimo cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de inadmissível supressão de instância.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 7 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJ 19.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Carlos Dubles Correa interpôs recurso especial (CF/1988, art. 105, inciso III, alínea **a**, fls. 155/168) contra v. acórdão prolatado pela colenda Segunda Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (Agravo de Insrumento n. 375.305-7, Relator Juiz Alberto Aluízio Pacheco de Andrade, v.u., julgado em 17.09.2002), o qual tratou de tema relativo a exceção de incompetência que foi suscitada, por existir cláusula de eleição de foro (Comarca de São Paulo), em sede de contrato de venda com reserva de domínio de equipamento médico sofisticado, celebrado entre o autor e a então agravante Mitsui & CO. Ltda, tendo sido afastada a alegação de relação de consumo do agravado (Carlos Dubles Correa), ao entendimento adotado pela r. decisão, de que a situação em que se encontra o ora recorrente:

> "(…) não se adequa à figura do consumidor definida no art. 2º da Lei n. 8.078/1990, uma vez que, neste caso, os destinatários finais do produto adquirido junto à agravante, são os pacientes atendidos.
>
> Os aparelhos adquiridos são meros instrumentos de trabalho utilizados no desempenho de suas atividades profissionais habituais.
>
> À luz do que define a teoria finalista, as regras das relações de consumo não podem ser aplicadas ao caso vertente, em face da motivação já exposta." (Fl. 126)

O egrégio Sodalício *a quo* deu provimento ao agravo da Empresa Mitsui & CO. Ltda para reformar a atacada decisão de 1º grau, por ter entendido como válida a cláusula de eleição do foro constante do contrato celebrado pelas partes, sendo então competente, para apreciação do litígio instaurado entre as partes, o foro da Comarca de São Paulo-SP. (Fl. 127)

Opostos embargos de declaração pelo então agravado Carlos Dubles Correa. (Fls. 129/141), foram estes rejeitados (v.u., julgado em 10.12.2002, fls. 144/145)

Inconformado, Carlos Dubles Correa interpôs o presente recurso especial, no qual postulou, inicialmente, a remessa do recurso ao colendo Superior Tribunal de Justiça, em função da alegação de entender ser o incidente processual oposto como prejudicial ao mérito da ação principal: sustenta que "as partes devem aceitar a remessa dos autos à Comarca de São Paulo — entendida como competente pelo egrégia TAMG — e aguardar o julgamento final da lide e o esgotamento das instâncias ordinárias para, somente então, instarem esta Corte Superior a decidir acerca da competência do magistrado que dirimiu o conflito travado entre as partes", asseverando que o Juízo de São Paulo poderá se declarar incompetente,

tendo todo o aparato judicial sido despendido inutilmente, postulando a remessa dos autos à Comarca de Uberlândia, onde terá seu regular desenvolvimento (fl. 157). No mérito, assevera a ocorrência de ofensa aos arts. 2º, 29, 47 e 51, incisos I e IV, do Código de Defesa do Consumidor, em razão do egrégio Tribunal *a quo* ter decidido que o ora recorrente não se enquadra nas previsões de proteção previstas na legislação consumerista.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): Inicialmente, quanto à alegação de ser o incidente processual oposto como prejudicial ao mérito da ação principal, deve ser observado que a Segunda Seção deste Tribunal Superior de uniformização jurisprudencial pacificou o entendimento acerca da não abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor.

Com efeito.

Muito embora a empresa fabricante do equipamento médico seja uma multinacional, não resta configurado qualquer prejuízo pelo simples fato de que um dos litigantes possui condições econômicas melhores do que o outro, uma vez que exigir-se que os litigantes possuam exatamente as mesmas condições financeiras como pressuposto de validade da cláusula de eleição de foro é o mesmo que torná-la ordinariamente inútil, pois dificilmente apresentar-se-ão ao Judiciário lides nas quais as partes demonstrem real paridade financeira.

A validade e a eficácia da cláusula de eleição de foro apenas poderiam ser colocadas em dúvida, como destacado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

> "a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de intelecção suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual;
>
> b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário;
>
> c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa." (STJ, REsp n. 379.949-PR, Quarta Turma, v.u., julgamento 26.02.2002, DJ 15.04.2002, p. 230); no mesmo sentido: REsp n. 466.179-MS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, v.u., julgado em 03.06.2003, DJ 15.12.2003, p. 315, LEXSTJ n. 177/142.

A mera alegação de existência de obstáculos subjetivos, com fundamento apenas na alegada natureza adesiva do vultoso contrato firmado pelas partes, não acarreta a nulidade da cláusula de eleição de foro, sendo imprescindível a constatação de cerceamento de defesa e a hipossuficiência do aderente para sua inaplicação (nesse sentido: STJ, REsp n. 545.575-RJ, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, v.u., julgado 09.09.2003, DJ 28.10.2003, p. 295).

Nesses termos, o foro de eleição não cede ao foro previsto no art. 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, o qual parte do pressuposto de ser o autor hipossuficiente, o que não restou caracterizado nos autos.

In casu, o MM. Juízo da Comarca de São Paulo-SP, tratando-se de situação de competência relativa, de ofício não pode suscitar sua incompetência, na observância da Súmula n. 33-STJ, só podendo se manifestar quanto a este tópico na hipótese de uma das partes opor a exceção de incompetência no prazo próprio (nesse sentido: STJ, CC n. 36.052-RJ, Relator Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, v.u., julgado em 23.10.2002, DJ 18.11.2002, p. 155, RT 812/164; CC n. 64.524-MT, Relator Ministro Nancy Andrighi, Segunda Seção, v.u., julgado em 27.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 256; REsp n. 204.380-MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, v.u., julgado em 06.05.1999, DJ 1ª.07.1999, p. 185)

Na situação em tela incide o disposto no art. 111 e parágrafos, do CPC, que permite às partes a eleição do foro contratual, tornando-se eventual cláusula sinalagmaticamente ajustada obrigatória para os contratantes.

Quanto ao mérito recursal, não pode ter guarida a tese do recorrente.

Com efeito.

Observe-se que, *in casu*, Carlos Dubles Correa firmou com Mitsui & CO. Ltda contrato de compra e venda com reserva de domínio, na condição de vendedora de equipamentos médicos, no valor de US$ 99,520.00 (noventa e nove mil, quinhentos e vinte dólares norte-americanos) (ut fls. 20/23).

Por meio do presente recurso, pretende, pois, o recorrente, alegando a nulidade da cláusula eletiva de foro, a teor das disposições da lei consumerista, fazer prevalecer o foro do local de cumprimento das obrigações assumidas pelas partes para o julgamento da ação revisional em questão.

Somente seria afastada a competência fixada por cláusula de eleição de foro se, no caso, fosse considerada como caracterizada relação de consumo ou, ainda, excepcionalmente, configurada a hipossuficiência da parte, a fim de, aplicando o Código de Defesa do Consumidor, para declarar a nulidade de tal cláusula. Ambas as hipóteses sequer foram discutidas nas instâncias ordinárias competentes.

Observe-se que a Segunda Seção desta Corte manifestou-se acerca da questão que ora se coloca, qual seja, a impossibilidade de caracterização das pessoas (físicas ou jurídicas), que visam lucro em suas atividades, como consumidoras para efeito da tutela legislativa especial. Naquela ocasião, não obstante por maioria de votos, restou assentado que este Tribunal Superior de uniformização jurisprudencial, no que tange à definição de consumidor e, por conseguinte, do campo de incidência da legislação especial, perfilha-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva. (STJ, REsp n. 541.867-BA, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator p/ o acórdão Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10.11.2004, DJ 16.05.2005, p. 227, RDR 31/349)

Ad argumentandum, com o intuito de exaurimento da questão, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada *in concreto* a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Nesses termos, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.

Ora, *in casu*, tanto a questão da hipossuficiência quanto a caracterização de relação de consumo em face da situação fática do ora recorrente, em momento algum, foram consideradas em sede de cognição plena pelas instâncias ordinárias competentes, não sendo lídimo cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância, o que é inadmissível. (nesse sentido: STJ, REsp n. 701.370-PR, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, v.u., julgado em 16.08.2005, DJ 05.09.2005, p. 430, RDDP 35/198)

Nesses termos, não se conhece do presente recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 625.023-PE (2004/0011140-2)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Editora Jornal do Commercio S/A
Advogados: Aurélio Agostinho da Boaviagem e outro
Recorrido: Adalberto Carvalho de Souza
Advogados: Emerson Davis Leônidas Gomes e outro

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Publicação de matéria jornalística ofensiva à honra. Decadência trimestral (art. 56 da lei de imprensa). Inaplicabilidade aos casos de indenização por dano moral. Ausência de recepção pela Constituição Federal da tarifação prevista na Lei n. 5.270/1997. Aplicação da Súmula n. 281-STJ. *Quantum* indenizatório razoavelmente estabelecido à espécie. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 6 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJ 26.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por Editora Jornal do Commercio S/A, em face de Adalberto Carvalho de Souza com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, em que se alega negativa de vigência aos arts. 49, § 1º, 51, 52 e 56 da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa).

Verifica-se, da análise dos autos, que o ora recorrido ajuizou, em face do recorrente, ação de indenização por danos morais e materiais, resultantes de publicação de matéria jornalística reputada ofensiva pelo autor da ação. A sentença de 1º grau julgou procedente a demanda, condenando o réu ao pagamento de indenização no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, além do pagamento de indenização por dano material, em quantia a ser apurada em liquidação de sentença (fls. 227/230). Interposto recurso de apelação, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco negou-lhe provimento. (Fls. 273/285)

Busca o recorrente a reforma do r. *decisum*, sustentando, em síntese, a ocorrência de decadência do direito do autor, tendo em conta a ultrapassagem do prazo de 3 (três) meses entre as publicações reputadas ofensivas e a propositura da demanda. Aduz, ainda, a impossibilidade de cogitar-se em indenização superior aos limites tarifados pela Lei de Imprensa, tendo esta sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Requer, por fim, a redução do *quantum* indenizatório estabelecido a título de danos morais — 100.000,00 (cem mil reais) — que entende acima dos limites pautados nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O recurso foi contra-arrazoado (fls. 337/340), recebendo juízo positivo de admissibilidade. (Fl. 349)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O recurso não merece conhecimento.

Inicialmente, afasta-se a alegação de decadência, tendo em conta que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido da inaplicabilidade do prazo trimestral previsto no art. 56 da Lei de Imprensa aos casos de indenização por danos morais, incidindo, na hipótese, o teor da Súmula n. 83-STJ, *in verbis*: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Nesse sentido, assim já se decidiu:

> "Civil e Processual Civil. Agravo. Dano moral. Imprensa. Valor indenizatório. Excesso. Inexistência. Revisão. Súmula n. 7-STJ. Responsabilidade do jornalista. Súmula n. 221. Decadência. Inocorrência. Súmula n. 83-STJ. Desprovimento. (...) III - Quanto ao tema do prazo decadencial, incide a Súmula n. 83-STJ, vez que já se encontra pacificado o entendimento de que não se aplica aquele estabelecido pela Lei de Imprensa. IV - Agravo desprovido." (AgRg no Ag n. 684.923-DF, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 17.10.2005)

Na realidade, a tarifação fixada pela Lei de Imprensa para o cálculo da indenização por dano moral não foi recepcionada pela Constituição Federal, consoante jurisprudência pacífica nesta Corte (*ut* REsp n. 777.219-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 23.10.2006 e REsp n. 541.682-SP, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 10.10.2005). Nos exatos termos da Súmula n. 281-STJ, que

assim prescreve: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa."

Oportuno observar, ainda, que esta Corte Superior de Justiça pode rever o valor fixado a título de reparação por danos morais, mas apenas quando se tratar de valor exorbitante ou ínfimo." (ut AgRg no Ag n. 727.915-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 26.06.2006)

In casu, veja-se o seguinte precedente da augusta Corte de Uniformização Jurisprudencial, que assim decidiu:

> "Em caso semelhante, no julgamento do REsp n. 488.921-RJ, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, por esta Turma foi fixado o valor da indenização em trezentos salários-mínimos por dano moral decorrente de diversas publicações jornalísticas indevidas, envolvendo o nome da Secretária Nacional de Direitos da Cidadania. Em outras duas situações, com publicações indevidas de nomes de Delegados e Agentes Federais envolvidos em inquéritos sob acusação de crimes, reveladas inverídicas, foi estabelecida indenização em 200 salários-mínimos (REsp n. 226.956-RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU 25.09.2000 e REsp n. 74.446-RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJU 14.09.98)" (*ut* Ag n. 685.594, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 1º.08.2005 e AgRg no Ag n. 605.917-RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 1º.02.2005).

Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, — as quais demonstram que, em razão de infundada acusação, o requerido teve sua honra e auto-estima atingidas, tanto que foi exonerado de funções de confiança, — bem como os padrões adotados por esta colenda Turma na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, observa-se que o valor encontrado pelo Tribunal *a quo* — 100.000,00 (cem mil reais) —, não se demonstra exagerado a ponto de admitir a intervenção excepcionalíssima deste egrégio Superior Tribunal.

Assim sendo, não se conhece do recurso especial.

É o voto.

Jurisprudência da Terceira Seção

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA N. 3.070-AL (2004/0034586-4)

Relator: Ministro Felix Fischer
Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis Ibama
Procuradores: Samuel Marques de Lima e outros
Agravados: José Miguel Teodosio da Silva, Agostinha Pereira dos Santos, Antonio Carlos Belarmino Lago, Antonio Orlando Cavalcante, Armando José Coelho Quixada Pereira, Benita Maria Monteiro Mueller Rocktaeschel, Catia Maria Romão, Celma Lasara A. Salim da Silveira, Clélia Rocha da Costa, Clemilton Firmino de Macedo, Cleodete de Oliveira Catta Preta, Dalvaci Evaristo Cruz Cunha Reis, Damião José da Silva, Davi Guimarães Carneiro, Dilamar Ribeiro Pires, Dulce Maria de Figueiredo, Edilene Oliveira de Menezes, Elionai Lira Pereira, Elizabeth Aparecida Gomes das Chagas, Elma da Rocha Nogueira Sudre, Eloisa Caixeta de Andrade Paiva, Emilia Ribas Andrade, Ermelinda da Silva Neiva, Francisco José Pereira, Gilbercy Mendes Caminha, Hélio dos Santos Pereira, Helionidia Carvalho Oliveira, Hidely Grassi Rizzo, Humberto Machado da Motta, Humberto Moura Villar de Lucena, Iara dos Anjos Barreto, Idelson do Amaral, Iraci Cardoso dos Santos, Ivanildo Rodrigues dos Santos, Ivoni das Graças Alves, Jesuina Maria da Rocha, João André da Costa, João Batista Ferreira, João Evangelista Sodré, Jocelino Araújo do Carmo Filho, Jodaias de Carvalho e Silva, Jorditânea Souto Santos, Jorge Lourenço Gomes, José Wilson da Silva, Leides Almeida Cunha, Luiz Henrique Gonçalves Dutra, Luzdalma Maria Goulart Machado, Mara Lúcia Figueiredo Lima Viana,Marcelo Nery de Oliveira, Marcos da Conceição Rocha, Marcos Ramos Vieira, Maria Ady Aires Maranhão, Maria Ceres Aranha Coli, Maria da Graça Rebelo Gama, Maria das Neves da Rocha Macedo, Maria de Amorim Coury, Maria de Araújo Neta, Maria do Carmo Pereira Reis, Maria do Rosário Menezes Machado Pinheiro, Maria Helena Ribeiro de Lima, Maria José Silva Nascimento, Maria Luiza Alencar de Almeida, Maria Nilda Augusta Vieira Leite, Maria Risolene de Souza, Mathias Geraldo Barreto, Mirce de Fátima dos Santos, Moema Enilda de Oliveira, Niferbac Leão Fernandes Bacelar, Odilon Pereira da Silva, Orismar Soares de Oliveira, Osvaldina Vieira dos Santos, Paula Frasinete Borges de Lima de Hollanda Cunha, Paulo Alceu Grieger, Paulo Cézar

Abelha, Raimundo Gomes de Mesquita, Rita de Cássia do Vale Caribe, Sandra Regina Ferreira da Silva, Sebastião Leal, Sebastião Rodrigues de Araújo, Serilucia Cavalcante Bezerra, Suzana Maria Guimarães Ferreira, Tarcisio Proença Pereira, Telma Maria Ribeiro Araújo, Vacerley Pinto de Almeida, Valéria Fonseca Nery, Valério Cardoso dos Santos, Vanda Lúcia Nascimento Teles, Vera Lucia Brandão Guedes, Veurailde Cardoso de Sousa, Vicente José de Oliveira, Vicente Rosa Crisostomo, Virgínia de Melo Palmeira Guimarães, Vitória Maria Bulbol Coelho, Wesley Carneiro

EMENTA

Processo Civil. Ação rescisória. Ajuizamento. Decadência. Verificação. Litisconsorte passivo necessário. Citação. Falta. Extinção do processo sem resolução de mérito. Relação processual. Regularização. Impossibilidade.

Uma vez decorrido o prazo decadencial para a propositura de ação rescisória contra qualquer dos litisconsortes passivos necessários, co-autores na demanda originária, é impossível a regularização da relação processual nos termos do art. 47 do CPC.

Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 02.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis —

Ibama — a desafiar decisão desta relatoria que julgou extinta a presente ação rescisória, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, porquanto teria se verificado o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória, sem que o demandante tivesse indicado todos os litisconsortes passivos necessários em sua petição inicial para citação.

Sustenta o agravante que, mesmo tendo ocorrido falha na indicação do rol dos réus da ação rescisória, não caberia ao Relator a extinção do feito, mas sim determinar a intimação do autor para, querendo, sanar o vício apontado, nos termos do art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à apreciação da egrégia Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Em que pesem os argumentos expendidos pelo ora agravante, não merece acolhimento o seu recurso.

A decisão agravada é clara ao afirmar a impossibilidade de regularização do pólo passivo formado por litisconsortes necessários, ante a verificação do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória com relação a demandados não declinados na petição inicial pelo ora agravante. Dessa forma, é incabível a providência contida no art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Nesse mesmo sentido, colaciono os seguintes precedentes:

> "Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória. Prazo decadencial. Citação de litisconsorte passivo necessário.
>
> 1. Após ultrapassado prazo decadencial, é vedada a regularização de ação rescisória em que falte a citação de litisconsorte passivo necessário.
>
> 2. Precedente da Primeira Seção. (AR n. 2.009-PB, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJU 03.05.2004)
>
> 3. Recurso especial provido." (REsp n. 115.075-DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJU 23.05.2005)
>
> "Processual Civil. Ação rescisória. Ausência de citação de litisconsorte necessário. Impossibilidade de regularização, eis que esgotado o prazo decadencial.

1. O réu da ação em que se proferiu o acórdão rescindendo é parte passiva indispensável na ação rescisória do respectivo julgado. Proposta a rescisória contra o assistente litisconsorcial, o réu, assistido, deve figurar como litisconsorte passivo necessário.

2. Decorrido o prazo decadencial para interposição da rescisória (CPC, art. 495) já não pode a ação ser proposta contra novo réu, sendo, conseqüentemente, impossível a regularização da relação processual nos termos do disposto no art. 47 do CPC.

3. Processo extinto sem julgamento do mérito (art. 267, IV, do CPC).” (AR n. 2.009-PB, Primeira Seção, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJU 03.05.2004)

“Processo Civil. Ação rescisória. Ausência de litisconsórcio passivo necessário. Ocorrência de decadência da ação. Extinção.

1. Na ação rescisória é indispensável a citação de todas as partes que figuraram no pólo ativo da ação originária cujo julgado se pretende desconstituir.

2. Não sendo demandada, e conseqüentemente citada, uma das partes que foi co-autora na ação originária, fica caracterizada a inexistência do litisconsórcio passivo necessário, ocorrendo a decadência em virtude do transcurso do prazo previsto no art. 495 do Código de Processo Civil.

3. Ação rescisória julgada extinta.” (AR n. 505-PR, Terceira Seção, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJU 13.10.2003)

Com essas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 8.248-DF (2002/0032252-8)

Relator: Ministro Nilson Naves
Embargante: José Maria Holanda Bezerra
Advogados: Antônio Cândido Barra Monteiro de Britto e outros
Embargado: Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão

EMENTA

Servidor público (demissão). Imputação genérica na portaria de instauração do processo disciplinar e falta de indicação das normas infringidas (alegações). Pontos omissos (ocorrência). Violação dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (ausência). Embargos de declaração (recebimento). Conclusão do acórdão embargado (manutenção).

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, acolher os embargos de declaração sem efeitos infrigentes, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina, Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 05.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi sem resolução do mérito que a Terceira Seção extinguiu o mandado de segurança impetrado por José Maria Holanda Bezerra. O então Relator, Ministro Vicente Leal, redigiu, para o acórdão, a seguinte ementa:

> "Administrativo. Servidor público. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Irregularidades. Dilação probatória. Impossibilidade em sede de mandado de segurança. Extinção do feito.
>
> Em sede de mandado de segurança, cujo rito sumário não comporta dilação probatória, não é possível o debate sobre a procedência ou improcedência da acusação de conduta ilegal apurada em processo administrativo disciplinar, sendo adequado o uso das vias ordinárias.
>
> Mandado de segurança extinto, sem julgamento do mérito."

Sobrevieram, daí, os presentes embargos de declaração, e as alegações foram estas: I - "no particular, como se verifica, o v. acórdão embargado não examinou o tema 'da acusação genérica e desprovida de fundamentação legal — ausência de tipificação legal infringida pela portaria e pelo mandato de notificação'"; e II - "o v. acórdão apesar de decidir contrariamente aos interesses do embargante, não menciona se em conformidade com o art. 5º, LIV e LV, da CF/1988, seria legítima e legal a imputação genérica sem que o Termo de Indiciamento do acusado (impetrante) contivesse as normas peculiares ao Finam supostamente infringidas, assim como, fosse expressamente detalhado, indicado e especificado quais os laudos que supostamente fariam referência ao embargante".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): De fato, não tratou o acórdão embargado das questões, conquanto suscitadas, relativas à dita imputação genérica na portaria de instauração do processo disciplinar e à alegada falta de indicação, no termo de indiciamento, das normas que teria o impetrante infringido no seu exercício funcional. Cumpre, pois, seja suprida a omissão.

A esse propósito, eis como opinou o Subprocurador-Geral Miguel Guskow:

> "2.3. De início, diz o Impetrante que o seu direito de defesa restou cerceado já na Portaria Conjunta n. 19, visto que cuida-se de ato genérico que não revela o fato ilícito que lhe foi imputado.
>
> 2.4. Entretanto, essa alegação não merece acolhida.
>
> 2.5. É que, por meio da Portaria n. 19 foi constituída a comissão processante, com o fim de apurar os fatos verificados no âmbito da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia — Sudam de que trata o Processo n. 00406.0000111/2000-61 — onde o Impetrante figura como acusado —, e determinar a instauração do competente processo administrativo disciplinar.
>
> 2.6. Esse ato, por ter expressamente indicado o Processo Administrativo onde foram constatados os atos imputados ao Impetrante e objeto do processo disciplinar, não reclama as minúcias indicadas na exordial, mormente considerando-se o extenso rol de investigados e os fatos a serem apurados
>
> 2.7. Ademais, nesse tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a portaria de instauração do processo disciplinar que faz referências genéricas aos fatos imputados ao servidor, deixando de expô-los minuciosamente,

não enseja a nulidade do processo, tendo em vista que tal exigência deve ser observada apenas na fase de indiciamento, após a instrução. (MS n. 7.069, Terceira Seção, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 12.03.2001, p. 86)

2.8. Igualmente, ao julgar o MS n. 7.736-DF, Relator Ministro Felix Fischer, esta Corte Superior de Justiça, pela sua Terceira Seção, consignou o entendimento de que a portaria de instauração do processo disciplinar e a citação do acusado prescindem de minuciosa descrição dos fatos imputados ao servidor, podendo se restringir, conforme o caso, a referências genéricas aos fatos (publicado no DJ 04.02.2002, p. 277).

2.9. Destarte, tendo a Portaria Conjunta n. 19/2001 indicado que o objeto do processo administrativo disciplinar seriam os fatos verificados nos Processos ns. 00406.000111/2000-61 e 59.430/000772/2001-13, tenho que não houve, na espécie, o alegado cerceamento de defesa invocado pelo Impetrante.

2.10. De outra banda, entende o Impetrante que teve direito líquido e certo violado, porquanto, no Termo de Indiciamento foi-lhe atribuído a prática de ilícitos 'em tese'.

2.11. Sem razão o Impetrante, neste particular, visto que no termo de indiciamento a conduta imputada restou tipificada — infringência aos arts. 116, incisos I, II, III, e 117, incisos IX e XV, da Lei n. 8.112/1990; arts. 10, *caput*, incisos I e II, e art. 11, *caput*, incisos I e II, da Lei n. 8.429/1992 —, sendo certo que a comissão processante referiu-se aos ilícitos 'em tese', porquanto a efetiva comprovação da sua existência somente ocorreria ao tempo da conclusão das apurações do processo administrativo disciplinar.

(...)

2.13. Alega o Impetrante que o seu direito de defesa restou agredido, ainda, porque a Comissão Processante não indicou as normas que teria infringido no seu exercício funcional.

2.14. Infere-se ao termo de indiciamento juntado aos autos, que o Impetrante infringiu as normas insertas nos arts. 116, incisos I, II e III e 117, incisos IX e XV, da Lei n. 8.112/1990; os arts. 10, *caput*, incisos I e II e art. 11, *caput*, incisos I e II, da Lei n. 8.429/1992; e os itens I, II, III e XIV, letras **a**, **b**, **c**, **f**, **m**, **q** e **r**, do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil, aprovado pelo Decreto n. 1.171/1994.

2.15. Diante desse documento, cai por terra a irresignação do Impetrante quanto à ausência de indicação expressa das normas que teria

infringido a sua conduta, qual seja, a de ter emitido parecer atestando a capacidade econômico e financeira da empresa Paraíso Agroindustrial S/A com base apenas nas informações constantes da declaração de Imposto de Renda de Pessoas Físicas, em detrimento das diversas recomendações do Tribunal de Contas da União e da Secretaria Federal de Controle quanto à forma e critérios de análise e aprovação de projetos e para a liberação de recursos."

Vê-se, pois, que não restou demonstrada, de plano, nenhuma violação dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Para sanar a omissão, como acabo de saná-la, recebo os embargos, mantenho, porém, a conclusão do acórdão embargado.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.031-DF (2004/0146012-6)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Marcos Gomes de Carvalho
Advogados: Roberto de Figueiredo Caldas e outros
Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social
Sustentação oral: Ranieri Lima Resende, pelo impetrante

EMENTA

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Contraditório e ampla defesa. Obediência. Acumulação ilegal de cargos. Configuração. Ordem denegada.

I - Na espécie, inexiste afronta a ampla defesa e ao contraditório no âmbito de processo administrativo por acumulação ilegal de cargos, tendo em vista que o indiciado foi devidamente cientificado do feito, bem como foram apreciadas as razões da defesa por ele apresentadas.

II - "Inexiste qualquer determinação legal no sentido de que o indiciado seja intimado pessoalmente do Relatório Final elaborado pela comissão processante, não havendo falar, também nesse particular, em cerceamento de defesa." (MS n. 7.051-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 05.05.2003)

III - O simples pedido de exoneração, sem a devida paralisação das atividades, aliado ao fato de que nova função foi assumida pelo impetrante após instaurado o processo de acumulação ilegal de cargos, afasta a alegação de boa-fé e, por conseguinte, legitima a pena de demissão aplicada.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 26.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Marcos Gomes de Carvalho contra ato do Sr. Ministro de Estado da Previdência Social, consistente na edição da Portaria n. 987, publicada em 6 de setembro de 2004, que demitiu o impetrante do cargo de médico do quadro de pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, ante a acumulação ilegal de cargos públicos.

Sustenta o impetrante, em síntese, nulidade do processo administrativo por cerceamento de defesa, ao argumento de que não foi notificado da decisão final da comissão processante e tampouco do julgamento, não lhe tendo sido oportunizada a apresentação de recurso. Aduz, ainda, que a demissão dos dois vínculos mantidos com o Instituto não poderia ter ocorrido, tendo em vista que procedeu a regularização da sua situação nos moldes como previsto no art. 37, XVI, **c** da Constituição Federal, inclusive com a solicitação de exoneração de um dos vínculos mantidos com o INSS.

O pedido de liminar foi indeferido pelo eminente Ministro Gilson Dipp (fl. 72), Relator à época.

Às fls. 82/91, foram apresentadas as informações que, após suscitar a ausência da produção de prova pré-constituída, alegam, em síntese, o seguinte:

a) inexistência de afronta ao contraditório, tendo em vista que o impetrante, nos autos do processo administrativo, foi cientificado do feito, bem como apresentou defesa (fl. 87);

b) não constitui afronta a ampla defesa o fato de o impetrante não ter sido intimado da conclusão do Relatório Final da Comissão de Inquérito, já que não houve a demonstração de qualquer prejuízo;

c) diante da constatação da acumulação ilegal de cargos, a pena de demissão decorre de expressa previsão legal (art. 132, XII, da Lei n. 8.112/1990).

Às fls. 93/96, a douta Subprocuradoria Geral da República opina pela denegação da segurança.

Após a sustentação oral do ilustre advogado do impetrante, adiei o julgamento para esta sessão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Inicialmente afasto a alegação de inadequação da via eleita, tendo em vista que o impetrante apresenta os documentos constantes do processo administrativo disciplinar a que foi submetido, nos quais constam informações suficientes para o deslinde da questão.

Quanto à alegação de afronta à ampla defesa e ao contraditório, resta demonstrado, mediante os documentos de fls. 33 e 58/60, que o impetrante foi devidamente cientificado da instauração do processo administrativo, bem como teve oportunidade de apresentar defesa escrita.

A propósito da acumulação ilegal de cargos, a Lei n. 8.112/1990 dispõe sobre o procedimento a ser adotado pela Administração:

> "Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e,

na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração;

II - instrução sumária, que compreende indiciação, defesa e relatório;

III - julgamento.

(...)

§ 3º Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento

(...)"

Vê-se que o procedimento de apuração da ilegal acumulação de cargos tem peculiaridades que o distinguem do regular processo disciplinar, adotando-se, como visto, caráter sumário.

Na espécie, não há previsão de que, após a apresentação da defesa escrita e do relatório da Comissão, haja nova oportunidade para que o servidor possa manifestar-se. Como bem observou o *Parquet*, há jurisprudência desta colenda Corte nesse sentido:

"Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Nulidades. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

(...)

6. Inexiste qualquer determinação legal no sentido de que o indiciado seja intimado pessoalmente do Relatório Final elaborado pela comissão processante, não havendo falar, também nesse particular, em cerceamento de defesa.

7. O ato punitivo, como se impunha, mereceu publicação na imprensa oficial, sendo certo, ainda, que o próprio impetrante, em sua exordial, dá conta que tomou conhecimento do ato demissório quando da sua publicação no *Diário Oficial da União*, do que resulta a inexistência de qualquer embaraço ao seu direito de recorrer.

8. Ordem denegada." (MS 7.051-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 05.05.2003)

Não consta, outrossim, que o impetrante tenha sido, após a publicação do ato de sua demissão, impedido de manusear os autos do processo administrativo para qualquer fim e, pois, inexiste demonstração de afronta aos princípios decorrentes do devido processo legal.

Quanto à matéria de fundo, propriamente dita, verifico que o impetrante requereu, em 02.06.2003 (fl. 34), exoneração do cargo de médico que ocupava no Município de Eldorado do Sul, porém, em resposta a ofício enviado pela Comissão de Inquérito, essa Municipalidade informou, em 25.11.2003, que o impetrante exercia a função de médico desde 1º.02.2001 e, pois, ainda não havia interrompido suas atividades. (Fl. 39)

O mesmo ocorreu em relação ao cargo de médico do município de São Leopoldo (fls. 35/44). Em relação a esse Município, há o agravante de que o impetrante, em 03.11.2003, foi admitido na função de médico por meio de contrato emergencial. Vê-se, pois, que mesmo após a instauração do procedimento para apurar a acumulação ilegal de cargos, o impetrante assumiu outra função. Incabível, pois, a alegação de boa-fé. Dessa forma, não se aplica ao caso o precedente citado pelo ilustre advogado do impetrante (MS n. 7.127, minha relatoria), já que, na espécie, este continuou na situação ilegal de acumulação mesmo após ter tido a oportunidade de, efetivamente, afastar-se de suas funções.

O parecer que consubstanciou a decisão que aplicou a pena de demissão ao impetrante ressaltou a peculiaridade do caso em apreço:

> "Não restou comprovado, da análise da documentação aos autos coligida, o efetivo desfazimento dos vínculos ilegitimamente acumulados. Ao revés, depreende-se que o Servidor ora Indiciado, após manifestar a pretensa opção pela mantença dos vínculos empregatícios junto ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, haja vista os petitórios de fls. 13/14, logrou estabelecer novo vínculo com a Prefeitura Municipal de São Leopoldo, a partir de 03.11.2003, vale dizer, mais de 3 (três) meses depois de haver requerido o desfazimento de seu vínculo laboral com a referida Prefeitura." (Fl. 90)

Assim, resta inconteste que a acumulação dos cargos acima referidos com os ocupados no INSS configura situação expressamente vedada no art. 37, XVI, da CR.

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

Jurisprudência da Quinta Turma

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 600.706-SE (2003/0184587-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Embargante: José Anselmo Santos
Advogado: Carlos Eduardo Reis Cleto
Embargado: Ministério Público do Estado de Sergipe

EMENTA

Penal. Embargos declaratórios nos embargos declaratórios no recurso especial. Lesão corporal de natureza grave. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44, I, do CP. Inaplicabilidade. Crime cometido com violência contra pessoa. Embargos rejeitados.

1. Já é firme, nesta Corte, o entendimento segundo o qual não se aplica a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do delito de lesão corporal de natureza grave.

2. Embargos de declaração rejeitados.

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, rejeitar os embargos. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de embargos de declaração opostos por José Anselmo Santos contra acórdão da Quinta Turma desta Corte, assim sumariado (fl. 308):

Embargos de declaração. Recurso especial. Omissão e obscuridade. Não-ocorrência. Efeito infringente. Embargos rejeitados.

1. Não vislumbro existência de omissão e obscuridade a ser sanada no acórdão embargado. Observa-se, claramente, que o que se pretende é a reapreciação da alegada ofensa aos arts. 44 do CP e 168, § 2º, do CPP, finalidade à qual não se prestam, como cediço, os declaratórios, a não ser que haja necessidade de se conceder excepcional efeito modificativo ao julgado, o que não é o caso dos autos.

2. Embargos de declaração rejeitados.

Insiste o embargante na tese de que o benefício da substituição de pena previsto no art. 44, I, do CP, não pode ser afastado nas hipóteses em que a violência é modalidade constitutiva do ilícito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Não vislumbro a existência de omissão a ser sanada no aresto embargado, uma vez que a questão relativa ao art. 44, I, do Código Penal foi devidamente analisada à luz da jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de ser vedado o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo delito de lesão corporal de natureza grave.

Nesse sentido, confiram-se:

Embargos declaratórios no agravo regimental no recurso especial. Substituição de pena privativa de liberdade. Requisitos objetivos e subjetivos. Lesão corporal grave. Violência. Substituição de pena. Impossibilidade. Art. 44, I do CP.

1. Para a substituição da pena privativa de liberdade para a restritiva de direitos é necessário o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do Código Penal.

2. No delito de lesão corporal grave, em que a violência não é meio, mas sim, constitutiva do próprio ilícito, não é possível a substituição da pena prisional por restritiva de direitos.

3. Embargos declaratórios acolhidos para suprir a omissão, sem, contudo, atribuir-lhes efeito infringente. (EDcl no AgRg no REsp n. 478.277-MG, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 26.06.2006)

Habeas corpus. Direito Penal. Lesão corporal de natureza grave. Substituição por pena restritiva de direitos. Não cabimento.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento no sentido de não ser possível, nos casos de lesão corporal grave, a

substituição da pena prisional por restritiva de direitos, *ex vi* do disposto no inciso I do art. 44 do Código Penal. Precedente.

2. *Writ* denegado. (HC 32.240-RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 13.12.2004)

Habeas Corpus. Direito Penal. Crime de lesão corporal. Condenação. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Delito praticado com violência à pessoa. Benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Impossibilidade. Vedação legal. Precedentes do STJ.

1. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão do reconhecimento judicial expresso e fundamentado de circunstâncias desfavoráveis, não há como conceder ao paciente o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

2. A condenação por crime cometido mediante o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa afasta a possibilidade de concessão do benefício ora formulado. Inteligência do art. 44, inciso I, do Código Penal.

3. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada e, por conseguinte, revogada a medida liminar anteriormente concedida. (HC 26.167-SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 29.11.2004)

Processual. Recurso especial. Negativa de lei federal e dissídio pretoriano. Não demonstração. Deficiência recursal. Penal. Aferição de legítima defesa putativa e de agravante. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Lesão corporal grave. Violência. Substituição de pena. Impossibilidade. Art. 44, I do CP. Confissão. Atenuante. Incidência obrigatória.

(...)

4. Condenado o réu por lesão corporal grave, é notório e evidente estar caracterizada a violência, apta a impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme a letra expressa do art. 44, I do Código Penal.

(...)" (REsp n. 331.075-SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 24.02.2003)

Ante o exposto, rejeito os embargos.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 36.107-SP (2004/0082265-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Impetrante: Paulo Roberto de Souza Botelho
Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Paulo Roberto de Souza Botelho

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Nulidade na citação por edital. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

1. Embora tenha sido determinada a citação por edital do ora Paciente na Ação Penal n. 114/1992, mesmo estando ele preso, por ocasião de outro processo, em estabelecimento prisional da mesma Unidade da Federação, tal fato não tem o condão de ensejar a aplicação da Súmula n. 351-STF. É que, por ocasião de sua identificação no inquérito policial instaurado, o ora Paciente apresentou nome diverso ao seu, acarretando, com isso, a dificuldade na sua citação pessoal, bem como na informação de que se encontrava preso em algum estabelecimento prisional situado no Estado de São Paulo.

2. O direito constitucional à ampla defesa, um dos pilares inarredáveis do Estado Democrático de Direito, não pode ser desvirtuado para convalidar a própria torpeza de quem, em seu nome, se vale de estratagemas para obstaculizar ao trâmite regular do processo.

3. Ademais, o que se afigura imprescindível no processo penal, sob pena de nulidade flagrante, a teor do disposto no art. 259, do Código de Processo Penal, é de que seja certa e inequívoca a identificação física do acusado, o que restou devidamente observado na espécie.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 6 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 05.03.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, desprovido de pedido liminar, impetrado por Paulo Roberto de Souza Botelho, em benefício próprio, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Segundo consta dos autos, o Impetrante-Paciente foi processado e condenado pela prática de furto simples, à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, além de 10 (dez) dias-multa, concedido o sursis pelo prazo de 2 (dois) anos. Tal condenação se deu à revelia do réu, uma vez que, citado por edital, deixou de comparecer ao chamado da Justiça. Ressalte-se que todo o processamento, inclusive a citação realizada, se deu em nome de Marcos Carvalho de Franceschi, que foi o nome fornecido pelo réu, ora Paciente, por ocasião de sua identificação no inquérito policial.

Visando ser reconhecida a nulidade do processo, sob o argumento de que "mesmo estando preso em estabelecimento do Estado, viu-se processado e condenado à revelia, depois de citado por edital, sem sequer ser interrogado." (fl. 11), impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal paulista, que restou denegado (cf. fls. 9/13)

Houve, então, a impetração do presente *writ*, no qual se reitera os argumentos aduzidos no Tribunal de origem, qual seja, a nulidade da citação por edital de réu preso na mesma Unidade da Federação em que o Juiz exerce sua jurisdição. (Súmula n. 351-STF)

As informações da Autoridade Coatora foram prestadas às fls. 215/216.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem. (Fls. 187/193)

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Em que pese a relevância dos argumentos levantados pelo Impetrante/Paciente, de que, a teor da Súmula n. 351-STF, é nula a citação por edital de réu preso na mesma Unidade da Federação em que o Juiz exerce sua jurisdição, tendo havido, assim, cerceamento ao seu direito de defesa, tenho que a ordem não merece ser concedida.

As informações prestadas pela Autoridade Coatora narram os seguintes fatos:

> "Por fatos ocorridos em 20 de agosto de 1990, Marcos Carvalho de Franceschi foi denunciado, perante o Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal. Recebida a exordial acusatória, designou-se o dia 5 de maio de 1992 para interrogatório. (Doc. n. 1)
>
> Expedido mandado de citação, não foi Marcos localizado, sendo redesignado o interrogatório para o dia 3 de agosto de 1992. Publicado o edital de citação pela Imprensa Oficial do Estado em 14 de julho de 1992, constou o nome de Marcos Carvalho de Franceschi. Ausente o réu na data marcada, tentou-se obter, sem sucesso, informações sobre seu paradeiro, restando decretada sua revelia. (Doc. n. 2)
>
> Em 17 de fevereiro de 1993 realizou-se a audiência de instrução. Ausente Marcos e presentes seus defensores nomeados, foi declarada encerrada sua instrução. Em 26 de abril de 1993 sobreveio sentença condenatória, que apenou Marcos Carvalho de Franceschi, nos termos da denúncia, a 1 ano de reclusão, em regime aberto, além de 10 dias-multa, concedido o sursis pelo prazo de 2 (dois) anos, com a condição do art. 78, § 1º, c.c. o art. 48 do Código Penal. Expedido mandado de intimação, não foi o réu localizado, sendo intimado por edital. A sentença transitou em julgado em 10 de setembro de 1993. (Doc. n. 3)
>
> Designada audiência admonitória e intimado por edital, não compareceu o sentenciado, sendo revogado o sursis concedido e expedido mandado de prisão e guia de recolhimento em nome de Marcos. (Doc. n. 4)

Anoto, por derradeiro, que foi impetrado pelo paciente perante esta Corte, o *Habeas Corpus* n. 407.934/2006, de argumentos semelhantes ao do presente *writ*. Indeferida a liminar, a Segunda Câmara, por votação unânime, denegou a ordem, ao argumento de que apesar do paciente encontrar-se preso por outro processo na data da citação, não houve vício no chamamento por edital, pois estava encarcerado com outro nome e teria se identificado com nome falso no processo onde houve a citação editalícia. Consignou-se, ainda, que à época da citação e da decretação da revelia, ainda não vigia a nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n. 9.271/1996. O aresto restou irrecorrido (doc. n. 5)." (Fls. 45/46)

Como se vê acima, muito embora tenha sido determinada a citação do ora Paciente na Ação Penal n. 114/1992, mesmo estando ele preso, por ocasião de

outro processo, em estabelecimento prisional da mesma Unidade da Federação, tal fato não tem o condão de ensejar a aplicação da referida Súmula, pois, por ocasião de sua identificação no inquérito policial instaurado, apresentou nome diverso ao seu, acarretando, com isso, a dificuldade na sua citação pessoal, bem como na informação de que se encontrava preso em algum estabelecimento prisional situado no Estado de São Paulo.

Cumpre asseverar que o direito constitucional à ampla defesa, um dos pilares inarredáveis do Estado Democrático de Direito, não pode ser desvirtuado para convalidar a própria torpeza de quem, em seu nome, se vale de estratagemas para obstaculizar ao trâmite regular do processo.

No mesmo sentido, citando situações análogas, são as lições doutrinárias a seguir reproduzidas, *in verbis*:

> "(...)
>
> *4. Correção da qualificação do acusado a qualquer tempo*: se a ação penal é sempre movida contra pessoa certa, ainda que duvidosos os seus dados de qualificação (nome, filiação, profissão, endereço etc.), pode-se retificar ou incluir tais elementos, em qualquer momento processual, inclusive se já tiver havido condenação e estiver o feito em plena execução da pena. Por outro lado, é possível que o réu apresente documentos de outra pessoa, passando-se por quem efetivamente não é. Tal conduta não é suficiente para anular a instrução ou a condenação, bastando que o juiz, descoberta a verdadeira qualificação, determine a correção nos autos e no distribuidor, comunicando-se ao Instituto de Identificação." (*in Código de Processo Penal comentado*, Guilherme de Souza Nucci, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 546)
>
> "(...)
>
> Se o acusado, no entanto, declinou um endereço falso ou incorreto na fase inquisitorial, não há que se falar em nulidade por não ter sido ele procurado no verdadeiro, uma vez que, nesse caso, terá dado causa à irregularidade (art. 565, CPP) (RJTDTACRIM n. 11/49 e 3/183)" (*in* Curso de Processo Penal, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, 3ª ed., Ed. Forense, p. 339)

Ademais, há de se salientar que, mesmo tendo sido a ação penal sido processada com a qualificação equivocada do réu, ainda assim não se verifica qualquer ilegalidade, pois, o que se afigura imprescindível no processo penal, a teor do disposto no art. 259, do Código de Processo Penal, é de que seja certa e inequívoca a identificação física do acusado. Sobre o assunto, confira-se o excerto retirado da obra "Curso de Processo Penal", de Eugênio Pacceli de Oliveira:

"(...)

De outro lado, é de se ver ainda que mesmo a impossibilidade concreta de identificação do acusado com seu verdadeiro nome (qualificação civil) não impedirá a instauração e o desenvolvimento da ação penal, desde que e se possível a sua identificação física, por meio de descrição precisa dos tratos e demais características físico-corporais do acusado que permitam a sua completa individualização." (6ª ed., Editora Del Rey, p. 396)

Em sendo assim, não vejo merecer qualquer reparo o acórdão ora hostilizado, que bem afastou a alegação da existência de nulidade da citação editalícia, utilizando-se, para tanto, dos seguintes fundamentos:

"Visa o impetrante-paciente a nulidade do processo, alegando que mesmo estando preso em estabelecimento do Estado, viu-se processado e condenado à revelia, depois de citado por edital, sem sequer ser interrogado.

As informações complementares, vindas da Vara das Execuções Criminais dão conta de que o paciente foi preso em 31.01.1991, em cumprimento a mandado de prisão expedido em outro processo, tendo fugido do presídio em 08.09.1999 e recapturado em 21.03.2001, estando, atualmente, cumprindo pena no regime fechado. (Fls. 11/118)

Assim, à data da citação ele estava mesmo preso.

Contudo, há que se atentar para detalhe importante. É que o paciente diz chamar-se Paulo Roberto de Souza Botelho, de RG n. 14.413.989, filho de Ari Botelho e de Maria Aparecida Souza Botelho (fls. 27, 119 e 125). Identificou-se no inquérito, porém, como sendo Marcos Carvalho de Franceschi, filho de José Vital Palma Franceschi e de Cecy Carvalho, portador do RG n. 26.925.312 (fls. 155/157, 158/162). Usou outro nome, portanto.

Da guia de recolhimento expedida em razão da condenação, não ficou constando que ele usava outro ou outros nomes, donde a conclusão de que havia, nos autos do processo, essa informação, vale dizer, não sabia o juiz desse detalhe.

(...)

Vê-se da certidão do oficial de justiça que Marcos Carvalho de Franceschi — nome que o impetrante-paciente usou — não era conhecido nos endereços em que procurou. Talvez — apenas talvez — Paulo Roberto de Souza Botelho, o impetrante-paciente fosse conhecido, mas isso é mera presunção.

Destarte, podemos concluir que não houve o alegado vício na citação por edital, decorrente do fato de o paciente estar preso por outro processo, à

época do chamamento, pois estava preso com outro nome, tendo sido identificado com nome falso no processo onde houve a citação por edital. Assim porque, *ex vi* do art. 565 do Código de Processo Penal, não pode alegar nulidade quem a ela deu causa. Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal, *in* HC n. 77.732-6-SP, DJU 05.02.1999, p. 9." (Fls. 139/141)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 42.780-PR (2005/0048222-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
R. p/ o acórdão: Ministro Felix Fischer
Impetrantes: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outro
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: Eduardo Camacho

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Latrocínio e estupro real. Interrogatório. Delação de co-réu. Participação de defensor do delatado. Condenação. Conjunto probatório.

I - O interrogatório, nos termos da novel legislação (Lei n. 10.792/2003), continua sendo, também, um meio de prova da defesa (arts. 185, § 2º, 186, *caput* e parágrafo único, do CPP), deixando apenas de ser ato personalíssimo do juiz (art. 188, do CPP), uma vez que oportuniza à acusação e ao advogado do interrogado a sugestão de esclarecimento de situação fática olvidada.

II - A sistemática moderna não transformou, de forma alguma, o interrogado em testemunha. Ao passo que esta não pode se manter silente, aquele, por seu turno, não pode ser induzido a se auto-acusar (o silêncio, total ou parcial, é uma garantia do réu, *ex vi* art. 5º, LXIII, da CF e art. 186, parágrafo único, do CPP).

III - Apesar de ser meio de prova da defesa, aquilo que é dito no interrogatório integra o material cognitivo por força do princípio da comunhão probatória.

IV - A participação de advogados dos co-réus não tem amparo legal, visto que criaria uma forma de constrangimento para o interrogado.

V - A delação (prevista no art. 187, § 2º, II, do CPP), por si só, na esteira de ensinanças do Pretório Excleso, é que deve ser valorada com muita cautela.

VI - Se a decisão atacada não deu destaque decisivo à delação, não há que se reconhecer qualquer modalidade de error na estreita via do *habeas corpus*.

Writ denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrará o acórdão.Votou vencida a Srª. Ministra Laurita Vaz que concedia a ordem. Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Gilson Dipp. Sustentou oralmente na sessão de 14.02.2006: Dr. Marcelo Leal de Lima Oliveira (p/ pacte)

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 12.02.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Eduardo Camacho, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que não conheceu do *writ* originário.

Consta que o ora Paciente, absolvido pelo Juízo monocrático, foi condenado, em sede de apelação criminal, à pena de 30 (trinta) anos de reclusão, pela prática dos crimes tipificados nos arts. 157, § 3º, 2ª parte; 213, *caput*; e 226, inciso I; c.c. os arts. 29 e 69, todos do Código Penal.

Irresignada, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça paranaense, alegando nulidade absoluta do processo. Argumentou que o co-réu, ouvido duas vezes em sede policial e quatro vezes durante a fase judicial, somente

em seu último interrogatório resolveu afirmar que o ora Paciente teria participado do delito, depoimento preponderante para a sua condenação. Asseverou que esse interrogatório "foi tomado ao arrepio da Lei, gerando flagrante nulidade de caráter absoluto ao referido processo" (fl. 3), pois, embora o Defensor do co-réu estivesse presente, o Defensor do Paciente não foi intimado do ato, o que feriu o contraditório e a ampla defesa, pela não aplicação das regras trazidas pela reforma do Código de Processo Penal introduzidas pela Lei n. 10.792/2003, em vigor quando deste último interrogatório.

A Corte Estadual, contudo, não conheceu da ordem, em acórdão assim ementado:

"*Habeas corpus*. Estupro em concurso material com latrocínio. *Writ* impetrado erroneamente contra ato do juiz de 1º grau. Condenação em segunda instância. Análise recursal *in* totum. Inexistência de lacuna. Mandado de prisão expedido por este Tribunal, o qual é a autoridade coatora. Ordem não conhecida.

> I - Sendo condenado a 30 (trinta) anos de reclusão como incurso nos delitos de estupro e latrocínio pela Colenda Quarta Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada, foi expedido mandado de prisão, situação esta que faz desta Relatoria a autoridade coatora e não o Juízo Singular.
>
> II - O fato de eventual nulidade não ter sio aventada em razões de recurso não faz com que o Juízo Monocrático seja a autoridade coatora, vez que a prestação jurisdicional desta Corte foi plena, encerrando-se a atuação deste Relator com o julgamento dos Embargos de Declaração." (apenso IV)

Os Impetrantes reiteram no presente *writ* os argumentos deduzido na origem, sustentado ainda que, "em momento algum, foi oportunizado a que a defesa do paciente se manifestasse requerendo esclarecimentos, impossibilitando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa trazidos como corolário da novel legislação processual penal" (fl. 6), a teor do disposto no art. 188, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 10.792/2003. Afirmam, outrossim, que, "dentro da nova sistemática, o interrogatório do acusado deve transcorrer com as mesmas garantias constitucionais exigidas para a produção da prova testemunhal" (fl. 5). E, assim, o Defensor constituído de um dos co-réus deve ser intimado para o interrogatório dos outros, sob pena de nulidade absoluta, por cerceamento de defesa.

Requer, assim, liminarmente, a expedição de contra-mandado de prisão e, no mérito, a declaração de nulidade da condenação do Paciente.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 12/13.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações do Tribunal de origem.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 16/22, opinando pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa:

"*Habeas corpus*. Latrocínio. Estupro. Alegada nulidade. Art. 188, CPP. A ausência do patrono do co-réu não gera a nulidade do interrogatório. Condenação, ademais, que se baseou na palavra firme da vítima sobrevivente, bem como em outros elementos de prova.

Parecer pela denegação do *writ*."

É o relatório.

VOTO VENCIDO

A Srª. Ministra Laurita Vaz (Relatora): No caso em tela, Abel de França foi preso em flagrante e confessou os crimes de latrocínio e de estupro pelos quais restou condenado pelo Juízo processante. Durante a instrução criminal, depois de ter sido re-interrogado, acabou por apontar Eduardo Camacho, o ora Paciente, como seu cúmplice que, entretanto, restou absolvido por falta de provas.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça paranaense deu provimento ao recurso ministerial para também condenar Eduardo Camacho pelos mesmos crimes, levando em consideração I - o depoimento da vítima do estupro que o teria reconhecido pela voz, II - as "diversas contradições apontadas nos depoimentos das testemunhas de defesa" e III - a delação promovida pelo co-réu Abel. (Fl. 625, apenso, IV)

Argúem os Impetrantes, em suma, nulidade da condenação por se basear em prova produzida pela delação do co-réu, durante sua reinquirição, sendo que o Defensor do Paciente não foi intimado para o ato, impossibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa, em desprezo ao novo regramento trazido pela Lei n. 10.792/2003, em vigor quando desse último interrogatório.

Cumpre ressaltar que antes da vigência da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o Superior Tribunal de Justiça havia firmado o entendimento de que o interrogatório judicial era ato personalíssimo do magistrado, dispensando a intervenção da acusação ou da defesa. Assim, a simples ausência de defensor não caracterizava qualquer nulidade.

Contudo, a novel legislação reformulou toda a sistemática do interrogatório (arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal), que passou a constituir instrumento não só de autodefesa mas também de prova, exigindo a instauração de verdadeiro contraditório, sem dispensar a presença do defensor.

Eis, a propósito, a redação de alguns desses dispositivos que alteraram o Código de Processo Penal, *in verbis*:

> "Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado."
>
> (...)
>
> "Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante."
>
> (...)
>
> "Art. 189. Se o interrogado negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas."
>
> "Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam."

De fato, o último interrogatório do co-réu — ocasião em que delatou o ora Paciente como seu comparsa — foi realizado no dia 5 de dezembro de 2003, portanto já sob a égide do novo regramento, mas sem a presença do advogado do delatado que, assim, não teve a oportunidade de contraditar o depoimento.

Ao que se me afigura, mostra-se clara a ofensa ao devido processo legal, diante da inobservância do direito ao contraditório e à ampla defesa. Com efeito, no caso em apreço, prova relevante para a condenação foi produzida em ato realizado sem a presença do defensor do delatado, caracterizando cerceamento de defesa, na medida em que restou tolhida a participação da defesa técnica do Paciente que, se presente estivesse, poderia reperguntar e buscar demonstrar a eventual inverdade das declarações.

Muito embora a reinquirição do co-réu delator em seu interrogatório não esteja explicitamente prevista na legislação processual modificada, essa necessidade deve ser entendida como consectário lógico e inerente ao próprio ato, que mantém seu caráter de meio de autodefesa e de produção de prova, que não prescinde do contraditório.

Assim, nos termos do art. 188 do Código de Processo Penal, o juiz, depois de proceder ao interrogatório, "indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante." Evidentemente que, havendo no interrogatório do réu delação de comparsa do crime (já denunciado ou não), o delatado passa a ser parte

diretamente interessada no esclarecimento dos fatos, razão pela qual deve-se abrir oportunidade de o defensor deste reperguntar ou, até mesmo, se for o caso, nos termos do art. 229 do Código de Processo Penal, promover a acareação dos acusados.

Esse entendimento, que me parece se apresentar mais consentâneo com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais passaram a ter altíssima relevância com o novo tratamento dado ao interrogatório, tem sido esposado pela Doutrina mais abalizada, como se pode ver pelos ensinamentos abaixo reproduzidos, *in verbis*:

> "(...) admitida a culpa, o juiz indagará se existem outras pessoas envolvidas e quais seriam elas. Indicando algum comparsa, está o réu produzindo a delação. Assim fazendo, possivelmente, o órgão acusatório promoverá o aditamento à denúncia para incluir o co-réu, sendo natural que este tenha interesse em desfazer a indicação de seu nome. Logo, é preciso regulamentar o direito do delatado de fazer reperguntas ao delator, pois, se assim não ocorrer, está-se criando prova absoluta, sem o crivo do contraditório, com ares de incontestabilidade, o que é prejudicial à ampla defesa.
>
> (...) Co-réu, como já vimos, não pode ser testemunha, pois não presta compromisso, nem tem o dever de dizer a verdade. Entretanto, quando há delação (assume o acusado a sua culpa e imputa também parte dela a outro co-réu), sustentamos poder haver reperguntas do defensor do co-réu delatado, unicamente para aclarar pontos pertinentes à sua defesa. Nesse caso, haverá, durante o interrogatório, um momento propício a isso ou, então, marcará o juiz uma audiência para que o co-réu seja ouvido em declarações, voltadas, frise-se, a garantir a ampla defesa do delatado e não para incriminar de qualquer modo o delator." (*In Código de Processo Penal Comentado*, Guilherme de Souza Nucci, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 387 e p. 411)
>
> "O eminente Adauto Suannes teve oportunidade de salientar que, 'assegurando a Constituição Federal ampla defesa (da qual não se pode excluir o princípio do contraditório), como poderá o contraditório tornar-se efetivo, se não se permite a presença de um co-réu ao interrogatório do réu que o acusa? Como falar-se em estar sendo obedecido o princípio, se ao defensor do co-réu imputado não se permite, através de reperguntas, procurar mostrar que o imputado está mentindo?'. (RT, 572/289)
>
> Evidente não se conceber a condenação de alguém como base única e exclusivamente na palavra de co-réu, mormente se o seu interrogatório não

ficar sujeito a reperguntas. 'É inegável que a palavra de um acusado, com relação aos demais, é testemunho. Testemunho e, conseqüentemente, meio de prova; e prova alguma pode ser colhida senão sob o pálio do contraditório' (Ada Pellegrini Grinover, O processo em evolução, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 352)." (*In Manual de Processo Penal*, Fernando da Costa Tourinho Filho, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 519)

"O art. 191 esclarece que, havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente. Perdeu-se aí uma magnífica oportunidade de aclarar a lei, para dizer que os advogados dos demais co-réus devem, obrigatoriamente, receber intimação para o ato, deferindo-lhes o direito de formular reperguntas e de participar plenamente do ato. Exatamente porque o co-réu (que poderá ser, inclusive, delator de outro) também poderá funcionar como uma espécie de testemunha de defesa ou de acusação, aclarando sobre a participação dos demais implicados, minorando ou agravando essa participação. No entanto, embora não o diga de forma expressa, diz de forma implícita, porque se se pode perguntar ao próprio acusado, com mais razão se pode formular perguntas ao co-réu, porque partícipe do mesmo fato, prevalecendo o princípio de que, quem pode o mais, pode também o menos. Portanto, havendo co-réus com vários defensores, entendemos que todos devem ser intimados para o ato do interrogatório, estabelecendo-se o contraditório pleno nesta situação." (*In Da prova Penal*, Irajá Pereira Messias, 3ª ed., Campinas: Impactus, 2006, p. 195)

Ante o exposto, concedo a ordem para, cassando o acórdão do Tribunal *a quo* e a sentença de 1º grau, somente em relação ao ora Paciente, determinar que o Juízo processante proceda a novo interrogatório do co-réu, com a prévia intimação do defensor de Eduardo Camacho, oportunizando-se-lhe o contraditório; e, concluída a instrução, ao sentenciar o feito, deverá o magistrado observar o princípio da *reformatio in pejus*.

É como voto.

VOTO VENCEDOR

O Sr. Ministro Felix Fischer: A controvérsia gira em torno do fato de que o advogado do ora paciente não teria tido a possibilidade de questionar o co-réu que, em seu interrogatório, realizou delação em relação àquele. Alegam os impetrantes que a nova redação do art. 188, do CPP, dada pela Lei n. 10.792/2003, possibilitaria tal participação, vale dizer, sustentam que a melhor interpretação deste dispositivo legal seria no sentido de que o advogado do co-réu pudesse ter a oportunidade de formular questionamentos ao outro co-réu interrogado.

A Srª Ministra-Relatora concedeu a ordem, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

> "Ao que se me afigura, mostra-se clara a ofensa ao devido processo legal, diante da inobservância do direito ao contraditório e à ampla defesa. Com efeito, no caso em apreço, prova relevante para a condenação foi produzida em ato realizado sem a presença do defensor do delatado, caracterizando cerceamento de defesa, na medida que restou tolhida a participação da defesa técnica do Paciente que, se estivesse presente, poderia repergunta r e buscar a eventual inverdade das declarações".

E conclui, afirmando, *litteris*:

> "Assim, nos termos do art. 188 do Código de Processo Penal, o juiz, depois de proceder ao interrogatório, "indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante". Evidentemente que, havendo no interrogatório do réu delação de comparsa do crime (já denunciado ou não), o delatado passa a ser parte diretamente interessada no esclarecimento dos fatos, razão pela qual deve-se abrir oportunidade de o defensor deste reperguntar ou, até mesmo, se for o caso, nos termos do art. 229 do Código de Processo Penal, promover a acareação dos acusados".

Para melhor exame da matéria, pedi vista dos autos.

Não obstante os fundamentos contidos no voto da Exª. Srª. Ministra-Relatora, bem como as alegações dos combativos impetrantes, tenho que a súplica não merece acolhida.

Com efeito, diz o art. 188, do CPP (com a redação nova) que, após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes (leia-se: acusação e defesa do interrogado) se restou algum fato a ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. Esse dispositivo, a meu ver, se refere especificamente à esclarecimento de fato ou situação fática não observada ("(...) fato para ser esclarecido...").

Apesar da alteração do art. 188, do CPP, o interrogatório judicial continua sendo uma peça de defesa, até mesmo em razão do disposto no art. 186 e seu parágrafo único. O simples fato do réu poder se manter silente, total ou parcialmente, mostra que de forma alguma ele pode ser considerado testemunha (ver, comparativamente, arts. 206 e 212, do CPP). Não há, em nosso sistema, nenhuma similitude entre réu e testemunhas. Basta ver que se o próprio advogado do interrogado, por infelicidade, fizer uma pergunta embaraçosa, ele, o acusado, pode, até aí, se recusar a prestar o pretendido esclarecimento. Com a

devida vênia, carece de fundamento pretender-se que, no concurso de agentes, o réu devesse ficar submetido ao constrangimento de ter que responder ou até mesmo de ouvir questionamentos dos advogados dos co-réus. Admitir-se esta situação, não prevista em lei, seria uma forma de, indiretamente, permitir uma transgressão às garantias individuais de cada réu (previstas, dentre outros, no art. 5º, LXIII, da Carta Magna e nos arts. 185, § 2º e 186 e seu parágrafo único, ambos do CPP), e até mesmo querer introduzir, entre nós, a indução, através de advogados de co-reús, da auto-acusação. A simples leitura dos dispositivos legais acima mencionados deixa claro que o legislador não inseriu, no punctum saliens, o chamado cross system. O nosso interrogatório apenas perdeu, em parte, o aspecto de ser ato personalíssimo do juiz. Nada mais que isto. Respeitando opiniões em contrário, penso que não tem o menor suporte a pretensão de sujeitar o réu a perguntas que possam ser embaraçosas por parte de advogado de co-réu e, ainda, julgo inimaginável pretender-se, como dizem alguns, que advogado do terceiro interessado (alheio à relação processual) possa comparecer ao ato de interrogatório para realizar reperguntas na hipótese de delação (legalmente previsível *ex vi* art. 187, § 2º, II, do CPP).

In casu, não há que se falar em violação ao princípio do contraditório, pois além das razões acima vertidas, a defesa do paciente teve concretamente a possibilidade de infirmar as declarações do co-réu antes da prolação da sentença, uma vez que após o interrogatório atacado, foram ouvidas as testemunhas indicadas pela defesa do paciente, houve ainda a fase do 499 do CPP e, por fim, a etapa das alegações finais. O teor da reprochada delação era, pois, do conhecimento da defesa do paciente, a quem se ensejou oportunamente a possibilidade de reação.

E tem mais!

Ao contrário do que se alega, as declarações do co-réu não foram preponderantes para a condenação do paciente. Analisando-se o v. acórdão vergastado, que deu provimento ao recurso do Ministério Público a fim de condenar o paciente, tem-se que a condenação do paciente foi respaldada "pelos robustos depoimentos prestados pela vítima", aqui já considerado o reconhecimento de voz realizado pela vítima em sede policial, bem como "pelas diversas contradições nos depoimentos prestados pelas testemunhais que serviram, como álibi" (fl. 616, do apenso IV). E é de se frisar que essas provas foram analisadas em 14 páginas, onde o egrégio Tribunal *a quo* procedeu ao cotejo de diversos depoimentos, concluindo, ao final, pela participação do paciente na empreitada criminosa. Só após já reconhecida a prática dos delitos pelo paciente é que foi feita menção, no v. acórdão reprochado, às declarações do co-réu, o qual narrou detalhadamente a

participação do paciente na ação delituosa. É o que se depreende dos seguintes excertos constantes da r. decisão ora hostilizada, *verbis*:

> "Primeiramente é de se consignar que, em se tratando de crimes sexuais a palavra da vítima tem valor irrefragável. Sendo que, no presente caso, narrou a vítima Renata — com apenas 14 (quatorze) anos de idade à época dos fatos — precisamente a forma pela qual se deu a prática delituosa, tendo inclusive, confirmado sem sombra de dúvida ser o réu Eduardo Camacho seu agressor e autor do disparo que levou à morte o jovem Tiago dos Santos Bortolon.
>
> (...)
>
> Não somente pelos robustos depoimentos prestados pela vítima verifica-se ser o apelado autor dos crimes denunciados, mas também, pelas diversas contradições nos depoimentos prestados pelas testemunhas que *serviram de álibi*.
>
> (...)
>
> Vislumbra-se pois, que todas as testemunhas que disseram estar com o réu na noite do crime, guardavam precisamente na memória o horário que o réu chegou e foi embora da casa da namorada. Entretanto, acabaram por se contradizerem em pontos importantes que levam à depreciação de seus testemunhos.
>
> Não se tem como desconsiderar as contradições apontadas, vez que, as mesmas conduzem a certeza de um pacto de defesa para inocentar o réu Eduardo Camacho.
>
> Ainda que assim não fosse, o co-réu Abel de França narrou detalhadamente a participação do apelado na ação delituosa" (...). (Fls. 607/620, do apenso IV, grifei)

Como se vê, a delação do co-réu, de forma alguma, pode ser considerada como primordial ou de destaque para a condenação do paciente. Muito pelo contrário, a culpa restou asseverada por vários outros elementos probatórios (v.g., declarações da vítima sobrevivente, reconhecimento de voz, contradições nas versões apresentadas pelas testemunhas de defesa do paciente), tendo o egrégio Tribunal *a quo* apenas feito menção à declaração do co-réu como mero plus probatório ou até *ad argumentandum*.

A questão, em verdade, reside no valor ou peso da delação para condenação de co-réu. Neste particular, na esteira da ensinança do Pretório Excelso (RE n. 213.937-8-PA, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 25.06.1999

e HC n. 73.597-MG, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 13.09.1996), a delação, por si só, deve ser vista com muitas reservas, o que aparentemente foi feito pelo egrégio Tribunal *a quo*, que se baseou fundamentalmente em outros dados probatórios.

No feito em tela, a pretendida anulação do processo — deixando-se de lado a falta de amparo legal — não seria nada convincente, uma vez que o réu a ser interrogado pode guardar silêncio, total ou parcial, em relação ao que lhe for perguntado, tornando a nova inquirição, almejada na prefacial do *writ*, totalmente inócua. E mais ainda. A anulação do processo a partir do interrogatório contestado levaria a uma solução estarrecedora, ao permitir a reinquirição de testemunhas de defesa cujas contradições, apontadas pelo egrégio Tribunal *a quo*, supedanearam a condenação. Por fim, a reiteração dos interrogatórios (*ex vi* art. 196, do CPP) do réu delator foi determinada, não pelo órgão julgador que condenou o paciente (egrégio Tribunal de Justiça), mas pelo magistrado de 1º grau que prolatou em relação a este último um juízo absolutório.

Conseqüentemente, não há nos autos qualquer sintoma de error, razão pela qual, com a devida vênia, divergindo da douta Relatora, voto pela denegação da ordem.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 17.745-PR (2004/0006017-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Cláudio Antônio Simon
Advogados: Omar José Baddauy e outro
T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Impetrado: Secretário de Administração e Previdência do Estado do Paraná
Recorrido: Estado do Paraná
Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Tese de nulidade do acórdão por vício *extra petita*. Nulidade inexistente. Preliminar rejeitada. Pleito de atribuição de efeito suspensivo a recurso administrativo hierárquico. Ausência de previsão legal. Excepcionalidade não verificada na espécie. Direito líquido e certo não evidenciado.

1. Em se considerando que a matéria de fundo do recurso administrativo — não suscitada pelo Impetrante na inicial — foi apreciada pela Corte de origem, tão-somente, como razão de decidir — não fazendo, portanto, parte do *decisum* —, não se vislumbra o alegado vício (decisão *extra petita*), porquanto cuida-se de questão não efetivamente decidida, não induzindo, desse modo, a coisa julgada.

2. Este Superior Tribunal de Justiça tem sido parcimonioso, mesmo em sede de medida cautelar — o que não é o caso dos autos —, no que se refere à concessão de efeito suspensivo a recurso que, de regra, não o possui, estando sempre adstrito a circunstâncias absolutamente excepcionais, o que também não se verifica.

3. O fato de tratar-se de verba de caráter alimentar não se mostra suficiente, por si só, para impingir ao recurso o pretendido efeito suspensivo, sobretudo, em razão do disposto no art. 264 da Lei Estadual n. 6.174/1970 — que não lhe atribui esse efeito (suspensivo) — e ainda tendo em vista a via eleita — mandado de segurança — que, como é consabido, não se presta a tal fim. Precedentes.

4. Recurso conhecido, porém desprovido, ressalvando-se ao Impetrante a utilização das vias ordinárias para a postulação de seu eventual direito, a qual independe do prévio esgotamento da esfera administrativa.

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 e Felix Fischer votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 26.03.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Cláudio Antônio Simon, em face de acórdão do

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que denegou o mandado de segurança nos termos da seguinte ementa:

> "Mandado de segurança. Cumulação de proventos de aposentadoria e vencimentos. Professor estadual aposentado em dois cargos. Retorno à atividade em mais um cargo de magistério, mediante concurso público. Declarada ilegalidade da acumulação pela administração. Norma constitucional transitória (art. 11 da Emenda Constitucional n. 20/1998). Interpretação desfavorável ao servidor. Interposição de recurso. Inexistência de efeito suspensivo. Inteligência do art. 264, da Lei Estadual n. 6.174/1970. Violação de direito não configurada. Ordem denegada.
>
> A jurisprudência desta Corte de Justiça é pacífica no sentido de não ser possível a acumulação de proventos e vencimentos correspondentes a três cargos. O máximo permitido são dois, nos casos definidos, em numerus clausus, na Constituição da República.
>
> As normas constitucionais têm aplicabilidade imediata, não se podendo invocar contra elas a figura do direito adquirido.
>
> O fato de ter o Impetrante interposto Recurso Administrativo Hierárquico, em nada lhe socorre, posto que o art. 264, da Lei Estadual n. 6.174/1970, dispõe que esse tipo de recurso não comporta efeito suspensivo." (Fl. 281)

Sustenta, nas presentes razões, em suma, que:

I - "O egrégio Tribunal acabou, data venia, prejulgando lide inexistente (acúmulo de cargos). Antecipou decisão que não cabia em sede de mandado de segurança interposto, porquanto seu objeto é tão-somente a questão do efeito suspensivo do recurso administrativo, como está bem claramente posto na inicial. Não se poderia, sob hipótese alguma, levar em conta o mérito do Recurso Administrativo, que se encontra pendente de apreciação junto ao Governo do Estado do Paraná, e que não é e nunca foi objeto do mandado de segurança." (Fl. 295)

II - "vê-se claramente que o objeto do *mandamus* visava tão-somente a concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo, com a determinação de restauração do pagamento dos proventos do recorrente, retroativamente à data da suspensão do pagamento." (Fl. 296)

III - "No que pertine ao objeto do mandado de segurança, que é exatamente a concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo hierárquico, tem-se a considerar que a decisão proferida, foi, data venia, equivocada. (...) Trata-se de verba detentora de natureza alimentar, que não pode ser tratado como se de pouca importância. De fato, transcorridos mais de três meses da ciência do

Impetrante da realização da suspensão do pagamento dos proventos da linha funcional 1 — cargo LG01-V4, não houve julgamento de seu recurso administrativo e o seu pedido de efeito suspensivo não teve sequer a oportunidade de ter sido apreciado pela autoridade competente, o que vem causando inúmeros danos." (Fls. 298/299)

Requer, ao final, " a reforma da decisão proferida por esse egrégio Tribunal, para o fim de que seja concedido o pleiteado efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto pelo Recorrente ao Sr. Governador do Estado do Paraná, declarando-se a nulidade do julgamento proferido pelo mesmo Tribunal recorrido, na parte em que, adentrando o mérito da questão ainda não resolvida em sede administrativa, considerou ilegal a acumulação dos proventos de inatividade e vencimento do cargo em atividade, do Recorrente, em flagrante decisão *extra petita*, com violação do disposto nos arts. 128 e 459 do Código de Processo Civil". (Fl. 300)

Foram oferecidas contra-razões às fls. 312/316.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso, consoante parecer de fls. 330/336, assim ementado:

> "Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público civil. Aposentadoria. Professor. Majoração de jornada de trabalho semanal promovida pela administração. Alegação posterior de acumulação vedada de cargos, proventos e vencimentos. Inocorrência. Parecer pelo provimento do recurso." (Fl. 330)

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, passo à análise do alegado vício do acórdão recorrido, consistente em decisão *extra petita*.

Na espécie, compulsando os termos da peça vestibular, constata-se como causa de pedir: a ilegalidade/abusividade da autoridade coatora em não apreciar o recurso administrativo hierárquico interposto pelo Recorrente — sequer o pedido de atribuição do efeito suspensivo —, em vista da urgência que o caso requer, diante do caráter alimentar da verba suprimida e, como pedido: a revogação da ordem de suspensão do pagamento da verba até o julgamento final do recurso administrativo, devolvendo-se ao Impetrante os valores suprimidos desde setembro de 2002.

O Tribunal *a quo* denegou a segurança, em suma, ante os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Entendo assim que o Impetrante não é titular de direito líquido e certo, tendo em vista que a situação descrita nos autos, envolve, indiscutivelmente, acumulação vedada pelo regime constitucional em vigor, não podendo vingar a invocação do direito adquirido, não oponível ao texto constitucional, seja ele oriundo do constituinte originário ou derivado.

Dessa forma, não pode o Impetrante cogitar da existência de direito adquirido pela circunstância de ter sido aprovado em concurso público e provido regularmente no cargo respectivo, sendo que uma vez comprovada a incompatibilidade do exercício funcional em relação à Constituição, o administrador deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. (Súmula n. 174-STF, que foi reproduzida pela Lei n. 9.784/1999, art. 53)

Por derradeiro, o fato de ter o impetrante interposto Recurso Administrativo Hierárquico, em nada lhe socorre, posto que, como bem anotado no despacho de fls. 236/239, o art. 264, da Lei Estadual n. 6.174/1970, dispõe que esse tipo de recurso não comporta efeito suspensivo." (Fls. 287/288)

É certo que houve certo excesso de linguagem por parte do Tribunal *a quo* ao apreciar questão não argüida na inicial do mandado de segurança. Todavia, não se cuida de decisão *extra petita*, na medida em que, para se perquirir a alegada urgência na apreciação do recurso hierárquico de sorte a empreender-lhe o almejado efeito suspensivo excepcional — já que não previsto em lei —, entendeu o Colegiado pela necessidade de averiguar-se acerca da existência ou não de plausibilidade na tese invocada no recurso administrativo interposto.

Nessa vertente, impende salientar que a aludida questão, não suscitada pelo Impetrante, foi apreciada pala Corte de origem, tão-somente, como razão de decidir, não fazendo parte do *decisum*. Vale dizer, conquanto enfrentada, a quaestio iuris não foi efetivamente decidida, não induzindo, desse modo, a coisa julgada.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade do acórdão impugnado.

No mérito, visa o Recorrente à "concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo hierárquico." (Fl. 298)

Cumpre destacar que este Superior Tribunal de Justiça tem sido parcimonioso, mesmo em sede de medida cautelar — o que não é o caso dos autos —, no que se refere à concessão de efeito suspensivo a recurso que não o possui, estando sempre adstrito a circunstâncias absolutamente excepcionais, o que também não se verifica.

Na hipótese em tela, o fato de tratar-se de verba de caráter alimentar, concernente ao pagamento dos proventos da linha funcional n. 1 — cargo LG01-V4, não se mostra suficiente, por si só, para impingir ao recurso o pretendido efeito suspensivo, sobretudo, em razão do disposto no art. 264 da Lei Estadual n. 6.174/1970 — que não lhe atribui esse efeito (suspensivo) — e ainda tendo em vista a via eleita — mandado de segurança — que, como é consabido, não se presta a tal fim.

Mesmo que se possa vislumbrar certa plausibilidade da questão de fundo do recurso administrativo hierárquico — conforme o entendimento firmado pelo Ministério Público Federal em seu parecer de fls. 330/336 — não há liquidez e certeza do direito ora vindicado, consubstanciado, repita-se, apenas, na atribuição do mencionado efeito suspensivo excepcional, o que não se admite.

Nesse sentido:

> "Constitucional e Administrativo. Oficiais de justiça processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Regimento interno revogado. Aplicação aos recursos interpostos na sua vigência. *Tempus regit actus*. Recurso administrativo. Direito do administrado. Reclamação não conhecida. Ilegalidade. Duplo grau de jurisdição. Ofensa. Princípio da fungibilidade. Aplicação. Efeito suspensivo. Ausência de previsão legal. Recurso parcialmente provido.
>
> I - A lei processual tem aplicação imediata, ficando entretanto resguardados os atos praticados conforme a legislação revogada. Desta forma, deve ser observado o antigo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Resolução n. 314), em vigor à data da interposição da reclamação.
>
> II - O duplo grau de jurisdição administrativa ou pluralidade de instâncias, corolário da ampla defesa e contraditório, é direito do administrado.
>
> III - O art. 51 da Lei Estadual n. 14.184/2002, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Estadual, estabelecendo que "Das decisões cabe recurso envolvendo toda a matéria objeto do processo" é noma genérica que complementa as lacunas da Lei Estadual n. 59/2001 (Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais), a qual não fixava fase recursal à apuração administrativa.
>
> IV - O princípio da fungibilidade recursal, tem aplicação ao presente caso, ante a existência de dúvida objetiva acerca de qual recurso interpor e a tempestividade da interposição.
>
> V - Na ausência de expressa previsão legal, não existe direito líquido e certo a que seja conferido efeito suspensivo a recurso administrativo.

VI - Recurso ordinário parcialmente provido." (RMS n. 19.452-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 1º.08.2006)

"Administrativo. Renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social-Cebas. Recurso administrativo. Ausência de decisão. Lei n. 9.784/1999.

1. A falta de decisão da administração é reconhecidamente abusiva, já que decorridos mais de dois anos desde a interposição do recurso até o momento.

2. A omissão da administração no julgamento do recurso não é suficiente para ocasionar lesão a direito líquido e certo que justifique a impetração do *mandamus*. Ausência de prejuízo relevante à entidade, pois o recurso contra a decisão que autorizou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social-Cebas não é dotado de efeito suspensivo.

3. Segurança denegada." (MS n. 10.440-DF, Primeira Seção, Relator Ministro Castro Meira, DJ 12.09.2005)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário, ressalvando ao Impetrante, todavia, a utilização das vias ordinárias para a postulação de seu eventual direito à acumulação de cargos públicos, a qual independe do prévio esgotamento da esfera administrativa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 605.837-RJ (2003/0205625-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrentes: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradores: Giuseppina Panza Bruno e outros
Recorrida: Acidalia Borges Gerk
Advogado: Adilson Martins Gomes

EMENTA

Administrativo e Previdenciário. Pensão estatutária. Arts. 3º e 248 da Lei n. 8.112/1990. Responsabilidade do INSS até a transferência do encargo para o órgão de origem. Precedentes. Recurso especial conhecido e improvido.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, tendo a pensão por morte sido concedida antes da vigência da Lei n. 8.112/1990, deverá o INSS responder pelo pagamento das diferenças até a transferência para o órgão de origem do servidor. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

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, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com base no art. 105, inciso III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Insurge-se o recorrente contra *decisum* que deu parcial provimento à apelação da autarquia, conforme ementa abaixo transcrita (fl. 97):

Administrativo e Constitucional. Pensão estatutária. Legitimidade passiva do INSS. Manutenção pelo órgão de origem do servidor a partir da Lei n. 8.112/1990.

1. Nos termos do art. 28 da Lei n. 8.112/1990, a partir da vigência desta, as pensões estatutárias passam a ser mantidas pelo órgão de origem do servidor.

2. Compete ao INSS pagar os benefícios dos servidores públicos federais até o advento da Lei n. 8.112/1990.

3. Preliminar de ilegitimidade passiva do INSS não acolhida.

4. Apelação parcialmente provida.

Nas razões do recurso especial, o INSS alega violação aos arts. 3º e 248, ambos da Lei n. 8.112/1990. Sustenta, em essência, a sua ilegitimidade passiva tendo em vista que o encargo de custear os pagamentos das pensões por morte de servidores pertence à União.

Sem contra-razões (fl. 68), foi o recurso admitido na origem. (Fl. 69)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Destaca-se, por fundamental, que não vislumbro a alegada ofensa aos dispositivos invocados pelo ente autárquico.

Com efeito, o art. 248 da Lei n. 8.112/1990 assim dispõe:

As pensões estatutárias, concedidas até a vigência desta Lei, passam a ser mantidas pelo órgão ou entidade de origem do servidor.

Desse modo, é de se reconhecer que o Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, tendo a pensão por morte sido concedida antes da vigência da Lei n. 8.112/1990, como é o caso dos autos, "cabe ao INSS o encargo de responder pelo pagamento das diferenças até a transferência para o órgão de origem do servidor". (REsp n. 76.130-CE, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 15.05.2000)

Nesse sentido:

> Previdenciário. Embargos de divergência em recurso especial. Pensão por morte. Legitimidade do INSS até o advento da Lei n. 8.112/1990. Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos.
>
> 1. Conforme jurisprudência desta Corte, o INSS é parte legítima para responder pelo pagamento de pensão por morte à sua beneficiária, até a data da transferência do encargo para o órgão de origem, nos termos do art. 248, da Lei n. 8.112/1990, ficando isento do pagamento do benefício somente a partir de então.
>
> 2. Precedentes (REsp ns. 445.873-RJ, 233.552-PR e 183.008-PB).
>
> 3. Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos para, reformando o v. acórdão embargado, reconhecer a ilegitimidade passiva do INSS, somente a partir da vigência da Lei n. 8.112/1990. (EREsp n. 151.596-RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJ 1º.07.2004; grifei)

Recurso especial. Previdenciário. INSS e União. Pensão. Encargos financeiros. Responsabilidade.

Nos moldes de precedentes desta Corte, "O INSS é parte legítima e tem responsabilidade para responder pelo pagamento das diferenças de pensão verificadas até a data da transferência do encargo para o órgão de origem." (REsp n. 233.552-PR, DJ 08.03.2000, Relator Ministro Edson Vidigal)

Recurso desprovido. (REsp n. 439.904-RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 09.09.2002; grifei)

Administrativo e previdenciário. Pensão. Revisão. Legitimidade. Art. 248 da Lei n. 8.112/1990.

O INSS é parte legítima para responder pelo pagamento das diferenças de pensão verificadas até a data da transferência do encargo para o órgão de origem do genitor da pensionada (art. 248 da Lei n. 8.112/1990).

Recurso conhecido e provido parcialmente. (REsp n. 183.008-PB, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 10.05.1999; grifei)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 608.798-DF (2003/0205503-7)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrente: Câmara Legislativa do Distrito Federal
Procuradores: Geraldo Martins Ferreira e outros
Recorrido: Luiz Cláudio Bonfim da Costa
Advogados: Flávio Lemos de Oliveira e outros

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Servidor público. Contagem de tempo de serviço. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Ilegitimidade *ad causam*. Personalidade judiciária. Recurso especial não conhecido.

1. A Câmara Legislativa do Distrito Federal é órgão da Administração Direta do Distrito Federal, não possuindo, portanto, personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária. Significa

que pode estar em juízo apenas para a defesa de suas prerrogativas institucionais, concernentes à sua organização e funcionamento.

2. *In casu*, o mandado de segurança foi impetrado contra ato do Presidente da Câmara que não reconheceu ao autor o direito à contagem de tempo de serviço prestado às Forças Armadas. Destarte, a legitimidade para interpor o presente recurso especial é do Distrito Federal.

3. Recurso especial não conhecido.

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, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 19.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Insurge-se a recorrente contra acórdão que concedeu a ordem pleiteada em mandado de segurança para reconhecer ao impetrante o direito à contagem do tempo de serviço prestado às Forças Armadas para todos os efeitos.

Alega, em suas razões de recurso especial, violação aos arts.: a) 1º da Lei n. 5.021/1966, ao argumento de que a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais pretéritos; b) 1º do Decreto n. 20.910/1932, porquanto a ordem não poderia ter sido concedida a partir da lesão, tendo em vista a prescrição qüinqüenal; c) 100 da Lei n. 8.112/1990, uma vez que o tempo de serviço prestado à União, Estados, Municípios e Distrito Federal deveria ser contado apenas para efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

Contra-razões às fls. 176/187.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem. (Fls. 198/200)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): O recurso não merece ser conhecido.

A Câmara Legislativa não tem legitimidade ativa para interpor recurso contra decisão proferida em mandado de segurança impetrado contra ato de seu Presidente.

De fato, é órgão integrante da Administração Direta do Distrito Federal, não possuindo, portanto, personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária. Significa que pode estar em Juízo apenas para a defesa de suas prerrogativas institucionais, concernentes à sua organização e funcionamento.

Na hipótese, todavia, a demanda versa sobre direito a cômputo de tempo de serviço por servidor da Câmara, razão pela qual a legitimidade é do Distrito Federal. A propósito, os seguintes precedentes:

> Processual Civil. Cobrança de contribuições previdenciárias de prefeito, vice-prefeito e vereadores. Impetração de mandado de segurança por Câmara Municipal. Personalidade jurídica e judicial. Institutos distintos. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Carência de ação. Precedentes desta Corte Superior.
>
> 1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que extinguiu o processo, sem exame do mérito, devido à ilegitimidade ativa dos Impetrantes, em face de Mandado de Segurança impetrado pelo Presidente da Câmara Municipal e pelo Prefeito de Três Corações-MG — contra o INSS pleiteando a devolução das importâncias pagas a título de contribuições previdenciárias sobre a folha de salários, no que toca às remunerações dos ocupantes de cargos eletivos, como o Prefeito, o Vice-Prefeito e os Vereadores, assim como não fossem feitas novas cobranças para o recolhimento no pagamento dos agentes políticos referenciados.
>
> 2. A jurisprudência desta colenda Corte de Justiça possui entendimento pacífico e uníssono no sentido de que: em nossa organização jurídica, as Câmaras Municipais não têm personalidade jurídica. Tem elas, apenas, personalidade judiciária, cuja capacidade processual é limitada para demandar em juízo, com o intuito único de defender direitos institucionais próprios e vinculados à sua independência e funcionamento; é do

Município a legitimidade, e não da Câmara de Vereadores, para figurar no pólo ativo da ação ajuizada, *in casu*, com o fito de que sejam devolvidas as importâncias pagas a título de contribuições previdenciárias sobre a folha de salários, no que toca às remunerações dos ocupantes de cargos eletivos, como o Prefeito, o Vice-Prefeito e os Vereadores, assim como que não sejam feitas novas cobranças para o recolhimento no pagamento dos agentes políticos referenciados; a relação processual se estabelece entre os ocupantes dos cargos eletivos e o Município; a ação movida pela Câmara Municipal é carente de condição processual para prosseguir, ante a sua absoluta ilegitimidade ativa.

3. Precedentes desta Casa Julgadora.

4. Extinção do processo, sem julgamento do mérito, confirmada.

5. Recurso Especial não provido. (REsp n. 438.651-MG, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 04.11.2002)

Administrativo e Processual Civil. Servidor público. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Ilegitimidade. Personalidade judiciária. Precedentes. Agravo desprovido.

I - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que as câmaras municipais possuem personalidade judiciária, e não jurídica, o que as permite estar em juízo tão-somente na defesa de seus interesses institucionais.

II - Neste contexto, em se tratando de lide que envolve direitos estatutários dos servidores da respectiva câmara, o legitimado é o Distrito Federal. Precedentes.

III - Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp n. 646.433-DF, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 03.11.2004, p. 240)

Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Câmara Municipal. Servidores. Ilegitimidade passiva.

A doutrina e jurisprudência desta Corte são absolutamente pacíficas em afirmarem que as Câmaras Municipais têm apenas personalidade judiciária, e não jurídica, motivo pelo qual podem estar em juízo na defesa de seus interesses institucionais.

Tratando-se de demanda envolvendo servidores da Câmara Municipal de São Paulo, na qual pleiteiam verbas salariais, a legitimidade passiva é do respectivo município.

Recurso provido para afastar a Câmara Municipal da relação processual, na qualidade de agente passivo." (REsp n. 262.028-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 26.03.2001, p. 452)

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

Jurisprudência da Sexta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 441.815-SC (2002/0074488-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Agravante: Ministério Público Federal
Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradores: Jesus Pereira e outros

EMENTA

Processo Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Previdenciário. Ação civil pública. Ministério Público. Ilegitimidade. Decisão mantida por seu próprio fundamento.

1. O Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública que objetiva discutir a concessão de benefício previdenciário.

2. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir o fundamento da decisão atacada.

3. Agravo 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 agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, a Srª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 09.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A hipótese é de agravo regimental desafiando decisão assim ementada:

"Recurso especial. Previdenciário. Ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Federal.

1. As duas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte assentaram orientação de que, tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública.

2. Recurso especial provido." (Fl. 381)

Sustenta o Ministério Público Federal que, na linha da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, possui legitimidade para ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A irresignação não merece acolhimento.

A decisão merece ser mantida pelo que nela se contém, dado que proferida em sintonia com o entendimento desta Corte de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública que objetiva discutir a concessão de benefício previdenciário, valendo citar, em reforço, os seguintes precedentes:

A - "Recurso especial. Direito Processual Civil. Reajuste de benefício previdenciário. Direito individual disponível. Ação civil pública. Inadequação. Ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público.

1. A ação civil pública não se presta à proteção de direitos individuais disponíveis, salvo quando homogêneos e oriundos de relação de consumo.

2. 'Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.' (Parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985)

3. O Ministério Público não possui legitimidade para ajuizar ação civil pública visando ao reajuste de benefício previdenciário, por se tratar de interesse individual disponível (Constituição da República, arts. 127 e 129, inciso III, e Lei Complementar n. 75/1993, art. 6º, inciso VII).

4. Precedentes.

5. Recurso provido." (REsp n. 416.962-SC, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU 12.12.2005)

B - "Previdenciário e Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público Federal. Ilegitimidade. Direitos individuais homogêneos. Ausência de relação de consumo.

I - A ação civil pública nasceu como instrumento processual adequado para coibir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, atendendo, assim, os interesses coletivos da sociedade. O campo de aplicação da ação civil pública foi alargado por legislações posteriores, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, para abranger quaisquer interesses coletivos e difusos, bem como os individuais homogêneos, estes últimos na proteção do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

II - Tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública.

III - Agravo desprovido." (AgRg no REsp n. 404.656-RS, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJU 10.02.2003)

C - "Processo Civil. Previdenciário. Recurso especial. Ação civil pública. Comprovação de exercício de atividade rural, em regime de economia familiar. Documentos expedidos em nome de pai ou cônjuge do segurado. Ausência de direitos indisponíveis. Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. Violação aos arts. 21 da Lei n. 7.347/1985, 6º, VII, **d**, da LC n. 75/1993 e 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990.

A concessão ou não de benefício previdenciário, fundamentado em documentos expedidos por pai ou cônjuge do segurado objetivando a comprovação de exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, não é direito indisponível, mas, ao contrário, disponível, porquanto requer a provocação da parte interessada, uma vez que, sem este ato, a máquina estatal sequer será instada a se manifestar acerca do interesse do particular. Outrossim, os beneficiários da Previdência Social que pleiteiam o benefício da aposentadoria, não estão enquadrados na definição de consumidor, de que trata o art. 2º, e seu parágrafo único, da Lei n. 8.078/1990, tornando-se inaplicável, à espécie, os arts. 81 e 82, do citado diploma legal, bem como os arts. 21 da Lei n. 7.347/1995 e 6º, VII, **d**, da Lei Complementar n. 75/1993. Violação configurada.

Ilegitimidade do Ministério Público Federal para o caso em exame reconhecida, por tratar-se de direitos individuais disponíveis.

Precedentes (REsp ns. 114.908-SP, 144.030-GO, entre outros).

Recurso conhecido e provido." (REsp n. 370.957-SC, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJU 15.04.2002)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 22.182-MG (2002/0056186-1)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Impetrante: Danielle Christine de Oliveira Costa
Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais
Paciente: Marcelo Haddad

EMENTA

Habeas corpus. Réu colocado em liberdade em virtude de indulto. Decisão cassada em sede de agravo de execução pelo Tribunal de origem. Reconhecimento da prescrição da pena que resta a ser cumprida. Ordem concedida.

1. Se o condenado foragido tem direito ao reconhecimento da prescrição do restante da pena em seu favor (art. 113 do Código Penal), com muito mais razão aquele que é posto em liberdade em decorrência de ato judicial, posteriormente reformado pelo Tribunal.

2. *Habeas corpus* concedido.

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, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Marcelo Haddad contra acórdão do Tribunal de Justiça de Alçada do Estado de Minas Gerais que denegou o *writ* ali formulado.

O paciente, condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, pela prática de estelionato, foi beneficiado por indulto, tendo o Tribunal de origem, em sede de julgamento de agravo em execução interposto pelo Ministério Público, cassado a aludida decisão, determinando que o condenado cumprisse o restante da reprimenda.

Sustenta a impetração a ocorrência de prescrição em relação ao *quantum* de pena que resta a ser descontado.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foram os autos solicitados da Subprocuradoria Geral da República, que vieram sem parecer.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A ordem deve ser concedida.

Faz-se necessário um breve relato dos fatos.

O paciente foi condenado pelo Juízo de Direito da Comarca de Lavras-MG à pena de 2 (dois) anos de reclusão, no regime fechado, pela prática de estelionato, tendo sido preso em 11.08.1997 e beneficiado por indulto em 29.12.1998, data em que foi posto em liberdade.

Contra a aludida decisão o Ministério Público interpôs recurso de agravo em execução, restando este provido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que determinou que o paciente volte a cumprir a sua reprimenda.

Sustenta a impetração a ocorrência de prescrição da pena que resta a ser cumprida, isto é, de 7 (sete) meses e 12 (doze) dias, já que superam mais de 2 anos entre a data que o paciente foi posto em liberdade e o acórdão que cassou o indulto.

Na verdade, o Tribunal de origem incorreu em equívoco ao fundar-se no art. 112 do Código Penal, para denegar a impetração ali formulada, já que tal

dispositivo trata do termo inicial da prescrição nos casos de revogação da suspensão da pena ou do livramento condicional, hipóteses distintas da dos autos, que cuida de decisão concessiva de indulto.

Ora, não há previsão legal para o caso do paciente, visto que o art. 113 do Estatuto Repressivo refere-se a prescrição do restante da pena, mas em caso de evasão do condenado.

Todavia, mostra-se absolutamente razoável reconhecer que a situação do paciente deve ser equiparada a do sentenciado que foge e é beneficiado pela prescrição executória.

Com efeito, se o condenado foragido tem direito à contagem do prazo prescricional em seu favor, com muito mais razão aquele que é posto em liberdade em decorrência de ato judicial, posteriormente reformado pelo Tribunal.

Na mesma linha de raciocínio, o termo inicial a ser considerado, assim como no caso do art. 113 do Código Penal é a data da fuga, aqui é a data em que o paciente foi colocado em liberdade.

Sendo assim, como transcorreram mais de 2 (dois) anos da data em que o paciente foi posto em liberdade até o julgamento do respectivo agravo, ressalvando-se que este também não é um marco de interrupção, há que se reconhecer a extinção da punibilidade.

Diante do exposto, concedo o *habeas corpus*, para declarar extinta, pela prescrição da pretensão executória, a punibilidade do paciente na ação penal de que aqui se cuida.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 33.086-SP (2004/0004231-7)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Impetrante: José Francisco dos Santos
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: David Antônio Lopes

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Direito Processual Penal. Devolução de veículos apreendidos. Pleito incompatível com o

habeas corpus. Flagrante forjado. Impossibilidade de reconhecimento. *Writ* parcialmente conhecido e denegado.

1. O pleito de devolução de coisas apreendidas é estranho ao âmbito de cabimento do *habeas corpus*.

2. É inviável, no âmbito angusto do *habeas corpus*, a pretensão de desconstituição de condenação que requisita o exame de todo o conjunto da prova, cujos elementos, de resto, não instruem a inicial.

3. Não é ilegal a apreensão de substância entorpecente no interior de residência, se autorizada a atividade policial por prévio mandado judicial de busca e apreensão.

4. Ordem parcialmente conhecida e 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, conhecer parcialmente da ordem e a denegar, 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), 30 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 04.09.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em sede de apelação, preservou a condenação de David Antônio Lopes a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a serem cumpridos integralmente em regime fechado, e a 88 dias-multa, imposta pelo Juízo da Comarca de Franco da Rocha, e, em sede de revisão criminal, a 3 (três) anos de reclusão, a serem cumpridos integralmente em regime fechado, e a 50 dias-multa, que lhe foi imposta na Comarca de Praia Grande.

Alega o impetrante, em síntese, relativamente ao processo de Franco da Rocha, a nulidade da ação penal, eis que o flagrante teria sido forjado por policiais, tendo em vista que o paciente levou ao conhecimento do Juízo da Comarca que esses policiais apreenderam uma arma calibre 12 e não a apresentaram no

auto de exibição à autoridade competente, bem certo sendo que não morava, nem se encontrava no local.

Sobre o tema, afirma o seguinte:

> "Estes policiais, anteriormente vinham ameaçando o paciente, de matá-lo ou encerrá-lo na prisão, forjando contra este *Flagrante Forjado*, em virtude de ter dado conhecimento ao MM. Juiz de Direito da Comarca de Franco da Rocha, a apreensão de uma arma — calibre 12 de caça, documentada e registrada, que os policiais não apresentaram em auto de exibição a autoridade competente, ficando a arma para uso indevido dos policiais." (Fl. 4)

Sustenta, mais, relativamente ao processo de Praia Grande, que foi vítima de perseguição desses policiais, que invadiram a sua residência e afirmaram que lá encontraram entorpecentes, sem qualquer prova de que lhe pertencessem.

Afirma que:

> "No dia dos fatos, dia 07.02.1998, os policiais, segundo eles, munidos de mandado de busca na residência de Daniel Antonio Lopes, alegando denúncia anônima, visando prenderem e forjar flagrante contra David Antonio Lopes, invadiram a residência de Daniel, e não encontrando lá David, que não residia alí, nem se achava no local, imputaram posse de 'drogas' com estes, aproveitando para Indiciar Também a David Antonio Lopes, alegando que este era o proprietário da contravenção supostamente apreendida.
>
> (...) pode ser indiciado em flagrante por tráfico de 'drogas' uma pessoa que não foi pego com nenhuma droga, nem se fazia presente no local da apreensão (??), talvez por isso, tenham os policiais se empenhado em encontrá-lo depois, e apresentar junto com o preso mais uma porção de entorpecentes, alegando ter sido encontrado em sua posse, porém sem nenhuma prova, pois a única pessoa que na Praia Grande presenciou a prisão de David, declarou que: os policiais estavam com objetos nas mãos, dizendo que era 'droga' e que tinham encontrado com David, porém nenhuma testemunha presenciou o encontro dessa 'droga' sendo achada." (Fls. 5/8)

E também que:

> "(...)
>
> A polícia civil da Comarca de Franco da rocha não têm competência para efetuar prisão em outra Cidade, nem poderia sem mandado de busca invadir a residência de David, fato que aconteceu sem que nenhuma testemunha presenciasse o encontro de qualquer objeto de contravenção,

retornando a ressaltar que a testemunha que arrolaram, disse que: '(...) Os policiais estavam com alguma coisa nas mãos, que alegaram ser droga, e que tinham encontrado na posse de David, ou seja, no local onde residia, isso está muito distante de que a testemunha tenha presenciado quando acharam qualquer coisa que fosse." (Fl. 11)

Aduz, de resto, que foram apreendidos um veículo, de propriedade da esposa do paciente e uma moto, sendo certo, ainda, que os policiais passaram a utilizar o veículo, enquanto o paciente já se encontrava preso, "(...) tendo várias multas a serem pagas por infrações de trânsito cometidas pelos policiais que o estavam utilizando indevidamente." (Fl. 12)

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, "(...) visando a desconstituição das decisões condenatórias contidas nos processos da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande-São Paulo, Processo n. 151/1998 — Art. 12 da Lei n. 6.368/1976, assim como também a desconstituição da pena imposta pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Com. de Franco da Rocha, onde o crime era impossível de se consumar, sem a presença de quem lhes imputa tráfico, sem drogas na sua posse, num local onde era residência de seus familiares e não de David, que residia na Praia Grande, justamente para se livrar das represálias de seus acusadores agora nos fatos narrados, requerendo seja deferido liminarmente a liberação do veículo da esposa de David e sua moto." (Fl. 14)

Informações prestadas às fls. 56/57 dos autos, dando conta de que:

"(...)

O paciente foi denunciado perante o juízo da 1ª vara da Comarca de Praia Grande (Processo n. 151/1998), como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Recebida a denúncia, foi o paciente citado e interrogado, tendo seu defensor apresentado defesa prévia.

Após regular instrução, sobreveio sentença que condenou o paciente por infração ao art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinqüenta) dias-multa, no valor mínimo. Não foi interposto recurso e a decisão transitou em julgado, sendo expedida a guia de recolhimento.

Em relação ao Processo n. 139/1998 da 2ª Vara da Comarca de Franco da Rocha, o paciente foi denunciado como incurso no art. 12, c.c. o art. 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/1976. Recebida a denúncia, foi ele citado e interrogado, tendo seu defensor apresentado defesa preliminar.

Após regular instrução, sobreveio sentença que condenou o paciente por infração ao art. 12, *caput*, c.c. o art. 18, inciso III, ambos da Lei n.

6.368/1976, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 88 (oitenta e oito) dias-multa, no valor mínimo. Desta decisão apelou a defesa, tendo a Colenda Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negado provimento do recurso.

O paciente ingressou com pedido de revisão criminal, que recebeu o n. 293.494.3/8, relativa ao processo da Comarca de Praia Grande. O Colendo Terceiro Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando em 16.08.2001, o referido processo, por votação unânime, indeferiu o pedido.

Finalmente esclareço que o paciente já impetrou perante esse Colendo Superior Tribunal de Justiça os *Habeas Corpus* n. 10.491/São Paulo e n. 10.393-SP".

Liminar indeferida. (Fls. 115/116)

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim sumariado:

"*Habeas corpus*. Entorpecentes. Alegação de nulidades de duas ações penais. Flagrante forjado. Cerceamento de defesa. Falta de provas para condenação.

Nos autos da Ação Penal n. 151/1998, que tramitou pelo Juízo de Praia Grande, foi requerida revisão criminal, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça, por considerar provada a materialidade do crime assim como a autoria.

Na Ação Penal n. 139/1998, que tramitou pelo Juízo de Franco da Rocha, não se evidencia qualquer vício processual que torne írrita a sentença condenatória, pelo que não há nulidade a ser declarada através do *writ*.

Por permitir exame aprofundado e amplo do material cognitivo existente nos autos da ação penal, não se presta a angusta via do *mandamus* para transformar condenação em absolvição, pleito que encontra melhor solução em revisão criminal, que pode ser requerida em relação à Ação Penal n. 139/1998, vez que já transitou em julgado a condenação.

Parecer pela denegação da ordem." (Fl. 119)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, conheço apenas em parte do pedido, pois que as questões relativas à arma que se diz

apreendida e não apresentada e à apreensão e uso indevido de um automóvel e uma motocicleta são estranhas ao âmbito de cabimento do *habeas corpus*.

Quanto aos fatos criminosos que determinaram as duas condenações do paciente, diversamente do que se alega, quais sejam, 7 de fevereiro de 1998, o da Comarca de Franco da Rocha, e 6 de março de 1998, o da Comarca de Praia Grande, mostram-se as respectivas sentenças devidamente motivadas, quanto ao fato e a sua autoria. (Fls. 61/69 e 91/99)

O mesmo se diga dos acórdãos da apelação interposta e da revisão criminal requerida pelo ora paciente. (Fls. 70/73 e 106/112)

É de se acolher, pois, em todos os seus termos, o parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes, que ora adoto como razões de decidir:

> "(...)
>
> Pretende, o impetrante, com a presente súplica, ser declarada a nulidade dos processos a que respondeu perante a 2ª Vara Criminal de Franco da Rocha — Ação Penal n. 139/1998 — e 1ª Vara de Praia Grande — Ação Penal n. 151/1998 —, pelos motivos que aponta.
>
> Em relação ao processo que tramitou perante a Comarca de Praia Grande — Ação Penal n. 151/1998 —, a sentença condenatória transitou livremente em julgado, sem que fosse interposto recurso pela Defesa.
>
> Requerida a revisão criminal, foi esta processada e decidida pelo Tribunal de Justiça, julgando-a improcedente, por considerar provada a existência do crime assim como a autoria.
>
> No âmbito restrito do *habeas corpus*, torna-se impossível rever a sentença ou o acórdão proferido na ação revisional, para aferir eventual insuficiência de provas para a condenação, ou mesmo existência de vício na prova oral produzida, decorrente de suspeição das testemunhas, de molde a absolver o réu.
>
> Quanto ao processo que tramitou perante a Comarca de Franco da Rocha — Ação Penal n. 139/1998 —, da sentença condenatória, houve recurso de apelação que restou improvido.
>
> Também em relação a tal processo, não merece guarida a pretensão do impetrante.
>
> Primeiramente, não se evidencia qualquer nulidade no processo.
>
> Naquela ação, o paciente não foi autuado em flagrante, e sim os seus comparsas, que foram encontrados na residência vistoriada em razão de

mandado judicial de busca e apreensão expedido pelo Juiz, tendo em vista denúncias anônimas de que na avenida Washington Luiz, n. 445, três indivíduos conhecidos por 'Mel', 'Davi' e "Curvim' estavam comercializando substância entorpecente (fl. 71). Não houve, pois, invasão de domicílio sem autorização judicial.

No local, os policiais lograram prender Daniel Antônio Lopes e Rubens Antônio Lopes com 10,5g de cocaína e 295,4g de maconha. O paciente ali não se encontrava, tendo aparecido em uma moto, mas conseguiu fugir ao notar a presença dos policiais. (Fl. 72)

O processo — conforme consta do HC n. 14.045/São Paulo — tramitou, de início, somente em relação aos dois co-réus, sobrevindo sentença condenatória em 13 de julho de 1998. O paciente foi denunciado em 15 de setembro de 1998 (fls. 59/60), sendo recebida a denúncia — também segundo apurado no aludido *habeas corpus* — em 23 do mesmo mês, quando foi decretada sua prisão preventiva. Foi regularmente citado e interrogado, oferecendo defesa prévia através de advogado constituído, onde alegou já haver sido julgado e condenado pelo mesmo fato, na Comarca de Praia Grande.

A instrução tramitou regularmente, somente não tendo sido inquiridas as testemunhas arroladas pelo réu porque deixaram de comparecer à audiência para tal fim designada, apesar de a Defesa ter-se comprometido a apresentá-las independentemente de intimação, fatos estes devidamente esclarecidos nos autos do HC n. 14.045-SP, no qual nos manifestamos.

Nas alegações finais, não argüiu qualquer nulidade, limitando-se a enfrentar o mérito, sustentando falta de prova para a condenação, por não considerar suficientes os testemunhos policiais não confirmados por pessoas comuns. Nas razões de recurso, de igual modo, não argüiu qualquer nulidade, cingindo-se a criticar a condenação, ante a insuficiência de provas, tudo não passando de trama dos policiais que o perseguiam.

A sentença condenatória está devidamente fundamentada, citando os elementos colhidos nos autos em que firmado o convencimento do Juiz no sentido de ser o réu autor do crime, fazendo ver que os fatos apurados em Praia Grande não são os mesmos que deram azo à ação penal em Franco da Rocha, ante o tempo decorrido entre os dois eventos; que não ficou caracterizada qualquer perseguição policial contra o réu, que sequer fez prova de que possuía arma de fogo indevidamente apreendida pela Polícia; que ficou provado que ele chegou no local, de moto, quando se realizava a diligência,

dali tendo fugido ao perceber a presença da Polícia; que os co-réus disseram que a droga lhe pertencia. Enfim, considerou suficiente a prova acusatória, não a invadindo o fato de serem as testemunhas, policiais civis ou militares, se não ficou demonstrada qualquer intenção de prejudicar o réu. Também está devidamente fundamentada a sentença quanto ao reconhecimento da associação criminosa e dosagem da pena. (Fls. 61/69)

O acórdão, por seu turno, também de forma fundamentada, considerou suficiente a prova da autoria.

Pelo que se colhe dos autos, ademais, não nos parece que tenha havido uma só diligência policial para os dois flagrantes, sendo que a prisão dos co-réus, em Franco da Rocha, ocorreu em 7 de fevereiro de 1998 (fl. 61), enquanto a prisão em flagrante do paciente, em Praia Grande, aconteceu em 06 de março do mesmo ano. (Fl. 89)

Assim, não se evidencia qualquer nulidade processual a ser sanada através do *writ*, não constituído cerceamento de defesa o indeferimento da ação revisional pelo Tribunal de Justiça, em relação ao processo oriundo de Franco da Rocha, visto que ainda não tinha transitado em julgado a sentença condenatória, pois pendente de julgamento o recurso de apelação.

Registro, por derradeiro, que não havendo possibilidade de amplo e profundo reexame do material probatório coligido nos autos da ação penal, não se tem como, na angusta via do *mandamus*, verificar a inexistência de provas, ou sua insuficiência para sustentar decreto condenatório, ou possível perseguição policial, sendo, pois, via inadequada para transformar condenação em absolvição, podendo o réu valer-se da revisão criminal para viabilizar sua pretensão, já agora possível ante o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A alegação de que o flagrante foi forjado, conforme decidido por essa Augusta Corte, encontra-se superado, ante a superveniência de sentença condenatória transitada em julgado.

Quanto à liberação do veículo apreendido, é pleito que escapa à possibilidade de exame através do *habeas corpus*." 123/127)

Averbe-se, em remate, que o feito se ressente de peças essenciais relativamente ao alegado abuso de autoridade na prisão em flagrante efetuada na Comarca de Praia Grande, sendo, por outro lado, imprópria a via mandamental para a restituição de coisas apreendidas.

E a questão da progressividade de regime não se coloca na espécie, pois que, ao tempo da impetração, o paciente já se achava em livramento condicional.

Pelo exposto, conheço parcialmente da ordem e a denego.

Determino que se encaminhe, por ofício, cópia de todo o processado ao Excelentíssimo Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, para providências que se entender cabíveis.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 36.696- PE (2004/0097086-3)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Impetrantes: Antônio Nabor Areias Bulhões e outros
Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Paciente: Alexandre Tadeu Rabelo de Lemos
Sustentação oral: Antônio Nabor Areias Bulhões, pelo recorrente

EMENTA

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Homicídio qualificado. Trancamento da ação penal. Aditamento à denúncia. Cabimento. Ofensa ao princípio do promotor natural. Ocorrência. Ordem parcialmente concedida.

1. É cabível o aditamento à denúncia, antes de editada a sentença final, para inclusão de co-réu em relação ao qual o inquérito policial não fora arquivado por decisão judicial. Precedentes do STJ.

2. Em qualquer fase do processo, o Juiz, reconhecendo a sua incompetência, há de declará-la, remetendo os autos da ação penal ao Juízo competente, previamente intimadas as partes, por cabível recurso em sentido estrito.

3. No Juízo competente, admitida a declinatória, prosseguirá o processo, com a ratificação, quanto aos fatos criminosos, e retificação, quanto à sua classificação jurídica, da denúncia, e seu aditamento, se for o caso, pelo Ministério Público, seguindo-se, após o recebimento do aditamento eventual, a ratificação dos atos processuais não decisórios, incluidamente, o recebimento da denúncia, como é da letra dos arts. 108, § 1º, 581, inciso II, e 567, todos do Código de Processo Penal.

4. Entretanto, se o aditamento, enquanto fato acrescido à denúncia, e o seu recebimento, enquanto despacho judicial, ressentem-se da atribuição do membro do Ministério Público, o primeiro, e da competência do Juiz, o segundo, produz-se a sua nulidade, à qual não servem de sanatória o recebimento da denúncia pelo Juízo competente, ao qual foi remetido o processo, nem a intimação posterior do membro do Ministério Público com atribuição, por função do indisponível *due process of law*.

5. Ordem parcialmente 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 parcialmente a ordem de *habeas corpus*, 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, 16 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 04.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, denegando *writ* impetrado em favor de Alexandre Tadeu Rabelo de Lemos, Procurador do Estado de Pernambuco, preservou-lhe o processo da ação penal a que responde, após aditamento da denúncia, pelo homicídio de Geraldo Pinheiro de Melo Júnior, chefe do cerimonial do Tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado:

"Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* objetivando o trancamento da ação penal. Paciente acusado como co-autor do crime tipificado no art. 121, § 2º, inciso IV, c.c. o art. o 29, Ambos do CPB. Alegação de impossibilidade do aditamento à prefacial acusatória (art. 18 do CPP e Súmula n. 524-STF) e de ilegitimidade processual do representante do *Parquet*, em desobediência ao princípio do promotor natural. Improcedência.

1. No que tange a afirmação dos impetrantes da impossibilidade de aditamento, em virtude de ter ocorrido um pretenso arquivamento tácito, em relação ao Paciente A. L., sabe-se que não se configura arquivamento implícito do inquérito se o aditamento à denúncia não contraria os requisitos exigidos por lei para o exercício da ação penal (art. 43, inciso III, do CPP).

2. Quanto à alegação de Ilegitimidade Processual do Promotor de Justiça que ofertou o atacado aditamento, é notório que um dos princípios basilares que caracterizam a atuação do Ministério Público é o da Independência Funcional de seus membros, (§ 1º, do art. 127, da Carta Magna). O Ministério Público é uno, indivisível, pelo que não importa quem seja o subscritor da ação penal.

3. Não há que se falar em nulidade, haja vista que o Juízo Coator determinou a intimação do Representante do Órgão Ministerial de todo o teor do despacho ratificado.

4. Em relação ao pedido de trancamento da ação penal, é sabido que tal pleito só é admitido em casos excepcionais, quando as evidências indiquem que o fato não constitui crime, nem mesmo em tese, ou desponte claramente a inocência do acusado e, ainda, quando ocorre a extinção da punibilidade, já que o remédio constitucional não é compatível com o exame aprofundado das provas. A peça acusatória encontra-se revestida dos requisitos legais, nos moldes do art. 41 do Código de Processo Penal, não tendo que se falar em ausência de justa causa para a ação penal.

5. Ordem denegada. Decisão por maioria de votos." (Fls. 58/59)

Estão os impetrantes, em suma, em que falta justa causa à ação penal, eis que "(...) havendo o Promotor Público com atribuições para o Tribunal do Júri excluído o paciente da denúncia que deu origem ao processo, não poderia outro Promotor de Justiça (e Promotor sem atribuições para atuar na Vara do Júri) promover aditamento à denúncia, sem fato novo ou prova nova, para alcançar o paciente." (Fl. 3)

Narram os autos que, instaurado inquérito policial para apuração do homicídio ocorrido em 2 de outubro de 1997, foram indiciados Alexandre Tadeu Rabelo de Lemos, o paciente, Gilvan José de Souza e Moisés Pedro de Melo, como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, do Código Penal, e Waldemar Pedro de Melo, Elias Pedro de Melo, Joab Pedro de Melo e Ricardo Rogério Santos da Silva, por violação do art. 171 do Código Penal.

Remetidos os autos do inquérito ao Ministério Público, os Promotores de Justiça Maria Helena da Fonte Carvalho e Josenildo da Costa Santos, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, requisitaram 44 diligências complementares, tendo a ilustre Procuradora de Justiça Anamaria Campos Torres requisitado ao Sr. Secretário de Segurança Pública a designação de um Delegado Especial para presidi-las.

Ao cabo das diligências, restaram indiciados, com exceção do paciente e Gilvan José de Souza, Moisés Pedro de Melo, pela prática dos ilícitos tipificados nos arts. 121, § 2º, inciso II, e 171 do Código Penal, e os demais, juntamente com Marluce Pedro de Melo e Joel Lima de Souza, pela infração ao art. 171 do Código Penal, e, todos, pelo crime de quadrilha ou bando.

A ilustre Promotora de Justiça Elza Roxana Álvares Saldanha ofereceu denúncia, em 17 de novembro de 1998, contra todos os indiciados, Gilvan José de Souza e Severino Manoel dos Santos, sendo estes últimos e Moisés Pedro de Melo, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, e os demais, no art. 171 do Código Penal.

Divisando tratar-se de homicídio, e não latrocínio, suscitou o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca do Recife conflito negativo de competência, julgado improcedente, na razão de que "(...) Se se chegar, depois da instrução, a conclusão de que não é latrocínio, é homicídio, aí já seria outra história. Mas, na fase atual, como está, processando-se essa denúncia por latrocínio, é evidente que a competência é da Vara Criminal por distribuição." (Fl. 953 do apenso)

Após a fase do art. 499 do Código de Processo Penal, o ilustre Promotor José Vladimir da Silva Acioli, titular da 14ª Promotoria de Justiça Substituta da Capital, com exercício acumulativo na 4ª Promotoria de Justiça Criminal, ofereceu aditamento da denúncia em processo em curso, para além de alterar a qualificação jurídica dos fatos imputados aos policiais militares Moisés Pedro de Melo, Gilvan José de Souza e Severino Manoel dos Santos, de latrocínio para homicídio qualificado, nela incluir o paciente Alexandre Tadeu Rabelo de Lemos, também como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso IV, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal.

Recebido o aditamento e decretada a prisão preventiva do paciente, por conveniência da instrução criminal, eis que "tentou aliciar testemunhas" (fl. 1.300 do apenso), foram os autos enviados ao Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca do Recife, o qual ratificou a decisão de recebimento da denúncia, "exceto quanto ao decreto de prisão preventiva, vez que já fora apreciado e revogado na superior instância." (Fl. 1.541 do apenso)

Daí, a impetração originária, e a presente.

Sustentam os impetrantes, primeiro, que, em inexistindo fato novo ou provas substancialmente inovadoras, mostra-se incabível o aditamento da denúncia, já que houve implicitamente arquivamento do inquérito policial com relação ao paciente, afora que tal deu-se após o prazo de 24 horas assinalado pelo art. 499 do Código de Processo Penal.

Asseveram que os elementos colhidos no inquérito já haviam sido inteiramente valorados pela autoridade policial e pelo Ministério Público, bem assim pelo próprio Juízo ao receber a denúncia inicial, sem ressalvas ou aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal.

Afirmam que o pleito de trancamento da ação penal ajusta-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e ao Enunciado n. 524 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, invocado analogicamente.

Aduzem, segundo, que o Juiz da Vara do Júri recebeu o aditamento, antes de qualquer manifestação do Ministério Público com atribuições para atuar perante aquele Juízo, o que acabou por malferir o princípio do promotor natural (Constituição Federal, art. 5º, inciso LIII), bem certo que o representante do *Parquet* nem ao menos ratificou o aditamento apresentado.

Liminar indeferida pelo Ministro Presidente Edson Vidigal às fls. 33/34.

A decisão foi por mim reconsiderada, suspendendo o andamento da ação penal relativamente ao paciente. (Fls. 46/50)

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Jair Brandão de Souza Meira, assim sumariado:

> "*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Arquivamento de inquérito. O silêncio do MP em relação a acusado cujo nome só aparece depois em aditamento não implica em arquivamento implícito, se não houve despacho do Juiz nesse sentido. Art. 18, CPP. Ofensa ao princípio do promotor natural. Inocorrência. Tese, ademais, rejeitada pelo STF.
>
> Parecer pela denegação da ordem." (Fl. 83)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, é este o voto condutor do acórdão impugnado:

"O objetivo do presente *writ* repousa no Trancamento da Ação Penal, em que o Paciente responde como co-autor da suposto prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, inciso IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal Brasileiro, alegando que inexistem provas suficientes o viabilizar o aditamento recebido pelo Magistrado coator, bem, como pela ausência do Promotor de Justiça competente para atuar perante a 1ª Vara Privativa do Júri da Capital.

Nas suas informações, inseridas às fls. 1465/466, a Autoridade apontada como Coatora narra todas as fases do processo e esclarece, em síntese que:

a) Após a conclusão do inquérito policial pelo delegado Ernande Francisco da Silva, titular da Delegacia Especializada em Homicídios, o Paciente Alexandre Tadeu Rabelo Lemos figurou entre os indiciados;

b) Recebida à peça inquisitorial pelo Ministério Público, foi requisitada a realização de novas diligências, com o escopo de se esclarecerem alguns pontos que, na ótica da Procuradora de Justiça — Drª. Anamaria Campos Torres (à época Coordenadora do Centro de Apoio Operacional às Promotorias Criminais e da Central de Inquéritos do Ministério Público) e de sua equipe, deveriam ser checados para, assim, consubstanciar de forma segura a propositura da Ação Penal;

c) Para as diligências solicitadas pelo *Parquet*, foi designado pelo Sr. Secretário de Segurança Pública, um delegado especial para presidi-las, Dr. Paulo Fernandes Barbosa; o qual apresentou novo relatório policial, excluindo o anterior indiciamento do Paciente Alexandre Tadeu Rabelo Lemos e de Gilvan José de Souza, e imputando a Moisés Pedro de Melo, Waldemar Pedro de Melo, Elias Pedro de Melo, Joab Pedro de Melo, Marluce Pedro de Melo, Joel Lima de Souza e Ricardo Rogério dos Santos a infração aos arts. 121, § 2º, inciso II, 171 e 288, todos do CPB;

d) Ocorre que, concluído o procedimento policial, foram os autos distribuídos sob nova n. 001.1998.045788-6, ao Juízo da 4ª Vara Criminal da Capital vez que fora oferecida denúncia contra Moisés Pedro de Melo, Gilvan José de Souza, Severino Manoel dos Santos, Waldemar Pedro de Melo, Elias Pedro de Melo, Joab Pedro de Melo, Marluce Pedro de Melo, Joel Lima de Souza e Ricardo Rogério dos Santos, os três primeiros, como incursos nas penas do art. 157, § 3º, *in fine* do CP, c.c. o art, 1º da Lei n. 8.072/1990 e item II do art. 1º, da Lei n. 8.930/1994, enquanto que os demais como incursos nas penas do art, 171, *caput*, do CPB;

e) Constatando duplicidade de feitos e já havendo aquele Juízo recebido a denúncia, dando prosseguimento a ação penal, o Juízo da Vara do Júri determinou a redistribuição do feito n. 01.1997.055354-5 para ser apensado aquele já em tramitação perante o Juízo, então competente, em razão do matéria;

f) No início da instrução, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Capital, de ofício, suscitou o Conflito Negativo de Competência, por entender que os fatos narrados na denúncia não se configuravam crimes de latrocínio, mas sim de homicídio, subindo os autos a esta Superior Instância, ocasião em que esta egrégia Câmara Criminal julgou improcedente o conflito, por entender que somente ao final de encerrada a instrução criminal poderia o Juízo Suscitante se manifestar pela desclassificação;

g) Encerrada a instrução criminal e com vistas as alegações finais, o Representante do Ministério Público ofereceu o aditamento à denúncia, imputando a Alexandre Tadeu Rabelo Lemos, Moisés Pedro de Melo, Gilvan José de Souza e Severino Manoel dos Santos, a prática de crimes previstos no art. 121, § 2º, inciso IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, tendo o eminente Magistrado Francisco Rodrigues da Silva, Titular da 4ª Vara Criminal da Capital, recebido o aditamento a denúncia, decretada a prisão preventiva dos acusados e declinado de sua competência para julgamento da demanda;

h) Por fim, ressaltou que prolatou despacho de fl. 1.577, ratificando o longo e bem elaborado despacho do Magistrado da 4ª Vara Criminal, que recebera o aditamento à denúncia, exceto no que tangia ao decreto de prisão preventiva dos denunciados, por já haver sido apreciado e revogado por esta Corte de Justiça, designando data para interrogatórios dos acusados e determinando, ainda, a intimação do Representante do *Parquet* de todo o teor do despacho ratificado.

Não merece abrigo o presente *writ* manejado.

Quanto à alegação de Ilegitimidade Processual do Promotor de Justiça que ofertou o atacado aditamento, é notório que um dos princípios basilares que caracterizam a atuação do Ministério Público é o da Independência Funcional de seus membros, assim como o da Indivisibilidade destes Componentes do Sistema da Justiça ante os preceitos do § 1º, do art. 127, da Carta Magna, sendo, descabida, portanto, a pretensão dos Impetrantes de acolhimento da suscitada ilegitimidade processual.

Ora, com o recebimento do aditamento, toda a instrução será necessariamente refeita, inclusive o parágrafo único do art 384, do CPP, possibilita

a abertura de novo prazo para a apresentação de defesa prévia para aqueles que respondiam inicialmente por outro crime.

Quanto ao paciente, o processo está se iniciando, com a devida instrução, sem nenhuma nulidade.

No que diz respeito ao aditamento da denúncia ter sido feito pelo Promotor de Justiça que atuava junto à 4ª Vara Criminal da Capital, nenhuma irregularidade se apresenta, haja vista que o Ministério Público é uno, indivisível, pelo que não importa quem seja o subscritor da ação penal, conforme inteligência do art. 127, § 1º, da CF.

A esse respeito, trago à colação o seguinte julgado:

> 'A Constituição, diferentemente do que faz com os Juízes, tudo em prol dos jurisdicionados, não garante o 'princípio do promotor natural'. Ao contrário, consagra no § 1º do art. 127 os princípios da 'unidade' e da 'indivisibilidade' do Ministério Público, dando maior mobilidade à instituição, permitindo avocação e substituição do órgão acusador, tudo, evidentemente nos termos da lei orgânica. No caso concreto, ademais, o promotor natural se deu por impedido. Daí a designação de outro, o denunciante. (STJ, RHC n. 3.061-MT, Sexta Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJU 28.02.1994, p. 2.916)

Registre-se por oportuno, que as denúncias não são oferecidas ou aditadas pelos Representantes do *Parquet* titulares das Varas Criminais, mas sim pela Central de Inquéritos.

Ainda se não bastasse os argumentos exposados, resta demonstrado que o Juízo Coator determinou a intimação do Representante do Órgão Ministerial de todo o teor do despacho ratificado, não havendo, portanto, que se falar em nulidade.

No que tange a alegação dos impetrantes da impossibilidade de aditamento, em virtude de ter ocorrido um pretenso arquivamento tácito, em relação ao Paciente Alexandre Lemos, adoto o posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal — Moreira Alves e Maurício Correio, *in verbis*:

> '*Habeas corpus*. Não é o *habeas corpus*, por seus limites estreitos, o meio processual hábil para o exame da alegação de falta de justa causa quando há necessidade de reexame de provas. Improcedência das alegações de ofensa ao Princípio do contraditório, de ocorrência de arquivamento implícito a possibilitar o aditamento da denúncia e de falta de motivação da sentença de pronúncia. *Habeas corpus* indeferido.'

(HC n. 75.852-MG, julgado em 14.04.1998, DJ 08.05.1998, p. 3, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma)

'*Habeas corpus*. Estelionato. Concurso de pessoas. Aditamento a denúncia. Inclusão de co-réu em face das provas surgidas em juízo. Inquérito não arquivado. Recebimento do aditamento: fundamentação inelegível. Arquivamento implícito: ausência de configuração.

1. (*omissis*)

2. (*omissis*)

3. (*omissis*)

4. Não configura arquivamento implícito do inquérito se o aditamento à denúncia não contraria os requisitos exigidos por lei para o exercício da ação penal (art. 43, inciso III, do CPP.

5. *Habeas corpus* indeferido. (HC n. 74.793-RJ, julgado em 27.70.1996, DJ 29.11.1996, p. 47.158, Relator Ministro Maurício Correia, Segunda Turma)

Em relação ao pedido de trancamento da ação penal, é sabido que tal pleito só é admitido em casos excepcionais, quando as evidências indiquem que o fato não constitui crime, nem mesmo em tese, ou desponte claramente a inocência do acusado e, ainda, Quando ocorre a extinção da punibilidade, já que o remédio constitucional não é compatível com o exame aprofundado das provas. Por se tratar de matéria de mérito, a via estreita deste remédio constitucional, não cabe a análise de prova para comprovação ou não do fato imputado.

No caso em tela, a denúncia atribui ao paciente Alexandre Tadeu Rabelo Lemos, participação no ilícito de que versa a exordial.

Satisfazendo a denúncia as exigências do art. 41, do Código de Processo Penal e tendo suporte nas provas colhidas no inquérito, não há que se falar em ausência de justa causa para a ação penal.

Da análise das informações prestadas pelo magistrado a quo e dos demais elementos constantes dos autos, não há como conceder a ordem de *habeas corpus* pleiteada pelo paciente.

Posto isto, o meu voto é no sentido de ser denegada a ordem." (Fls. 68/73)

Alegam os impetrantes, primeiro, que falta justa causa à deflagração da persecutio criminis, sem fato novo ou prova substancialmente nova, enquanto houve arquivamento implícito do inquérito policial, destacando que "(...) ao oferecer a

denúncia, o Ministério Público do Estado de Pernambuco não incluiu o paciente na acusação por absoluta ausência de indícios de sua participação no homicídio investigado" e que "(...) Ao não incluir o paciente na exordial acusatória, acabou o Ministério Público por opinar tacitamente pelo arquivamento do inquérito policial quanto a ele". (Fls. 7/8)

É esta a letra do art. 18 do Código de Processo Penal:

> "Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia."

E esta, a da Súmula n. 524 do Supremo Tribunal Federal:

> "Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas."

Do verbo legal e do enunciado do Excelso Pretório, colhem-se duas lições: a de que a lei, ela mesma, condiciona o arquivamento do inquérito policial, que não é obrigatório, a uma decisão judicial, vale dizer, "só se considera o arquivamento ante o despacho do juiz", repetindo o mui ilustre Ministro Francisco de Assis Toledo, primeira, e o fato de que a prova nova só é exigível quando haja sido acolhido o pedido de arquivamento, não antes de que esse juízo se tenha realizado, segunda.

Na doutrina, leia-se Julio Fabbrini Mirabete:

> "Ainda que fique provada a inexistência do fato ou que não se tenha apurado a autoria do ilícito penal, a autoridade policial não pode mandar arquivar o inquérito (art. 17). Tal providência cabe ao juiz, a requerimento do órgão do Ministério Público. Sendo este último destinatário do inquérito policial, deve formular um juízo de valor sobre o seu conteúdo, para avaliar da existência, ou não, de elementos suficientes para fundamentar a acusação. Se não encontrar esses elementos, cumpre-lhe requerer ao juiz o arquivamento do inquérito. Tal requerimento deve ser fundamentado, já que a lei menciona as 'razões invocadas' para o arquivamento no art. 28. Pode ocorrer, porém, um pedido implícito de arquivamento, como, por exemplo, na manifestação de que a prova coligida não autoriza estabelecer a participação de um indiciado na prática do crime, ou de que considera o juiz incompetente, recusando-se a oferecer a denúncia.
>
> Nesta última hipótese, discordando o juiz da manifestação do Ministério Público, tem-se recomendado a aplicação, por analogia, do art. 28 do CPP, encaminhando-se os autos ao Procurador-geral para preservar a titularidade da ação penal pública.

Quanto ao pedido de arquivamento implícito em que o Promotor de Justiça deixa de incluir na denúncia algum fato típico ou omite na referida peça o nome do co-autor indiciado, sem expressa declaração das razões pelas quais assim procede, tem-se dito que o despacho do juiz, recebendo a denúncia, acarretaria preclusão processual, impedindo o aditamento da denúncia sem novas provas (Súmula n. 524). Entretanto, como pondera José Antônio Paganella Boschi, como o art. 28 se refere às 'razões' do pedido de arquivamento e o art. 569 permite que as omissões da denúncia ou queixa possam ser supridas a qualquer tempo, tal construção doutrinária não encontra o devido amparo legal. Assim, a preclusão só existe quando houver pedido expresso de arquivamento ou quando for proferida a sentença sem que a tenha aditado o seu prolator até a decisão. Aliás, com a vigência da Constituição de 1988, que determina sejam fundamentadas as decisões judiciais (art. 93, IX e X), afasta-se a possibilidade do reconhecimento de um arquivamento implícito, ou seja, sem requerimento do Ministério Público e sem decisão expressa e fundamentada da autoridade judiciária competente." (*in Processo Penal*, 15ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 101/102)

E recolhe-se na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça os seguintes precedentes:

"Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crimes contra a ordem tributária e quadrilha. Aditamento à denúncia. Súmula n. 524-STF. Inaplicabilidade. Ofensa ao princípio do promotor natural. Não-ocorrência. Trancamento de ação penal em curso. Impossibilidade. Ausência de justa causa não demonstrada. Recurso a que se nega provimento.

1. O oferecimento de denúncia em desfavor de alguns dos indiciados ou investigados em inquérito não implica em pedido de arquivamento implícito em relação aos demais, mas tão-somente indica não ter vislumbrado o membro do *Parquet*, naquele momento, a presença de materialidade e indícios suficientes de autoria convergentes para os não-denunciados.

2. Pode o Ministério Público aditar a denúncia, até a sentença, incluindo co-réu no rol dos denunciados, à luz do art. 569 do CPP, desde que presentes os requisitos do art. 41 do diploma adjetivo penal.

3. Não há falar em ofensa ao princípio do promotor natural apenas pelo fato de ser o subscritor do aditamento à denúncia diverso do signatário da inicial acusatória, sendo necessária a demonstração inequívoca de 'lesão ao exercício pleno e independente das atribuições do *Parquet*' ou 'possível manipulação casuística ou designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça a deixar entrever a figura do acusador de exceção',

o que não se verifica *in casu*. (HC n. 12.616-MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 05.03.2001, p. 241)

4. O trancamento da ação penal por esta via justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, o que não ocorre na hipótese dos autos. Precedentes.

5. Recurso a que se nega provimento." (RHC n. 17.231-PE, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, *in* DJ 10.10.2005, nossos os grifos)

"Penal. Processual. Peculato. Arquivamento. Justa causa. Trancamento. *Habeas corpus*. Recurso.

1. O silêncio do Ministério Público em relação a acusados cujos nomes só aparecem depois em aditamento à denúncia não implica em arquivamento quanto a eles. Só se considera arquivado o processo com o Despacho da autoridade judiciária. (CPP, art. 18)

2. Adicionar numa denúncia nomes de pessoas imputando-lhes co-autoria de crime sem descrever sequer de forma sucinta a conduta delitiva atribuída aos acusados, inviabilizando, portanto, a avaliação correta da existência ou não de um crime em tese a apurar, configura evidente constrangimento ilegal, reparável por *habeas corpus*.

3. '*Habeas corpus* recebido como Substitutivo de Recurso Ordinário; ordem concedida para trancar a ação penal por falta de justa causa." (HC n. 1.268-SP, Relator Ministro Edson Vidigal, *in* DJ 14.09.1992, nossos os grifos)

Outro não foi, neste ponto, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Jair Brandão de Souza Meira:

"Com efeito, prescreve a Súmula n. 524-STF: 'Arquivado o inquérito policial, por despacho do Juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.' (Sem grifos no original)

E os impetrantes fundam-se nesse preceito, para defender a tese da impossibilidade, no caso concreto, do aditamento à denúncia, com a conseqüente abertura de ação penal contra o ora paciente.

Interpretando o mandamento, tem-se que, arquivado o inquérito, embora essa decisão não produza coisa julgada, pois tomada *rebus sic stantibus*, somente poderá a autoridade policial efetuar novas diligências a respeito do fato que foi objeto do procedimento arquivado diante da notícia da existência de novas provas.

Entretanto, só se considera arquivado o inquérito com o despacho do Juiz, ante o requerimento do órgão do Ministério Público. Certo é que pode haver também pedido implícito, quando o representante ministerial deixa de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem expressa manifestação ou justificação nesse sentido.

Igualmente, há pedido implícito com a declaração expressa de que a prova coligida não autoriza a denúncia contra um dos indiciados ou por um dos delitos a ele imputado requerer diligência a respeito e, ainda, quando o Ministério Público não oferece denúncia por entender que o Juízo é incompetente, hipótese em que deverá ser aplicado o art. 28 do Código de Processo Penal.

Há que se registrar, porém, que em todas as hipóteses, seja o pedido explícito ou implícito, o arquivamento dependerá de despacho da autoridade judiciária, ou seja, somente se considera efetivado com o referido despacho.

No caso em exame, embora o *Parquet* tenha se quedado silente quanto ao ora paciente, não o incluindo na prefacial acusatória, o que poderia implicar em arquivamento implícito, não vejo evidenciada essa figura, pois não houve despacho do Juízo nesse sentido.

Nesse sentido, a jurisprudência desse egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> Penal. Processual. Peculato. Arquivamento. Justa causa. Trancamento. *Habeas corpus*. Recurso.
>
> 1. O silêncio do ministério público em relação aos acusados cujos nomes só aparecem depois em aditamento a denúncia não implica em arquivamento quanto a eles. Só se considera arquivado o processo com o despacho da autoridade judiciária. (CPP. art. 18)
>
> 2. Adicionar numa denúncia nomes de pessoas imputando-lhes co-autoria de crime sem descrever sequer de forma sucinta a conduta delitiva atribuída aos acusados, inviabilizando, portanto, a avaliação correta da existência ou não de um crime em tese a apurar, configura evidente constrangimento ilegal, reparável por *habeas corpus*.
>
> 3. *Habeas corpus* recebido como substitutivo de recurso ordinário; ordem concedida para trancar a ação penal por falta de justa causa. (HC n. 1.268-SP; DJ 14.09.1992; p. 14.979; Relator Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma). (Sem destaque no original)

Por outro lado, como é sabido, a denúncia é uma peça suscetível de modificação pelo seu autor, o dominus littis, e, no caminhar da respectiva ação penal podem surgir situações que levem à alteração da dita peça. *In casu*, entendeu o Ministério Público requerer a inclusão de Alexandre Tadeu Rabelo Lemos na denúncia, pretensão acatada pelo Magistrado, obedecidas as formalidades penais pertinentes.

O aditamento sobreveio ao encerramento da instrução probatória, quando tornou-se evidente o envolvimento do ora paciente na ação delitiva, justificando-se plenamente o aditamento à denúncia, salientando, mais uma vez, que em nenhum momento foi determinado o arquivamento do inquérito.

Afastada, pois, a incidência da Súmula n. 524 do Pretório excelso, bem como do art. 43, inciso III, parte final, do Código de Processo Penal, invocados pela impetração." (Fls. 87/89)

Em inexistindo, com efeito, arquivamento do inquérito, cabível, à luz dos arts. 384 e 569 do Código de Processo Penal, o aditamento da acusatória inicial, antes de editada a sentença final, para inclusão de co-réu, dês que ajustada ao art. 41 do Código de Processo Penal, estatuto da sua validade, questão essa não objeto do presente pedido de *habeas corpus*.

Passo seguinte, em qualquer fase do processo, o Juiz, reconhecendo a sua incompetência, há de declará-la, remetendo os autos da ação penal ao Juízo competente, previamente intimadas as partes, por cabível recurso em sentido estrito.

No Juízo competente, admitida a declinatória, prosseguirá o processo, com a ratificação, quanto aos fatos criminosos, e retificação, quanto à sua classificação jurídica, da denúncia, e seu aditamento, se for o caso, pelo Ministério Público, seguindo-se, após o recebimento do aditamento eventual, a ratificação dos atos processuais não decisórios, incluidamente, o recebimento da denúncia, como é da letra dos arts. 108, § 1º, 581, inciso II, e 567, todos do Código de Processo Penal, *verbis*:

"Art. 108. (...)

§ 1º Se, ouvido o Ministério Público, for aceita a declinatória, o feito será remetido ao juízo competente, onde, ratificados os atos anteriores, o processo prosseguirá."

"Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

(...)

II - que concluir pela incompetência do juízo"

"Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente."

Assim, o aditamento, enquanto fato acrescido à denúncia, e o seu recebimento, enquanto despacho judicial, ressentem-se da atribuição do membro do Ministério Público, o primeiro, e da competência do Juiz, o segundo, o que produz a sua nulidade, a que, a meu juízo, não servem de sanatória o recebimento da denúncia pelo Juízo do Júri, nem a intimação posterior do membro do Ministério Público com atribuição, por função do indisponível *due process of law*.

Por fim, não desconheço o precedente do Excelso Supremo Tribunal Federal, citado pelo Ministério Público Federal, no sentido da rejeição do princípio do Promotor Natural (HC n. 67.759-RJ, Relator Ministro Celso de Mello, *in* DJ 1º.07.1993), mas sigo afirmando a garantia constitucional do Promotor Natural, em nada me contrapondo, nesse passo, à jurisprudência desta Corte (RHC n. 16.144-MA, da minha Relatoria, DJ 25.04.2005, e RHC n. 11.821-DF, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 18.11.2002), nem substancial doutrina.

Ouça-se, a propósito, Paulo Rangel:

"O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) de ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado Promotor de encomenda para esse ou aquele caso.

(...)

O princípio está expresso na sistemática constitucional vigente, pois, se não haverá juiz ou Tribunal de exceção e se ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (cf. art. 5º, XXXVII e LIII, respectivamente, da CRFB) é porque o promotor de justiça (ou Procurador da República) que funciona junto ao juízo ou vara respectiva tem que estar, previamente, investido das atribuições inerentes àquele órgão de execução".

(...)

A ação penal é privativa do Ministério Público (art. 129, I, da Carta Magna); portanto, o indivíduo tem a garantia de somente ser processado pelo órgão do Ministério Público com a atribuição delimitada em lei. Não basta ser o Ministério Público, mas sim, e, necessariamente, seu órgão de

execução (art. 7º, IV, da Lei n. 8.625/1993) com o atributo previsto em lei para a prática do ato: atribuição.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em sua excelente obra denominada O Ministério Público no Processo Civil e Penal, define, com a elegância que lhe é peculiar, o princípio do Promotor Natural. Diz o mestre:

> O princípio do promotor natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá oficiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei, vedado, em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas aos quadros do *Parquet*. (Rio de Janeiro: Forense, 5 ed., p. 51)

O princípio, assim, é inerente ao devido processo legal, pois não se admite que alguém seja privado de sua liberdade e/ou de seus bens sem que o órgão responsável pela acusação tenha a garantia de fazê-lo com independência necessária para repelir toda e qualquer ingerência indevida à sua atuação." (*in Direito Processo Penal*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 34/35)

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus*, para declarar nulo o aditamento à denúncia, o seu recebimento e a sua ratificação, determinando que se abra vista ao Ministério Público, com atribuição na Vara do Júri, para que se manifeste como entender de direito.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 46.854-SP (2005/0134145-5)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Impetrante: Carlos Jacinto Pellegrino — Procuradoria da Assistência Judiciária
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Sidney Marcelino de Oliveira (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Roubo com emprego de arma de brinquedo. Aumento de pena. Revogação da Súmula n. 174-STJ.

1. O emprego de arma de brinquedo não caracteriza a causa de aumento prevista no § 2º, inciso I do art. 157 do Código Penal.

2. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

3. A imposição de regime mais gravoso, entre os admitidos em lei, requisita, necessariamente, fundamentação específica (Constituição Federal, art. 93, inciso XI).

4. "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula do STF, Enunciado n. 718)

5. "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula do STF, Enunciado n. 719)

6. 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* e, de ofício, corrigir o regime inicial de cumprimento da pena para o semi-aberto, 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), 4 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 04.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, improvendo o apelo de Sidney Marcelino

de Oliveira, manteve a sentença que o condenou como incurso nas penas do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, não obstante o emprego de arma de brinquedo, em acórdão assim ementado:

> "Roubo. Prova. Suficiência. Condenação mantida.
>
> Suficiente o acervo probatório composto por prova oral incriminadora, de rigor a manutenção do decreto condenatório.
>
> Roubo. Arma de brinquedo. Incidência da qualificadora. Entendimento.
>
> A utilização de arma de brinquedo, no roubo, se presta a qualificá-lo, vez que tem caráter intimidativo sobre a vítima que desconhece tal circunstância, a qual vê diminuída sua capacidade de resistir.
>
> Roubo. Momento consumativo. Entendimento.
>
> O entendimento jurisprudencial que vem predominando, inclusive no Pretório Excelso tem como consumado o roubo, tão-só, pela subtração dos bens da vítimas, mediante violência ou grave ameaça, ainda que, em ato contínuo, de imediato, o próprio ofendido detenha o agente e recupere a 'res'.
>
> Roubo qualificado. Regime prisional fechado. Entendimento.
>
> Em se tratando de roubo qualificado, a opção pelo regime fechado mostra-se mais adequada, posto que se enfrenta delito que causa grande abalo ao corpo social, apresentando-se, na atualidade, como maior fonte de sua inquietação." (Fl. 26)

Alega o impetrante que "(...) a condenação do réu, por crime de roubo qualificado por emprego de arma de brinquedo, tornou-se, *data venia*, constrangimento ilegal." (Fl. 3)

Sem pedido liminar e informações prestadas. (Fls. 42/77)

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem, em parecer assim sumariado:

> "*Habeas corpus*. Roubo qualificado pelo uso de arma de brinquedo. Impossibilidade. Decisão em contraposição ao posicionamento do Tribunal Superior de Justiça. Precedentes. Parecer pelo deferimento."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, concedo a ordem de *habeas corpus* impetrada.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, cancelando o Enunciado n. 174 de sua Súmula, firmou entendimento em que a utilização de arma de brinquedo pelo roubador não caracteriza a causa de aumento inserta no § 2º do inciso I do art. 157 do Código Penal.

A propósito, por todos:

> "Penal e Processual Penal. Recurso especial. Revisão criminal. Cabimento. Arts. 621 e 623 do CPP. Art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Roubo. Consumação. Majoração. Tentativa. Pena. Aplicação. Majoração. Arma de brinquedo. Impossibilidade.
>
> I - Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que ele saia da esfera da vigilância do antigo possuidor, bastando que cesse a 'clandestinidade ou a violência'. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).
>
> II - O emprego de arma de brinquedo não acarreta a incidência da majorante do § 2º, inciso I do art. 157 do Código Penal, dado o cancelamento da Súmula n. 174-STJ. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).
>
> Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido." (REsp n. 688.437-SP, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 30.05.2005, nossos os grifos)

In casu, outra foi a conclusão do acórdão impugnado, tal qual se recolhe no seguinte trecho:

> "De outra parte, não há falar-se no afastamento da qualificadora do emprego de arma, sob o fundamento de que não era verdadeira. ('laudo de fls. 47/48)
>
> Com efeito, a utilização de arma de brinquedo, no roubo, se presta a qualificá-lo, vez que tem caráter intimidativo sobre a vítima que desconhece a circunstância, e vê diminuída sua capacidade de resistir." (Fl. 29)

Assim, faz-se imperativo que se exclua o *quantum* correspondente à causa de aumento de pena.

Outrossim, cabe concessão de *habeas corpus* de ofício, para estabelecer o regime semi-aberto como inicial de cumprimento de privativa de liberdade, pois fixado regime mais grave dentre os cabíveis, por só função da gravidade abstrata do delito.

Confira-se o acórdão impugnado:

> "Fica mantido, por fim, o regime fechado.
>
> Isto porque, dado o crescente aumento da criminalidade violenta, a tranqüilidade e a segurança do corpo social devem ser resguardadas, não se olvidando que a hipótese dos autos — roubo qualificado pelo emprego de

arma —, denota maior periculosidade do agente e até falta de desvelo para com a integridade física de outrem e a própria vida humana." (Fls. 30/31)

Pelo exposto, concedo a ordem, para estabelecer a resposta penal em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, como incurso na sanção do art. 157 do Código Penal. Outrossim, concedo *habeas corpus* de ofício para fixar o regime semi-aberto como inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 54.705-RJ (2006/0033078-6)

Relator: Ministro Nilson Naves
Impetrante: Rosane Reis Lavigne — Defensora Pública
Impetrada: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Robson Serra Nunes (preso)

EMENTA

Roubo (figuras qualificadas). Pena-base (aumento além do mínimo). Maus antecedentes (condenação transitada em julgado). Presunção de não-culpabilidade (caso). Duas majorantes (exasperação da pena). Fundamentação (necessidade). Regime de cumprimento (fechado/semi-aberto).

1. O processo criminal em curso não é considerado antecedente criminal em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição.

2. A mera presença de pluralidade de majorantes no crime de roubo, por si só, não conduz ao aumento da pena além do mínimo, sem que seja fundamentada a necessidade da exasperação.

3. O juiz estabelecerá o regime inicial de cumprimento de pena, levando em conta, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, as circunstâncias previstas no art. 59.

4. Tratando-se de paciente primário e possuidor de bons antecedentes, tem o apenado direito a iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado.

5. 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 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), 30 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 30.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Tomo por relatório o do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral Wagner Gonçalves, nestes termos:

> "1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensora Pública Roseane Reis Lavigne, em favor de Robson Serra Nunes, combatendo acórdão unânime, da egrégia Sexta Câmara Criminal do TJ-RJ (fls. 30/34), que negou provimento ao apelo da defesa, corrigindo, no entanto, erro material constante da sentença (fls. 13/19), no que tange às majorações implementadas nas penas-base, o que resultou na redução do *quantum* total, fixado em 9 (nove) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias-multa e ao pagamento de 21 dias-multa, para 8 (oito) anos e 7 (sete) dias de reclusão e ao pagamento de 19 (dezenove) dias-multa.
>
> 2. Insurge-se a impetrante contra o decreto condenatório ratificado pelo acórdão proferido em grau de apelação, no qual restou estabelecido que a elevação da pena-base encontrava-se devidamente justificada em razão do paciente ostentar outra condenação por crime de roubo. Sustenta que o paciente é tecnicamente primário, uma vez que a outra sentença condenatória ainda não transitou em julgado, razão pela qual entende que não deve prosperar tal decisão, em face do princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º, inciso LVII, da CF/1988.
>
> 3. Além disso, a impetrante defende que o aumento de 3/8 para as qualificadoras foi ratificado sem a devida fundamentação, limitando-se os Eméritos Julgadores 'a delinear a configuração das 2 qualificadoras bem como as supostas circunstâncias em que o injusto foi perpetrado, sem trazer

a lume qualquer elemento em concreto hábil a justificar a transposição do patamar mínimo legal'. (Fl. 8 de 1/3)

4. Por último, acrescenta que, com a redução da pena 'far-se-á necessário adequar o regime prisional para inicial cumprimento da pena, nos moldes do art. 33 do Código Penal.' (Fl. 10)

5. Pugna pelo estabelecimento da pena-base no mínimo legal, bem como das qualificadoras, 'haja vista a ausência de elementos aptos a embasarem eventual gravame' (*ibidem*)."

Em conclusão, o parecer foi pela pela denegação da ordem, tendo sido assim ementado:

"HC. Roubo com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes. Pena-base acima do mínimo legal justificada. Adequada análise das circunstâncias judiciais. Maus antecedentes. Majoração resultante da incidência de duas qualificadoras. Mudança de regime desautorizado. Hipótese de indeferimento.

1. Inexiste constrangimento ilegal na aplicação da pena-base acima do mínimo legal, se ao paciente — condenado por roubo duplamente qualificado, transitado em julgado —, foi reconhecido expressamente possuir maus antecedentes, consistente em outra condenação por crime de roubo.

2. Igualmente, não se verifica ilegalidade na exasperação da reprimenda pela evidência de duas majorantes — concurso de agentes e emprego de arma de fogo — eis que, tratando-se de causas especiais de aumento de pena, admite-se a dupla valoração e a exasperação em até a metade, nos termos da previsão legal.

3. Apesar da aplicação da pena-base e a fixação do regime prisional inicial terem por base os mesmos critérios, objetivam desígnios distintos: no primeiro caso, vela-se unicamente pela dosagem da reprimenda; enquanto que, no segundo, pela reeducação do agente e pela segurança da sociedade.

4. Pelo indeferimento do *writ*."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Dispôs assim a sentença no tocante à pena privativa de liberdade e ao regime de seu cumprimento:

"Quanto ao acusado Robson Serra Nunes:

Considerando que o réu já foi condenado anteriormente pela prática do crime de roubo, ostentando maus antecedentes, merece a sanção penal ser exacerbada. Assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal, mais especificamente em 5 (cinco) anos de reclusão e dias-multa à razão do mínimo legal. Em nova operação, majoro a pena em 3/8 (três oitavos) pela incidência de duas qualificadoras, alcançando a pena o total de [6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias]. Considerando o reconhecimento do concurso formal, aumento a reprimenda em 1/6 (hum sexto) levando em consideração que dois patrimônios foram vulnerados pela ação criminosa, acomodando a resposta penal em 9 (nove) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa à razão do mínimo legal. Torno-a definitiva na ausência de outras circunstâncias que possam influir na dosimetria da pena.

E, na forma do art. 33, § 3º, do CP, levando-se em consideração que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado, a pena deverá ser cumprida em regime fechado."

Nesse particular, estabeleceu o acórdão da apelação:

"O pedido de redução do aumento impulsionado nas penas-base, a título das qualificadoras, não é de ser acolhido. Assim é porque a aplicação do aumento mínimo por duas qualificadoras, como pretende a Defesa, importa em se dar tratamento desproporcional e desigual ao agente que, cometendo também um crime de roubo, o faça apenas com uma das cinco causas especiais de aumento de penas. Ao se admitir o aumento mínimo, de 1/3 (um terço), com a presença de mais de uma qualificadora, estar-se-á ferindo, claramente, os princípios da proporcionalidade e da individualização das penas. Além disso, o aumento de 1/3 (um terço) é reservado à hipótese em que esteja presente apenas uma das qualificadoras elencadas no § 2º do art. 157 da Lei Penal. Não há sentido de, em havendo mais de uma qualificadora, se majorar as penas-base em apenas 1/3 (um terço), desprezando as demais como se elas não existissem e transformando as palavras da lei em um amontoado de letras mortas. E mais: se fosse essa a intenção do legislador, não haveria necessidade de se ter estabelecido os patamares mínimo e máximo de aumento pelas qualificadoras. Bastaria, à evidência, a previsão de aumento por patamar único, independentemente do número de qualificadoras. No entanto, o legislador não quis assim. Em razão disso, é de se manter o aumento aplicado na sentença de 3/8 (três-oitavos), que é o que se amolda à presença de duas qualificadoras e às circunstâncias em que o delito foi perpetrado.

Por outro lado, é de se consignar que a sentença recorrida se acha convenientemente fundamentada, com precisa análise e valoração das provas constantes dos autos.

De outro lado, as penas-base, fixadas um pouco acima dos mínimos legais, estão devidamente justificadas, especialmente porque os apelantes já ostentam condenação por crime de roubo. (Fl. 129)

É, no entanto, de se corrigir erro material constante da sentença, no que tange às majorações implementadas nas penas-base. Consideradas estas penas (5 anos de reclusão e 13 dias-multa), o aumento de 3/8 (três oitavos) pelas qualificadoras, e o de 1/6 (um sexto) pelo concurso formal de crimes, as reprimendas ficam acomodadas em 8 (oito) anos e 7 (sete) dias de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa."

Dito isso, três pontos — importantes, a meu juízo — levam-me a conceder a ordem. Primeiro, quanto ao aumento da pena-base; segundo, quanto à exasperação da pena pelo reconhecimento de duas majorantes; terceiro, quanto ao regime de cumprimento da pena. Enfrentemo-los, pois, um a um.

2. Na fixação da pena-base, não poderia a autoridade que prolatou a sentença ter considerado que o réu ostentava maus antecedentes se, ao tempo do cometimento do delito, não contava ele com nenhuma condenação transitada em julgado. Tanto é assim que nada foi computado em sua pena a título de reincidência.

A propósito, o Superior Tribunal firmou o entendimento de que, em razão do princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, não configura maus antecedentes a existência de processos criminais não-findos. Ora, se as condenações se tornaram definitivas após o cometimento do crime que veio a lume nestes autos — e, pelo visto, após a respectiva condenação —, não conta o paciente com maus antecedentes. Nesse sentido, os seguintes julgados da 5ª e Sexta Turmas:

"Penal. Recurso especial. Art. 213, do Código Penal. Estupro. Forma simples. Crime hediondo. Progressão de regime. Processos em curso. Maus antecedentes.

(...)

II - Em respeito ao princípio da presunção da inocência, a simples existência de inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, para exacerbação da pena-base. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ)

Recurso parcialmente provido." (REsp n. 663.659, Ministro Felix Fischer, DJ 16.11.2004)

"Criminal. Estelionato. Majoração da pena-base acima do mínimo. Consideração de inquéritos e processos não findos como maus antecedentes. Impossibilidade. Ausência de comprovação de autoria. Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. Fundamentos não impugnados. Súmula n. 283-STF.

(...)

3. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça referente à impossibilidade de, em respeito ao princípio da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), inquéritos e processos em andamento serem considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base.

4. 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.' (Súmula do STF, Enunciado n. 283)

5. Recurso não conhecido." (REsp n. 278.187, Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 27.08.2001)

3. É de ver, ainda, que a sentença majorou a pena no percentual de 3/8 (três oitavos) pela existência de duas qualificadoras, baseando-se apenas em raciocínio aritmético. Não foi apresentada nenhuma motivação para a exasperação nesse patamar.

Ora, o simples fato de haver pluralidade de majorantes, por si só, não justifica o aumento da pena além do mínimo, sem que seja fundamentada a sua necessidade.

Veja-se a jurisprudência da Casa a respeito de casos assemelhados ao presente, por exemplo, o HC n. 43.898 (DJ 17.10.2005), de minha relatoria, e o HC n. 43.423 (DJ 13.03.2006), de relatoria do Ministro Quaglia Barbosa:

"Roubo (dupla qualificação). Pena (aumento além do mínimo). Juridicamente, não é possível tal aumento quando efetuado somente pelo fato de se tratar de roubo duplamente qualificado. Precedentes do STJ. *Habeas corpus* deferido."

"*Habeas corpus*. Roubo duplamente qualificado. Exasperação. Causas de aumento da pena. Ausência de fundamentação. Constrangimento ilegal configurado.

1. A presença de duas causas de aumento de pena no crime de roubo não gera automaticamente a majoração da pena acima do mínimo previsto no art. 157, § 2º, do CP, necessitando de concreta fundamentação.

2. Ordem concedida de ofício para reduzir o índice de aumento da pena-base para 1/3 (um terço)."

4. Do exposto, em vez de sugerir à Turma que anule a sentença (e também o acórdão) na parte atinente à fixação da pena privativa de liberdade, proponho-me, desde logo, ajustá-la, a pena, ao que ora ficou reconhecido: I - a pena-base não há de ser aumentada, porquanto não há maus antecedentes e II - a dupla qualificação do roubo não autoriza o aumento da pena além do mínimo sem que, para tanto, haja fundamentação idônea. Em conseqüência, há também de ser ajustado o regime de cumprimento da pena diante do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Proponho, então, seja fixada a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, aumentada de um terço — porque, na origem, não se justificou o aumento além do mínimo —, o que perfaz a pena provisória de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. O reconhecimento do concurso formal leva ao aumento da pena de um dos crimes na proporção de 1/6 (um sexto). Assim, proponho seja a pena fixada definitivamente em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

À vista da pena fixada, possível é, juridicamente, o estabelecimento do regime semi-aberto para o cumprimento da pena. Ora, se o regime de cumprimento de pena deve levar em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não havendo antecedentes capazes de aumentar a pena-base, tem o apenado o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado. Afinal, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Sobre o tema já me pronunciei, tendo escrito a seguinte ementa para o HC n. 36.112 (DJ 16.08.2004):

"Pena privativa de liberdade (cumprimento). Regimes (fechado/semi-aberto). Roubo (figuras qualificadas).

1. Quando da fixação da pena, o juiz estabelecerá o regime inicial de cumprimento de pena, levando em conta, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, as circunstâncias previstas no art. 59.

2. Quando as circunstâncias forem favoráveis ao réu, não é lícito ao juiz estabelecer regime pior, tomando em consideração a natureza do crime praticado.

3. Tratando-se de réu primário e de bons antecedentes, daí ter o próprio juiz fixado a pena no seu mínimo, tem o condenado direito a iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado.

4. Precedentes do STJ.

5. *Habeas corpus* deferido."

5. Tal o contexto, concedo a ordem a fim de fixar, em definitivo, a reclusão em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias, em regime semi-aberto, bem como a multa em 15 (quinze) dias-multa.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 12.690-PR (2002/0046598-2)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: Antônio Pellizzetti
Advogado: Antônio Pellizzetti
Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná
Paciente: Olívio Pelentir

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Roubo qualificado. Processo Penal. Argüição de deficiência de defesa técnica na fase de alegações finais. Desídia do advogado constituído. Réu foragido. Nomeação de defensor dativo para a prática do ato. Não apreciação das razões finais ofertadas, fora do prazo, por patrono constituído. Contraditório e ampla defesa assegurados. Prejuízo não demonstrado. Aplicação da Súmula n. 523-STF. Indeferimento do pedido de reinquirição de testemunhas. Alegação de cerceamento de defesa. Improcedência. Nulidade da audiência de oitiva de testemunhas de acusação. Não demonstração. Recurso desprovido.

1. A designação de defensor dativo para a apresentação das alegações finais se deu em virtude de o advogado constituído ter permanecido inerte diante das intimações procedidas pelo Juízo de origem e, notadamente, em razão da impossibilidade de ciência do réu para constituir novo defensor, por se encontrar foragido.

2. A teor do contido na Súmula n. 523-STF, não se comprovando o efetivo prejuízo à defesa, não há como acolher a tese de deficiência de defesa técnica, principalmente no caso, em que se constata o desempenho satisfatório do defensor dativo, que desenvolveu fundamentada argumentação procurando demonstrar a inexistência de provas que autorizassem a condenação do recorrente.

3. O deferimento de diligências na fase do art. 499 do Código de Processo Penal está condicionado à avaliação de sua conveniência, cabendo ao julgador aferir, em cada caso concreto, dentro da esfera de discricionariedade, a real necessidade de sua realização para a formação de sua convicção, não consubstanciando cerceamento de defesa o seu indeferimento, nulidade, ademais, se ocorrente, também de caráter relativo, que deve ser argüida *opportuno tempore*, sob pena de preclusão.

4. No que diz respeito à nulidade decorrente da realização de audiência de inquirição das testemunhas de acusação sem que fosse "assegurada ao paciente a presença, ainda que irregular, de seu defensor constituído nos autos", trata-se de matéria que não foi examinada pelo Tribunal de origem, não podendo esta Corte enfrentá-la, sob pena de supressão de instância.

5. Recurso de *habeas corpus* conhecido em parte, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 6 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

DJ 26.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso ordinário interposto por Olívio Pelentir, condenado como incurso no art. 157, § 2º, I, II e III, do Código

Penal, a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, contra acórdão do extinto Tribunal de Alçada do Paraná que denegou o *writ* ali manejado.

Pretende o recorrente, em síntese, a decretação de nulidade do processo a partir da denúncia, por violação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, decorrente da deficiência técnica das alegações finais formuladas por defensor dativo, bem como pela realização da audiência de inquirição das testemunhas de acusação sem a presença do advogado constituído, e, por fim, em razão do indeferimento do pedido de ouvida de uma nova testemunha e de reinquirição das de acusação na fase do art. 499 do Código de Processo Penal.

Os autos foram a mim redistribuídos em razão da aposentadoria do Ministro Fontes de Alencar.

Prestadas as informações solicitadas à origem, o Ministério Publico Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não vejo como acolher a irresignação.

Adoto, como razão de decidir, os fundamentos do parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria das Mercês de C. Gordilho Aras, nos seguintes termos:

> "Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão prolatado pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que denegou *writ* ali ajuizado em benefício de Olívio Pelentir.
>
> Colhe-se do *in folio* que, nos autos da Ação Penal n. 42/1999, foi o ora paciente condenado pelo Juízo de Direito da Vara Criminal de Matinhos-PR à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, bem como à multa pecuniária de 90 (noventa) unidades diárias, pela prática do crime de roubo qualificado, capitulado no art. 157, § 2º, incisos I, II e III, do Código Penal. (v. sentença condenatória de fls. 59/73)
>
> Não obstante haver sido o advogado constituído pelo réu devidamente intimado para a apresentação das alegações finais, deixou de fazê-lo, no prazo de lei, motivo pelo qual lhe foi nomeado defensor dativo para o oferecimento daquela peça processual. Por isso, quando da prolação da sentença,

o magistrado deixou de apreciar as derradeiras razões posteriormente ofertadas pelo patrono eleito, considerando-as intempestivas e levou em conta as que foram ofertadas pelo causídico designado para a defesa do acusado.

Irresignado, o ora recorrente impetrou o *Habeas Corpus* n. 0187233-3 em face do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, postulando a declaração de nulidade do processo-crime sob o fundamento de ausência do contraditório, com o conseqüente cerceamento de defesa. (Fls. 2/16)

A ordem foi, porém, denegada pela Primeira Câmara Criminal daquela Corte sob o argumento de pretender a defesa se utilizar do remédio heróico como sucedâneo do recurso de apelação. O Tribunal a quo ainda concluiu pela inexistência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, salientando, nesse ponto, a preclusão da matéria referente ao indeferimento da ouvida de testemunhas na fase do art. 499 do Código de Processo Penal. Também considerou acertado o posicionamento do Julgador Singular, ao apreciar as alegações finais do defensor dativo, deixando de fazê-lo no que tange ao advogado constituído pelo réu, não apresentadas dentro do prazo legal.

Por meio do presente recurso ordinário em *habeas corpus*, pretende o ora recorrente ver anulada toda a Ação Penal n. 42/1999, da Comarca de Matinhos-PR, ou a sentença condenatória proferida, aduzindo a ocorrência de cerceamento de defesa, haja vista não terem sido objeto de apreciação as alegações finais por ele oferecidas, nem lhe haver sido assegurada, tampouco, a oportunidade de se fazer presente à audiência de ouvida dos testigos de acusação, seguindo-se o indeferimento do pleito defensivo de reinquirição de testemunhas, por ocasião do prazo do art. 499 do Código de Processo Penal.

São estes, em síntese, os fatos.

A presente súplica não merece provimento.

Ainda que devidamente intimado, por duas vezes, para apresentar as alegações finais defensivas, no curso da Ação Penal n. 42/1999, o patrono do ora recorrente deixou de fazê-lo no prazo legal e mesmo após o seu decurso, tendo o magistrado, por isso, nomeado defensor dativo, de molde a garantir ao réu, foragido, o contraditório e a ampla defesa.

Acerca do tema, esse Augusto Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela ausência de nulidade da nomeação de defensor dativo para a apresentação das alegações finais, nas situações em que o advogado constituído deixa de oferecê-las, mormente estando o réu foragido, sem

condições de ser notificado para a escolha de novo patrono. É o quanto se depreende das ementas a seguir transcritas:

> "Ementa (parcial): recurso ordinário. Nomeação de defensor dativo a réu foragido, cujo patrono constituído omitiu-se na apresentação das alegações finais, apesar de regularmente intimado. Ausência de nulidade.
>
> (...)
>
> Recurso Desprovido." (STJ, RHC n. 9.146, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 22.11.1999). Grifamos.
>
> "Ementa: Processo Penal. Roubo. Nulidade. Inocorrência. Efeito suspensivo. Recurso especial. Permanência do réu em liberdade. Impossibilidade.
>
> Se o Defensor constituído, sem renúncia do mandato, se mostra inerte, apesar de intimado, a nomeação do Defensor Dativo para substituí-lo na fase de alegações finais não acarreta, de pronto, nulidade.
>
> Esgotadas as instâncias ordinárias, nada impede a execução provisória da decisão condenatória.
>
> Ordem denegada." (STJ, HC n. 19.129, Relator: Ministro Jorge Scartezzini, DJU 18.11.2002). Os grifos não são do original.

Por outra parte, como de ciência correntia, no processo penal, só se declara nulidade da espécie relativa como a de que ora se cuida, se ficar demonstrada a efetiva ocorrência de prejuízo para o acusado. É o que se vê dos seguintes julgados dessa Augusta Corte de Justiça:

> "Ementa: Processo Penal. Alegações finais. Nomeação de defensor dativo para apresentar alegações finais, em virtude da omissão do defensor constituído. Nulidade inocorrente. Inexistência de prejuízo. Não há direito subjetivo ao benefício de aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do júri (art. 408, § 2º, do CPP).
>
> Recurso improvido." (STJ, RHC n. 678, Relator Ministro Paulo Costa Leite, DJU 06.08.1990). Grifamos
>
> "Ementa: Processual Penal. *Habeas corpus*. Apresentação de alegações finais. Alegação de defesa deficiente em razão de substituição de defensor público por advogado dativo. Nulidade. Ausência de demonstração. Em tema de nulidades no Processo Penal, é dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não

houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

A ausência ou deficiência de defesa, susceptível de dar causa à nulidade do processo, deve ser suficientemente demonstrada, com objetiva indicação do prejuízo, não merecendo acolhida na hipótese em que o réu foi assistido por defensor dativo.

Inteligência da Súmula n. 523-STF.

Recurso ordinário desprovido." (STJ, RHC n. 11.081, Relator Ministro Vicente Leal, DJU 10.09.2001)

Assim também o patrocínio apontado como insuficiente só macula o processo se houver a demonstração de prejuízo, orientação esta que tem sede, inclusive, na Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor:

'No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.'

Nessa mesma esteira, vem se pronunciando esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante é possível verificar dos arestos de seguintes ementas parciais:

"Ementa: HC. Defensor dativo. Defesa deficiente. Nulidade. Inexistência. Crime de tráfico. Associação. Configuração. Art. 14 da Lei n. 6.368/1976 c.c. o art. 8º da Lei n. 8.072/1990. Dosimetria da pena. Reexame de prova. Inviabilidade.

A ausência de defesa vicia o processo penal de nulidade absoluta, mas sua deficiência só é acatada se houver prova de prejuízo para o réu.

(...)

Ordem denegada." (STJ, HC n. 6.116, unânime, decisão de 02.12.1997, Quinta Turma, Relator: Ministro Cid Flaquer Scartezzini). Os grifos não são do original.

"Ementa: Processo Penal. *Habeas corpus*. Legitimidade do ministério público. Ação penal pública condicionada à representação. Exame de prova. Inadmissibilidade. Deficiência da defesa. Prova do prejuízo.

(...)

A falta de defesa e a defesa deficiente são situações distintas. Nesta, a nulidade processual está condicionada à demonstração do efetivo prejuízo, segundo o *canon pas de nullite sans grief*. Naquela, o prejuízo é presumido pela lei. exegese que se extrai da Súmula n. 523-STF.

(...)

Recurso Desprovido. (STJ, Relator: Ministro Vicente Leal). Destacamos.

Sem dúvida, há diferença entre ter sido o acusado defendido timidamente, sem veemência ou arrojo e, simplesmente, não ter tido defesa, situação a que se compara o desempenho profissional destoado do mínimo razoável ditado pela praxe e pelo bom senso.

Nenhuma das duas hipóteses se configura, porém, no caso dos autos.

Não obstante as considerações do ora recorrente a respeito da atuação do defensor dativo, não esteve o paciente indefeso, no curso do feito criminal a que respondeu, cujo quadro probatório, robusto em prol da pretensão acusatória, desaguou na condenação, sem que o desempenho do seu munus, por aquele causídico nomeado, houvesse contribuído para tal desfecho desfavorável."

Assim, a teor do contido na Súmula n. 523-STF, não se comprovando o efetivo prejuízo à defesa, não há como acolher a tese de deficiência de defesa técnica, principalmente no caso, em que se constata o desempenho satisfatório do defensor dativo, que desenvolveu fundamentada argumentação procurando demonstrar a inexistência de provas que autorizassem a condenação do recorrente.

E continua a manifestação do *Parquet* federal:

"Não merece prosperar, igualmente, a alegativa de violação do contraditório e da ampla defesa, pelo indeferimento de nova ouvida de testemunhas na fase do art. 499, do Código de Ritos.

Embora o patrono do ora Recorrente tenha assinalado a ocorrência de vício processual em razão da denegação daquele pedido, não demonstrou a importância da repetição da prova testemunhal, sendo certo, ademais, cumprir ao Juízo Competente a apreciação da conveniência das diligências requeridas pelas partes.

Sabe-se não constituir direito da parte a realização da diligência postulada, porquanto o magistrado, genuíno destinatário da prova produzida no processo, tem o poder discricionário para decidir acerca da conveniência e da necessidade da pretendida colheita de elementos probatórios, na fase

do art. 499 do Código Penal de Ritos, tendo em mira a verdade real a ser alcançada. Aliás, este é o entendimento esposado por esse Tribunal Superior, conforme se extrai das ementas adiante transcritas:

> 'Ementa: Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Indeferimento de diligências. Discricionariedade do magistrado. Alegação de excesso de prazo. Súmula n. 52-STJ. O deferimento, ou indeferimento, de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP é ato que se encontra incluído no âmbito da discricionariedade do juiz condutor do processo, a quem cabe, destarte, aferir a necessidade, ou não, de acolher-se o requerimento efetuado, não constituindo cerceamento de defesa, suscetível de ataque por *habeas corpus*, o indeferimento motivado de tal pedido, sobretudo em virtude da necessidade de aprofundado exame do quadro fático ensejador da referida recusa por parte do magistrado. "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo" (Súmula n. 52-STJ). Recurso ordinário desprovido.' (STJ, RHC n. 12.562-SP, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJU 17.06.2002)
>
> 'Ementa: Processual Penal. *Habeas Corpus*. Nulidades. Cerceamento de defesa. Art. 499 do CPP. Indeferimento de diligências.
>
> Não configura constrangimento ilegal por cerceamento de defesa o indeferimento de diligências, de forma fundamentada e convincente, que se apresentavam desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo.
>
> *Writ* denegado.' (STJ, HC n. 21.780, Relator: Ministro Felix Fischer, DJU 10.03.2003). Destaques nossos.
>
> 'Ementa: Processual Penal. Fase do art. 499 do CPP. Novo interrogatório. Faculdade do juiz. Indeferimento. Nulidade. Inexistência.
>
> 1. Segundo o dispositivo em causa (art. 499 do CPP) apenas as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução da causa, mediante adequada demonstração, poderão ser objeto de novas medidas instrutoras, *in casu* não devidamente articuladas mediante alegação comprovada ao direito de defesa.
>
> 2. Dentro desta perspectiva, não obstante a previsão dos arts. 196 e 200 do CPP de novo interrogatório, não está o juiz, mediante simples requerimento, no dever de renovar o ato ausente nessa recusa expressão de nulidade.

3. Ordem denegada.' (STJ, HC n. 21.532, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, DJU 02.12.2002)

Desse modo, não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de diligência tida por desnecessária pelo Juízo competente (também neste sentido: STF, HC n. 76.614, DJU 12.06.1998, p. 53).

Omitiu-se o recorrente, por outro lado, de apontar o efetivo prejuízo sofrido pelo réu em razão da negativa da aludida diligência. Como cediço, porém, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, não se declara nulidade, se não resultar prejuízo para a parte. Assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgado de seguinte teor:

'Ementa: Prova. Diligência. Requerimento no prazo do art. 499 do CPP. Indeferimento. Nulidade inexistente. Pedido que não objetivava a acareação, mas a oitiva de testemunhas e realização de exame grafotécnico. Falta, ademais, de demonstração de prejuízo que impõe a aplicação do art. 563 do CPP'."

Quanto ao indeferimento de diligências — ouvida de uma nova testemunha e reinquirição das de acusação, não se trouxe aos autos cópia do respectivo pedido e nem do despacho que o indeferiu, mostrando-se impossível emitir juízo de valor nesta oportunidade.

De qualquer forma, o deferimento de diligências na fase do art. 499 do Código de Processo Penal está condicionado à avaliação de sua conveniência, cabendo ao julgador aferir, em cada caso concreto, dentro da esfera de discricionariedade, a real necessidade de sua realização para a formação de sua convicção, não consubstanciando cerceamento de defesa o seu indeferimento, nulidade, ademais, se ocorrente, também de caráter relativo, que deve ser argüida *opportuno tempore*, sob pena de preclusão.

Além dos precedentes citados, vejam-se:

A - *Habeas corpus*. Penal. Processual Penal. Defensor constituído. Inércia, nomeação de defensor dativo. Nulidade. Inocorrência. Ausência de comprovação de prejuízo. Ordem denegada.

1. Não acarreta nulidade a substituição, em alegações finais, de procurador constituído, que permaneceu inerte diante da intimação, por defensor dativo.

2. É princípio fundamental, no processo penal, a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula n.

523 da Suprema Corte.

3. Ordem denegada." (HC n. 44.354-PB, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJU 05.12.2005)

B - "*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Crime contra a honra. Advogado em causa própria. Nulidade processual. Nomeação de defensor dativo. Alegações finais.

Embora o réu tenha direito de ser defendido por advogado de sua livre escolha e confiança, pode o Juiz nomear-lhe defensor, ainda que somente para oferecimento de alegações finais, se o constituído deixa de fazê-lo no prazo legal, tendo em vista que segundo norma inserta no art. 265, parágrafo único, do Código de Processo Penal, nenhum ato do processo será adiado pelo não comparecimento do defensor, mesmo que motivado, devendo o Juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.

Demais disso, as alegações finais da defensora nomeada, conforme determinação judicial, somente foram ajuizadas após vencido o prazo para o defensor constituído." Ordem denegada." (HC n. 36.868-SP, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 11.10.2004)

C - *Habeas corpus*. Extorsão mediante seqüestro, com resultado morte, e porte ilegal de arma. Réu revel. Prisão. Reinquirição das testemunhas. Faculdade do magistrado.

1. O réu revel, interrogado fora do tempo processual próprio, e com a instrução criminal já encerrada, não tem direito à apresentação de nova defesa prévia, nem à produção de nova prova testemunhal, mormente se o patrono constituído produziu todos os depoimentos tidos por necessários.

2. Constitui faculdade judicial, e não direito subjetivo das partes, a reprodução da prova testemunhal após a prisão do réu revel. (Intelecção dos arts. 209 e 502 do Código de Processo Penal)

3. Ordem denegada." (HC n. 25.123-RJ, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU 27.06.2005)

No que diz respeito à nulidade decorrente da realização de audiência de inquirição das testemunhas da acusação sem que fosse "assegurada ao paciente a presença, ainda que irregular, de seu defensor constituído nos autos", trata-se de a matéria que não foi examinada pelo Tribunal de origem, não podendo esta Corte enfrentá-la, sob pena de supressão de instância.

Ainda assim, impõe-se transcrever também a ponderação do parecer ministerial:

"Noutro giro, sustenta o recorrente não ter sido assegurada a sua presença na audiência de ouvida das testemunhas de acusação.

Ele próprio reconhece, no entanto, nas alegações finais que apresentou (v. fl. 43), que, no curso da instrução processual, quando da audiência de inquirição dos testigos arrolados pelo Ministério Público, a defesa do ora paciente estava, ainda, sendo exercida por outro profissional, razão por que não poderia, mesmo, ter participado daquele ato processual, que foi regularmente realizado, não havendo falar, portanto, em nulidade.

Não obstante salientar o ora recorrente que a defesa de Olívio Pelentir foi patrocinada por advogado de co-réu com interesses conflitantes com os do ora paciente, não traz aos autos elementos capazes de demonstrar tal alegação."

Pelo exposto, conheço em parte do recurso, mas lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.307-SC (1998/0077140-9)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrentes: Domingos Saturninho Antônio e outros
Advogados: Paulo Leonardo Medeiros Vieira e outro
T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Impetrado: Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina
Recorrido: Estado de Santa Catarina
Advogados: Osmar José Nora e outros

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Subtenentes. Gratificação Complementar de Remuneração Paritária concedida aos oficiais. Direito de equiparação. Impossibilidade. Postos distintos.

1. Os subtenentes, ao passarem para a inatividade, não obstante terem obtido majoração no valor do soldo, não foram promovidos a Oficiais e, por isso mesmo, não fazem jus às vantagens próprias da patente, dentre elas, a Gratificação Complementar de Remuneração Paritária, instituída pelo art. 10 da Lei n. 9.487/1995, regulamentada

pela LC n. 137/1995, aos titulares dos postos de Coronel, Tenente Coronel, Major, Capitão, Tenente e Aspirante da Polícia Militar de Santa Catarina. Precedentes.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJ 26.03.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso em mandado de segurança, interposto por Domingos Saturninho Antônio e outros, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que denegou o *mandamus* impetrado contra o Comandante Geral da Polícia Militar, em que se requeria a extensão aos Subtenentes da gratificação complementar de remuneração paritária concedida aos 2º Tenentes da Polícia Militar de Santa Catarina.

Alegam o recorrentes, em síntese, que, como Subtenentes, ao passarem para a reforma, tiveram seus proventos equiparados aos de 2º Tenentes, razão pela qual teriam direito à perceberem a gratificação complementar de remuneração paritária.

Sustentam que tal gratificação foi concedida aos titulares das patentes de Coronel, Tenente Coronel, Tenentes e Aspirantes, pelo art. 10 da Lei n. 9.847/1995, regulamentada pela LC n. 137/1995 e que, devido ao princípio da isonomia, os recorrentes, como percebem os soldos de Tenente teriam também direito à esta gratificação.

Aduzem que a gratificação complementar de remuneração paritária não se trata exatamente de uma gratificação, mas de um reajuste de vencimento que, por esta natureza, deveria ser estendido à todos os policiais militares.

Em contra-razões, o recorrido pugna pela manutenção do aresto combatido.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão tratada no processo não é nova nesta Corte.

Trata-se de saber se a gratificação complementar de remuneração paritária, concedida pelo Estado de Santa Catarina, pela Lei n. 9.487/1995, regulamentada pela LC n. 137/1995 aos titulares dos postos de Coronel, Tenente Coronel, Major, Capitão, Tenente e Aspirante, deve ser estendida aos Subtenentes que, ao passarem para reserva, tiveram seus vencimentos equiparados aos de 2º Tenentes.

Nesse sentido, trago diversos precedentes desta Corte, que já pacificaram a matéria:

> "Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Militares. Subtenente reformado. Proventos calculados com base no soldo do Segundo Tenente. Inexistência de promoção. Gratificação Complementar de Remuneração Paritária.
>
> 1. Os Subtenentes da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, ao passarem à reserva remunerada, não são promovidos ao posto de Segundo Tenente, nem têm direito à percepção de proventos de Segundo Tenente, mas, sim, ao cálculo de seus proventos sobre o soldo correspondente ao posto de Segundo Tenente.
>
> 2. Precedentes.
>
> 3. Recurso improvido." (RMS n. 11.769-SC, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 22.09.2003)
>
> "Constitucional. Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Servidor militar. Subtenentes na reserva remunerada. Extensão da Gratificação Complementar de Remuneração Paritária concedidas à segundos-tenentes.
>
> 1. Os vencimentos, proventos e soldos são regulados por lei (Leis Estaduais ns. 5.645/1979, arts. 3º, 4º, 5º, 80, 84 e 87; e 6.218/1983, art. 50, § 1º, inciso III). Os Subtenentes apenas recebem, quando passam para a inatividade, o soldo de Segundo-Tenente.
>
> 2. Gratificação concedida aos oficiais (Segundos-Tenentes), não pode ser, pelo princípio constitucional da isonomia (art. 40, § 4º, da CF) a eles

estendidas, porquanto seria o mesmo que promovê-los, sendo constitucionalmente vedada tal atribuição ao aplicador da lei.

3. Precedente. (RMS n. 9.487-SC)

4. Recurso que se nega provimento." (RMS n. 9.951-SC, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 03.11.1999)

"Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Subtenentes reformados. Proventos equivalentes ao soldo de Segundo-Tenente. Gratificação Complementar de Remuneração Paritária.

1. A legislação estadual não confere vantagens inerentes ao posto de 2º Tenente para os Subtenentes e Sargentos reformados. Somente foi conferido o direito de proventos calculados com base no soldo do grau imediatamente superior. Os recorrentes não foram inativados como Segundo-Tenente, motivo pelo qual não têm direito a perceber as vantagens correspondentes a este grau hierárquico, como é o caso da gratificação complementar de remuneração paritária, prevista na Lei n. 9.847/1995.

2. Recurso em mandado de segurança improvido." (RMS n. 11.022-SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 22.05.2000)

"Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Subtenentes reformados. Proventos calculados sobre o soldo de Segundo-Tenente. Gratificação não extensível.

O fato de ser o soldo do subtenente, ao passar para a reserva remunerada, correspondente ao percebido pelo 2º tenente, não leva à conclusão de que vantagem específica prevista para o posto paradigma, a Gratificação Complementar de Remuneração Paritária (Lei Estadual n. 9.847/1995), deva ser estendida aos subtenentes.

Recurso desprovido." (RMS n. 11.041-SC, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 25.10.1999)

Ressalto, por oportuno, que o direito do militar à equiparação com soldo correspondente ao grau hierarquicamente superior, quando este é transferido para a reserva, não tem o condão de englobar outras vantagens ou gratificações próprias da patente, porquanto tal equiparação na reserva não possui o poder de transferir à patente superior o militar que passa para a reserva.

No presente caso, os recorrentes eram Subtenentes e, ao passarem para a inatividade, a despeito de terem obtido majoração no valor do soldo, não foram promovidos a Oficiais e, por isso mesmo, não fazem jus às vantagens próprias da patente, dentre elas, a Gratificação Complementar de Remuneração Paritária.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 194.029-SP (1998/0081690-9)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrentes: Ady Alves Pereira Viranda e outros
Advogados: Roberto Ferreira Rosas e outros
Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo

EMENTA

Processo Civil. Ação declaratória. *Querela nullitatis*. Cabimento. Litisconsórcio unitário. Ausência de citação de todos os réus.

É cabível ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*), para se combater sentença proferida, sem a citação de todos os réus que, por se tratar, no caso, de litisconsórcio unitário, deveriam ter sido citados.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, acompanhando o voto da Srª. Ministra-Relatora, e os votos dos Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti, no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJ 02.04.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial, interposto por Ady Alves Pereira Viranda e outros, com fundamento no art. 105, III, **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que restou assim sintetizado:

> "Ação declaratória. Objeto restrito às hipóteses previstas no art. 4, I e II, do CPC. Anulação de acórdão proferido em ação rescisória. Impossibilidade. Desrespeito à coisa julgada. Indeferida a inicial."

Exsurge dos autos que a recorrida ajuizou, em 13 de outubro de 1988, ação rescisória contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou procedente o pedido dos recorrentes, funcionários públicos aposentados, para condenar a Fazenda do Estado de São Paulo, ao pagamento de adicionais de forma cumulativa.

Na referida rescisória foi determinada a citação dos réus, a qual foi realizada, tendo estes apresentado contestação.

Em preliminar, foi argüida nulidade pela falta de citação de alguns réus.

Julgando a rescisória, o Tribunal paulista entendeu ser a Fazenda do Estado de São Paulo carecedora de ação, razão pela qual deixou de apreciar a preliminar de falta de citação, bem como o mérito da demanda.

Destarte, a Fazenda interpôs recurso especial, que restou provido, com a finalidade de determinar que o Tribunal *a quo* proseguisse no julgamento da rescisória, afastando a carência de ação.

Retornando os autos ao Tribunal de Justiça de São Paulo, foi colhido parecer do Ministério Público que opinou pela extinção do feito, porquanto não foram citados todos os réus para ação rescisória, citação esta que se fazia fundamental, em virtude do litisconsórcio unitário da demanda.

Levada a ação a julgamento, foi ela provida em parte, deixando o Tribunal Bandeirante de analisar a preliminar de falta de citação de alguns réus.

O acórdão proferido na ação rescisória transitou em julgado em 20 de junho de 1995.

Irresignados, os recorrentes ajuizaram, perante o Tribunal *a quo*, ação declaratória de nulidade, com o objetivo de ver declarada a nulidade absoluta existente no julgamento da citada ação rescisória, consubstanciada na falta de citação de 15 réus.

Julgando a referida ação declaratória, o Tribunal paulista entendeu que era incabível a presente ação declaratória pois, caso os recorrentes tivessem ficado insatisfeitos com a nulidade na rescisória, deveriam ter se insurgido com o recurso adequado no momento oportuno, não cabendo tal desiderato em sede de ação declaratória de nulidade.

Interposto o presente recurso especial, pela alínea **c** do permissivo constitucional, foi ele inadmitido pelo eminente 4º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Contra essa decisão, os recorrentes interpuseram agravo de instrumento para esta colenda Corte que restou provido, em decisão do ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, para que o agravo fosse reautuado como recurso especial.

Colhida a manifestação do Ministério Público, este opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Manejado apenas alínea **c**, o recurso especial trouxe como paradigma, acórdão semelhante à presente hipótese, qual seja o REsp n. 7.556-RO, realizando o devido confronto analítico, nos moldes do que determina o art. 255, do RISTJ. Com efeito, no acórdão divergente, a egrégia Terceira Turma expressamente entendeu ser cabível o ajuizamento de ação declaratória para declarar a nulidade ocorrida em ação rescisória, qual seja, aquela decorrente da falta de citação.

Compatibilizado o confronto analítico, passo a analisar a questão de fundo.

Dessa feita, o cerne da controvérsia cinge-se em saber se é cabível o ajuizamento de ação declaratória, junto a Tribunal de Justiça, para declarar a nulidade, por falta de citação, ocorrida em sede de ação rescisória, intentada perante tal Tribunal.

Nesse sentido, por primeiro, oportuno transcrever o que dita o art. 214, *caput*, do Código de Processo Civil:

"Para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu."

Não é por demais, ressaltar que a citação é, ainda, pressuposto processual de existência, que tem por escopo formar por completo a relação jurídica processual.

Dessa forma, para o desenvolvimento regular e válido do processo, indispensável se torna a citação do réu, sem a qual, é inexistente a lide.

In casu, trata-se de ausência de citação de 15 réus, para responder à ação rescisória que, obrigatoriamente, deveriam ter sido citados, pois todos foram alcançados pela sentença rescindenda. Tem-se, portanto, litisconsórcio unitário, de formação obrigatória e que resulta numa mesma decisão a todos os réus.

Assim, na palavras de Nelson Nery Junior "a sanção para a parte que não providencia a citação do litisconsorte necessário ou unitário, no prazo assinado pelo juiz, é a extinção do processo sem julgamento do mérito." (*Código de Processo Civil Comentado*, 7ª ed., Editra Revista dos Tribunais, p. 415)

Contudo, o Tribunal *a quo*, transpôs esta barreira e julgou o mérito da ação rescisória, afastando-se da preliminar de nulidade do processo.

Transitada em julgado essa decisão, cabe, nesse momento, definir a possibilidade de, em ação declaratória, argüir-se a nulidade do processo por falta de citação ou, mais precisamente, por falta de citação de alguns litisconsortes.

A doutrina, de há muito, já consolidou a existência da querela nullitatis, no direito processual brasileiro. Tal figura tem por finalidade corrigir vícios formais que se apresentam no processo, tornando nula a sentença, sobretudo no que se refere à falta ou à nulidade da citação.

O festejado mestre Pontes de Miranda, citado pelo Ministro Waldemar Zveiter, no REsp n. 12.586-SP, abordando a questão da possibilidade de se declarar nula sentença proferida com falta ou nulidade na citação, assim ensinava:

> "'(...) A sentença proferida em processo, em que não houve citação, nem o réu compareceu, ou a citação foi nula e revel foi o réu, é sentença nula de pleno direito, e não só rescindível. Por isso mesmo, o revel é autorizado a pedir-lhe a decretação da nulidade, fora da ação rescisória, nos simples embargos do devedor; ou, antes em actio nullitatis, ou em exceptio nullitatis." (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, p. 102)

Coadunando-se com a doutrina do mestre alagoano, esta Corte também expressamente tem admitido o uso da querela nullitatis (ou ação declaratória de nulidade):

> "Quanto à ação correta para a declaração da nulidade da citação — se declaratória ou rescisória —, esta Corte já se pronunciou no sentido da admissibilidade da ação declaratória de nulidade, com o escopo de buscar o reconhecimento da falta ou nulidade de citação.
>
> Por não produzir nenhum efeito, a sentença nula por falta ou defeito de citação, pode ser assim declarada a qualquer tempo e por meio de qualquer via judicial, no próprio juízo onde foi prolatada.

> O sustentáculo da *querela nullitatis* está em que, no processo nulo, a sentença não produz qualquer efeito, sendo que a nulidade retroage à data em que ocorreu." (REsp n. 459.351-SP, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 16.06.2003)

Feita essa digressão acerca da ação declaratória de nulidade, resta saber se pode ela ser utilizada nos casos de ausência de citação de alguns réus, quando houver litisconsórcio unitário.

Para tanto, mister trazer lição de Chiovenda, citado por Ovídio Batista dos Santos, em artigo publicado na revista Forense, vol. 333 que, com acuidade, tratava da nulidade da sentença proferida sem a formação correta do litisconsorte unitário:

> "Tentemos compreender o verdadeiro sentido dado por Chiovenda ao que ele denominava sentença inutiliter data, nos casos de não integração regular de um litisconsórcio necessário.
>
> Como é sabido, Chiovenda, tratando do litisconsórcio, ensinava: *"Si può dire che l'impossibilità giuridica di pronunciare separatamente rispetto a più, si ha quando la sentenza resa rispetto a un solo fra i più non ha per sè alcun valore, inutiliter datur."* (*Saggi di diritto processuale civile*, ed. de 1993, Giuffrè, 2º vol., p. 436)
>
> Em outra passagem do ensaio, diz Chiovenda: "*Si più sono soggetti all'effetto giuridico, nel senso che questo deve prodursi necessariamente di fronte a più persone insieme, queste sono naturalmente litisconsorti necessari nel relativo giudizio: perchè in giudizi separati avremmo altrettante sentenze nessuna delle quali produce l'effetto giuridico voluto, che tutte inutiliter dantur*." (p. 444)
>
> Ora, uma sentença inútil será aquela despida de qualquer efeito. Na verdade, equivalerá a uma sentença inexistente, quanto a sua eficácia, posto que inteiramente inoperante frente ao terceiro não convocado para integrar a demanda (e, segundo Chiovenda, totalmente ineficaz perante as próprias partes).
>
> (...)
>
> A sentença, disse-o Chiovenda, emanada de processo sem formação regular de um litisconsórcio necessário, é inútil, ou inutilmente dada."

Assim, nas palavras de Chiovenda, sendo a sentença nula por ausência de citação de todos os litisconsortes, resta idêntica a conclusão desta com aquela proferida por ausência ou nulidade da citação de um único réu: ambas são nulas.

E, desse modo assentado, outra não é a saída senão o ajuizamento de ação declaratória de nulidade, para ver expungido do cenário jurídico sentença eivada de nulidade.

Para delimitar a questão, trago, ainda, à colação trecho do voto proferido pelo ilustre Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp n. 97.928-RJ, que, em questão idêntica, com brilhantismo elucidou a matéria:

> "No caso sustenta-se, porém, que a hipótese seria de litisconsórcio e, ao que se conclui da exposição, não apenas necessário, mas unitário.
>
> (...)
>
> O caso, a rigor, não seria propriamente de nulidade, mas de ineficácia. Desnecessário, quanto a isso, maiores indagações doutrinárias, tendo em vista o disposto na parte final do *caput* do art. 47 do Código de Processo Civil. E admitido que se trate de litisconsórcio necessário, em razão de ser unitário, a ineficácia é absoluta, ou seja, em relação também a quem foi parte no processo, já que incindível a decisão, que não poderá operar em relação a um e não em relação a outro.
>
> Sendo ineficaz a sentença a sentença, inutiliter data, como se afirma comumente, não há necessidade de ação rescisória. O cabimento dessa, aliás, é que seria duvidoso. Como observa Dinamarco, a sentença dada em tais circunstâncias "não projetou para fora do processo e sobre a vida dos sujeitos que dele participaram, o pretendido efeito de declarar, de constituir de condenar; nem o de declarar negativamente, como ocorre na maioria dos casos de improcedência da demanda proposta". Daí que, prossegue o mesmo autor, não adquiriu a autoridade de coisa julgada que incide exatamente sobre esses efeitos (Litisconsórcio, Malheiros, 3ª ed p. 293). Nem seria de admitir-se que o decurso do prazo de dois anos pudesse conduzir a fazer eficaz tal sentença.
>
> Perfeitamente possível a ação declaratória de nulidade ou de ineficácia, necessária no caso, pois não seria dado ao autor simplesmente ignorara a sentença." (REsp n. 97928-RJ, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 29.10.1996)

Não há dúvidas de que, tanto na ausência ou nulidade da citação, como na ausência de citação de alguns réus que, por se tratar de litisconsórcio, deveriam ter sido citados, a solução é a mesma: pode ser ajuizada ação declaratória, com a finalidade de ver anulada a sentença proferida sem observância das formalidades essenciais para o desenvolvimento regular e válido do processo.

Como toque final, convém, ainda, transcrever trecho do acórdão trazido como paradigma:

> "Efetivamente, nulo o processo, por falta ou nulidade decitação, não se requer o ajuizamento de ação, tendente a rescindir a sentença. Basta reconhecer e declarar a nulidade, o que pode ser feito em ação declaratória, a isso dirigida, ou mesmo em embargos à execução. (CPC, art. 741, I)." (REsp n. 7.556-RO, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 02.09.1991)

De todo o exposto, não há como deixar de se reconhecer a possibilidade de ajuizamento de ação declaratória para atacar nulidade decorrente da falta de citação de todos os litisconsortes unitários.

Assim não fosse, tais litisconsortes, que são alcançados pela decisão da rescisória, seriam imensuravelmente prejudicados, pois não participaram da relação jurídica e se viram afetados pela decisão. E não se diga que deveriam ter recorrido desta decisão, pois tal recurso sequer era viável pela impossibilidade técnica de fazê-lo, ante a ausência destes da da lide.

Dessa forma, tenho que a solução adequada, técnica e justa para resguardar esses litisconsortes, que não participaram da relação, é o ajuizamento de ação declaratória com a finalidade de verem anulado o processo que, à revelia deles, foi decidido, repercutindo diretamente em suas esferas jurídicas.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou provimento, para determinar o prosseguimento da ação declaratória, ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nilson Naves: Discute-se sobre a admissão da ação declaratória de nulidade em caso de citação defeituosa. São indicados pela Relatora precedentes da Terceira Turma dos anos noventa: entre 1991 e 1996. O paradigma — trata-se aqui de recurso fundado em divergência jurisprudencial — foi tomado sob a minha presidência (da Turma, é claro), no ano 1991. Também participei do julgamento dos REsps ns. 12.586, Ministro Zveiter, e 97.928, Ministro Eduardo. Em 1993, ementei assim o REsp n. 26.041 (DJ 13.12.1993): "Ação declaratória de nulidade de sentença (de sentença anteriormente proferida em ação de usucapião, por falta de citação dos confinantes, ora autores, do imóvel usucapiado). Admite-se a ação declaratória, entendendo-se que aquela sentença não beneficiou nem prejudicou terceiros.

Código de Processo Civil, art. 472. Precedentes do STF e do STJ sobre querela de nulidade: RE n. 97.589 e REsps ns. 12.586, 19.241 e 26.989. Recurso especial não conhecido."

Voto, portanto, com a Relatora.

RECURSO ESPECIAL N. 201.111-SC (1999/0004395-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrente: Rodrigo Porto
Advogado: Werner Backes
Recorrido: Município de Criciúma
Advogados: Hercílio Emerich Lentz e outros

EMENTA

Processual Civil. Mandado de segurança. Prazo incial e prazo final. Forma de contagem. Natureza do *mandamus*. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

1. O prazo do mandado de segurança é um prazo sui generis, aplicável apenas ao procedimento do *mandamus*. Contudo, como a Lei do Mandado de Segurança não estipula a forma como deve ser contado o prazo processual, nada impede e até se faz necessário que seja aplicado o Código de Processo Civil, pois é certo que tal diploma se aplica subsidiariamente às normas do mandado de segurança. Doutrina.

2. Assim é que, tendo sido publicado o decreto em 08.03.1996, este dia não se computa na contagem do prazo decadencial, daí porque o prazo final para a impetração do *mandamus*, na espécie, era 06.07.1996 (sábado). Doutrina.

3. Seguindo a linha de raciocínio, caso o prazo final recaia em um feriado ou, ainda, em um dia que não houver expediente, o dies *ad quem* para impetração deve ser o primeiro dia útil posterior. Precedentes.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 8 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJ 26.03.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial, interposto por Rodrigo Porto, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que restou desse modo sintetizado:

> "Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público municipal. Ato de exoneração devidamente publicado em jornal. Ciência inequívoca pelo interessado. Interposição do *mandamus* após decorrido prazo de cento e vinte dias contado da publicação. Decadência caracterizada. Processo extinto.
>
> O prazo para a impetração do mandado de segurança é material, decadencial e improrrogável, tendo início a partir da ciência inequívoca, pelo interessado, do ato a ser impugnado e término no centésimo vigésimo dia, sendo irrelevante que caia em sábado, domingo ou feriado, porque não são aplicáveis as regras de direito processual."

Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados, reafirmando o entendimento esposado no acórdão impugnado.

Alega o recorrente, em síntese, que o acórdão recorrido violou o art. 184 § 1º e § 2º do Código de Processo Civil, art. 125, § 1º, do Código Civil e art. 18 da Lei n. 1.533/1951, porquanto decidiu que o prazo para a impetração de mandado de segurança é de natureza material e improrrogável, a ele não se aplicando as normas do Diploma Processual, pouco importando se finda num sábado, domingo ou feriado.

Sustenta que publicado o decreto, objeto do *mandamus*, em uma sexta-feira, o prazo inicia-se no dia seguinte e findando em um sábado, deve-se prorrogar

o prazo para o 1º dia útil. Dessa forma, na espécie, o mandado de segurança estaria tempestivo.

Afirma, ainda, haver divergência jurisprudencial com diversos acórdãos provenientes do excelso Supremo Tribunal Federal, egrégio Superior Tribunal de Justiça e egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, todos no sentido de se prorrogar para o 1º dia útil, o termo *ad quem* para impetração do mandado de segurança, caso esse caia em um final de semana.

Em contra-razões, o recorrido pugnou pela manutenção do aresto recorrido.

Alçado ao juízo de admissibilidade, o recurso foi admitido.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão central da lide é determinar o termo *a quo* e o termo *ad quem* para a impetração do mandado de segurança.

Desse modo, a controvérsia gira em torno de saber se, na contagem do prazo de 120 dias, conta-se o dia em que o ato foi praticado e se o prazo final pode ser prorrogado para o primeiro dia útil, caso a última data recaia em um final de semana.

Tal deslinde é fundamental para a solução da presente demanda como se pode observar dos seguintes fatos: o decreto que exonerou o recorrente foi publicado em 08.03.1996 (sexta-feira) e o *mandamus* foi impetrado em 08.07.1996 (segunda-feira).

Dessa forma, a se considerar como correta a interpretação do Tribunal *a quo*, o primeiro dia a ser computado seria 08.03.1996, decaindo o mandado de segurança em 05.07.1996. De outra banda, caso se entenda como quer o recorrente, o dia do começo não se incluiria, passando o primeiro dia a ser 09.03.1996, ultimando-se em 06.07.1996 (sábado), que, por não ser dia útil atrairia o prazo final para 08.07.1996, data em que foi impetrado o presente mandado de segurança.

Portanto, cabe, por primeiro, analisar qual o marco inicial para a contagem do prazo do mandado de segurança.

Para tanto, mister uma breve digressão sobre a natureza do prazo mandamental.

Muito embora a lei fale em prazo decadencial, de prazo decadencial propriamente dito não se trata. Isso porque, se decadencial fosse, importaria em

dizer que o recorrente perderia seu direito potestativo consistente no poder que a lei concede a alguém para, com sua manifestação de vontade, influir sobre a condição jurídica de outrem. De fato este poder o impetrante não perde, pois como é cediço, possui ele as vias ordinárias para fazer valer seu direito, caso perca o prazo do mandado de segurança.

Já como prescricional também não pode ser definido. Assim o é porque o prazo prescricional, em breves palavras, é a perda da pretensão do autor. Tal perda, por óbvio, que em nada afeta o direito do autor, pois este permanece existindo, conforme expressamente dispõe o art. 15, da Lei n. 1.533/1951.

Sobre o tema, certeiras são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

> "É curioso o emprego do vocábulo decadência em relação à extinção do direito ao mandado de segurança pelo decurso do prazo de cento e vinte dias para impetrá-lo. (Lei n. 1.533 de 31.12.1951, art. 18)
>
> (...)
>
> Se o prazo passar sem que o interessado haja impetrado o *writ*, nem por isso se reputa extinto seu eventual direito ao bem (LMS, art. 16); seria até truculenta e contraditória uma disposição legal que, travestida de garantias às liberdades públicas, sujeitasse os direitos a tanta fragilidade. Nem o direito de ação fica prejudicado pelo decurso do prazo ditado na Lei do Mandado de Segurança, porque esta é expressa — como não podia deixar de ser — ao consignar que o direito poderá ser tutelado pelas vias processuais ordinárias. Se nem a ação nem o direito se extinguem pelo decurso *in albis* do prazo para impetrar a segurança, na realidade não se trata de decadência nem de prescrição (qualquer que seja a posição adotada para a distinção entre essas duas causas extintivas). O que deixa de existir é a adequação dessa tutela diferenciada, carecendo o impetrante de ação por falta do interesse-adequação." (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, Malheiros editores, 2ª ed., p. 261)

Dessa forma, é de se reconhecer que o prazo do mandado de segurança é um prazo *sui generis*, aplicável apenas ao procedimento do *mandamus*.

Nesse sentido, arremata Alfredo Buzaid:

> "Nós pensamos, porém, que não há mister recorrer aos conceitos de prescrição, de decadência ou de preclusão para explicar a perda do direito de impetrar mandado de segurança, depois de decorridos os 120 dias, a que alude o art. 18.
>
> (...)

> Mais lógico, adequado e prestadio, especialmente em obséquio ao enunciado legal, será falar-se de prazo extintivo, sem assumir antecipadamente compromissos doutrinários com os referidos institutos." (*Do Prazo para Impetrar Mandado de Segurança, in* Revista de Processo, ano 14, n. 53, p. 100)

Portanto, em se tratando de prazo especial, indispensável, nessa seara, definir que procedimento se deve seguir: aquele do direito processual ou do direito material.

Esclarecendo a controvérsia, ensina José Carlos Barbosa Moreira:

> "Feita essa concessão, continua sendo verdade o essencial, com as ressalvas já formuladas: a disciplina do mandado de segurança, quando não se contenha na legislação especial, é necessariamente complementada pelas normas constantes do Direito Processual comum, isto é, em outras palavras, pelas normas constantes do Código de Processo Civil." (Mandado de Segurança — uma apresentação *in* Mandado de Segurança, editora Del Rey, p. 84)

Desse modo, como a Lei do Mandado de Segurança não estipula a forma como deve ser contado o prazo processual, nada impede e até se faz necessário que seja aplicado o Código de Processo Civil, pois é certo que tal diploma se aplica subsidiariamente às normas do mandado de segurança.

Volvendo à questão da contagem do prazo, no mesmo passo antes citado, cabe, portanto, definir como se dá a contagem do prazo inicial para a impetração da ação mandamental.

Muito embora não haja uma unanimidade sobre qual a forma de contagem a ser adotada (até porque esse é o debate do presente processo), certo é que várias decisões do Excelso Pretório, não obstante a antiguidade de alguma delas, já definiram a questão:

> "1. Mandado de segurança. Extinção do prazo de 120 (cento e vinte) dias. Não conhecimento.
>
> 2. O prazo de 120 (cento e vinte) dias escoou-se no dia 23 de abril de 1982, sexta-feira, não sendo por isso prorrogável até segunda-feira na contagem dos prazos, prevalece o princípio de que se exclui o dia do começo e se inclui o do vencimento." (MS n. 20.337-DF Relator Ministro Alfredo Buzaid, DJ 24.09.1982)
>
> "Mandado de segurança. Prazo. Exclusão do dia do começo e prorrogação até o primeiro dia útil. ICM. Operações interestaduais. Transferência

pelo preço no local de origem exclusão do frete e seguro da base de calculo do imposto.

Recurso extraordinário não conhecido." (RE n. 79.830 Relator Ministro Leitao de abreu DJ 11.12.1978)

"Cumpre analisar a arguida decadência. O ato impugnado foi publicado em 26 de fevereiro de 2003. Somando-se os dois dias de fevereiro aos trinta e um dias de março e trinta e um de maio, tem-se que a protocolação do mandado de segurança em 26 de junho de 2003 ocorreu dentro dos 120 (cento e vinte) dias." (MS n. 24.579-DF Relator Ministro Marco Aurélio DJ 06.08.2004)

Importante destacar que, como dantes salientado, não se trata de prazo decadencial propriamente dito, razão pela qual não se pode entender a contagem do prazo para a impetração na forma do direito material.

Assim é que, tendo sido publicado o decreto em 08.03.1996, este dia não se computa na contagem do prazo decadencial, daí porque o prazo final para a impetração do *mandamus*, na espécie, era 06.07.1996 (sábado).

Cabe, por fim, delimitar se estende-se o prazo final para a impetração ao primeiro dia útil subseqüente, em razão do prazo final ter se ultimado em um sábado.

Nesse sentido, cabe transcrever a lição do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

"O prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração não se interrompe, nem se suspende como já visto. Não se conta o dia do começo e prorroga-se o termo final com o fechamento do foro. Penso que não se impõe a distribuição da ordem de segurança quando esgota-se o prazo durante o período de recesso ou de férias forenses, salvo se houver, no caso de Tribunal, Câmara ou Turma denominada de férias, com regular funcionamento, como já existe em diversos Tribunais. Estando a competência no 1º grau, não há a necessidade de distribuição sábado ou domingo, e durante o recesso forense, ainda que haja Juiz de plantão. O plantão é apenas para medidas urgentes, não se enquadrando como tal o termo final do prazo a impetração." (*Manual do Mandado de Segurança*, 3ª ed., Editora Renovar, p. 75)

No mesmo passo, várias decisões entenderam de forma idêntica:

"Mandado de segurança. Decadência. Prazo.

1. Intempestividade do mandado de segurança, pois o ato publicado adequadamente suscita a ciência presumida, no âmbito a que a publicação se destina.

2. Embora seja de decadência o prazo do art. 18 da Lei n. 1.533/1951 para se ajuizar ação de segurança, fica prorrogado até o primeiro dia útil se o seu *dies ad quem recai num* daqueles em que não há expediente forense.

3. Mandado de segurança não conhecido." (MS n. 20.171 Relator Ministro Rafael Mayer RTJ n. 89/42)

"1. O prazo marcado no art. 18 da Lei n. 1.533/1951 para se ajuizar ação de segurança, embora seja de decadência, fica prorrogado até o primeiro dia útil se o seu *dies ad quem recair num* daqueles em que não há expediente forense, obstáculo judicial que impede o ajuizamento da causa.

2. Precedentes do STF.

3. Recurso Extraordinário não conhecido." (RE n. 75.872, Relator Ministro Antônio Neder, RTJ n. 78/461)

"RMS. Mandado de segurança. Prazo decadencial. Feriado forense. *Dies ad quem*. Prorrogação.

Embora sendo decadencial o prazo para o ajuizamento de mandado de segurança, recaindo o *dies ad quem* em feriado forense, fica prorrogado o prazo final, para o primeiro dia útil seguinte.

Recurso conhecido e provido." (RMS n. 2.428-PR, Relator Ministro Cid Flaquer Scartezzini, Quinta Turma, DJ 09.02.1998)

Portanto, seguindo a linha de raciocínio, caso o prazo final recaia em um feriado ou, ainda, em um dia que não houver expediente, o *dies ad quem* para impetração deve ser o primeiro dia útil posterior.

Desse modo, como o prazo final para a impetração era um sábado, dia 06.07.1996, tenho que perfeitamente cabível a impetração do presente *mandamus* no primeiro dia útil subseqüente, qual seja, dia 08.03.1996, data em que foi efetivamente protocolado o mandado de segurança.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento, afastando o óbice da decadência do mandado de segurança.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 783.697-GO (2005/0158025-7)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Hélio Pinto Ribeiro de Carvalho Junior e outros
Recorrida: Sebastiana Lázara da Silva
Advogado: Mardem Mateus Amarante

EMENTA

Pensão por morte. União estável (declaração). Prova exclusivamente testemunhal (possibilidade). Arts. 131 e 332 do Código de Processo Civil (aplicação).

1. No nosso sistema processual, coexistem e devem ser observados o princípio do livre convencimento motivado do juiz e o princípio da liberdade objetiva na demonstração dos fatos a serem comprovados (arts. 131 e 332 do Código de Processo Civil).

2. Se a lei não impõe a necessidade de prova material para a comprovação tanto da convivência em união estável como da dependência econômica para fins previdenciários, não há por que vedar à companheira a possibilidade de provar sua condição mediante testemunhas, exclusivamente.

3. Ao magistrado não é dado fazer distinção nas situações em que a lei não faz.

4. Recurso especial do qual se conheceu, porém ao qual se negou improvimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que acompanhou a relatoria, o qual foi seguido pelo Sr. Ministro Paulo Medina, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 20 de junho de 2006 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 09.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Na origem, o especial foi admitido mediante esta decisão do Vice-Presidente Mário Ribeiro:

"Trata-se de recurso especial (fls. 71/77) interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição Federal, contra acórdão deste Tribunal (fls. 65/69) que, confirmando sentença de 1º Grau, proferida em ação ordinária, declarou a 'existência de união estável' da Autora/Recorrente 'com Valdemar Pereira de Araújo, falecido em 11.10.1995, a fim de que sejam produzidos os efeitos de fato e de direito'.

O acórdão está assim ementado:

'Previdenciário e Processual Civil. Isenção de custas e fixação de honorários de advogado. Não conhecimento. Declaração de união estável. Prova exclusivamente testemunhal. Possibilidade.

1. Não conhecimento do pedido de isenção de custas processuais, uma vez que não houve tal condenação na sentença.

2. Não conhecimento do pedido de redução dos honorários de advogado fixados em 15%, uma vez que tal verba não foi fixada nesse percentual.

3. A Lei n. 8.213/1991 somente exige início de prova material para fins de comprovação de tempo de serviço, não havendo tal exigência para fins de comprovação de união estável. Precedentes desta egrégia Corte e do colendo STJ. (AC n. 2001.01.99.047480-6-MG, Relator Juiz (Conv.) Velasco Nascimento, Primeira Turma, DJ 02.06.2003 e p. 76, AC n. 2000.01.00.066000-8-MG, Relator Desembargador Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ 21.06.2002, p. 41 e REsp n. 326.717, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJ Data: 18.11.2002 p. 300).

4. No caso concreto, tendo a prova testemunhal afirmado, de forma unânime e segura, que a apelada convivia com seu falecido companheiro, a mesma faz jus ao reconhecimento de união estável para fins de recebimento de pensão por morte com o de cujus, sendo a dependência econômica presumida.

5. Apelação e remessa oficial tida por interposta a que se nega provimento.' (Grifei)

Sustenta o Recorrente a existência de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região. (AC n. 97.04.07133-7-SC, Sexta Turma, Relator Juiz Nylson Paim de Abreu, julgado em 06.05.1997)

Decido.

O Recorrente sustenta divergência jurisprudencial, que restou demonstrada, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, por meio de cópia do acórdão apontado discrepante e de trechos do paradigma que identificam e assemelham os casos confrontados. É que consta do voto condutor do acórdão recorrido que: '(...) tendo a autora produzido a prova testemunhal (...), que afirma de forma unânime e segura que a apelada convivia com seu falecido companheiro no período de 1965 até 11.10.1995, (...)'.

E, por sua vez, o paradigma indicado, consubstanciado em precedente do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AC n. 97.04.07133-7-SC, Sexta Turma, Relator Juiz Nylson Paim de Abreu, julgado em 06.05.1997, fls. 81/84), sufraga o entendimento de que '(...) embora a prova testemunhal colhida na justificação judicial (...) ateste que a referida união se manteve por aproximadamente 12 anos, não conseguiu apresentar uma única prova documental'.

Isto posto, admito o Recurso Especial (CF, art. 105, inciso III, alínea **c**)."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O art. 16 da Lei n. 8.213/1991 enumera claramente os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social possuidores da condição de dependentes. Quanto à companheira, diz ser "a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado (...), de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal". E mais: de acordo com o texto da lei, a dependência econômica da companheira — assim como do cônjuge, do companheiro ou do filho não-emancipado menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido — é presumida. Da sua leitura, vê-se que não há nenhuma limitação ou restrição aos meios dos quais pode a parte lançar mão para provar a sua condição. Assim, instruído o processo, deve o juiz decidir de acordo com o que foi provado nos autos.

Na espécie, a mim não me parece razoável exigir da autora da ação mais do que a própria lei exige. Se a legislação previdenciária não impõe a necessidade da prova material para a comprovação tanto da convivência em união estável como da dependência econômica para fins previdenciários, não há por que o magistrado fazer tal interpretação da norma (*Ubi lex non distinguit, nec*

interpres distinguere — "Onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazê-lo"). Ademais, no nosso sistema processual, coexistem e devem ser observados o princípio do livre convencimento motivado do juiz e o princípio da liberdade objetiva na demonstração dos fatos a serem comprovados, inscritos, respectivamente, nos arts. 131 e 332 do Código de Processo Civil. Ora, tanto a parte pode comprovar os fatos alegados por todos os meios de prova legalmente permitidos, como o juiz é soberano para formar seu convencimento e para decidir fundamentadamente.

Correta, a meu ver, a decisão tomada na origem. Segundo o acórdão recorrido, "no caso concreto, tendo a autora produzido a prova testemunhal de fls. 28 a 30, que afirma de forma unânime e segura que a apelada convivia com seu falecido companheiro no período de 1965 até 11.10.1995, data do óbito, tem ela direito ao recebimento da pensão por morte do marido".

A propósito, a Quinta Turma decidiu caso semelhante. Vejamo-lo:

> "Processual e Previdenciário. Pensão por morte. Dependência econômica. Comprovação.
>
> A legislação previdenciária não estabelece qualquer tipo de limitação ou restrição aos mecanismos de prova que podem ser manejados para a verificação da dependência econômica da mãe em relação ao filho falecido, podendo esta ser comprovada por provas testemunhais, ainda que inexista início de prova material.
>
> Recurso provido." (REsp n. 720.145, Ministro José Arnaldo, DJ 16.05.2005)

Conheço do recurso especial, mas nego-lhe provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição Federal, impugnando acórdão da Primeira Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

> "Previdenciário e Processual Civil. Isenção de custas e fixação de honorários de advogado. Não conhecimento. Declaração de união estável. Prova exclusivamente testemunhal. Possibilidade.
>
> 1. Não conhecimento do pedido de isenção de custas processuais, uma vez que não houve tal condenação na r. sentença.
>
> 2. Não conhecimento do pedido de redução dos honorários de advogado

fixados em 155, uma vez que tal verba não foi fixada nesse percentual.

3. A Lei n. 8.213/1991 somente exige início de prova material para fins de comprovação de tempo de serviço, não havendo tal exigência para fins de comprovação de união estável. Precedentes desta egrégia Corte e do colendo STJ. (AC n. 2001.01.99.047480-6-MG, Relator Juiz. (Conv.) Velasco Nascimento, Primeira Turma, DJ 02.06.2003 e p. 76, AC n. 2000.01.00.066000-8-MG, Relator Desembargador Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ 21.06.2002, p. 41 e REsp n. 326.717, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 18.11.2002 p. 300)

4. No caso concreto, tendo a prova testemunhal afirmado, de forma unânime e segura, que a apelada convivia com seu falecido companheiro, a mesma faz jus ao reconhecimento de União Estável para fins de recebimento de pensão por morte com o de cujus, sendo a dependência econômica presumida.

5. Apelação e remessa oficial tida por interposta a que se nega provimento." (Fl. 69)

A divergência jurisprudencial funda a insurgência especial.

Sustenta o recorrente, em suma, que "(...) as decisões em causa adotaram conclusões diversas. Enquanto o acórdão recorrido entendeu possível a comprovação de união estável por prova exclusivamente testemunhal, o julgado paradigma entendeu que a comprovação de união estável deve ser feita por início razoável de prova material, do contrário, não é devido o benefício." (Fl. 76)

Na sessão do dia 18 de abril do corrente, o Ministro-Relator conheceu do recurso, mas lhe negou provimento.

Pedi vista para melhor exame da questão federal.

A questão está na comprovação de união estável, mediante prova exclusivamente testemunhal, para fins de percepção de pensão por morte.

Com efeito, dispõe o art. 400 do Código de Processo Civil que:

> "Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:
>
> I - já provados por documentos ou confissão da parte;
>
> II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados."

Ao que se tem, a prova testemunhal é sempre admissível, desde que não disponha a lei de modo diverso.

Na espécie, a lei previdenciária não faz qualquer restrição quanto

aos meios de prova, no que diz respeito à comprovação da convivência more uxorio, somente exigindo a prova documental para a comprovação de tempo de serviço para fins de percepção de benefício previdenciário, *verbis*:

"Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

(...)

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento" (nossos os grifos).

Desse modo, não havendo, na lei previdenciária, qualquer exigência quanto ao início de prova material para fins de comprovação de união estável, é de ser admitida a prova exclusivamente testemunhal.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

"Recurso especial. Previdenciário. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Violação do art. 535 do CPC. Não configurada. Reexame de matéria já decidida. Impossibilidade. Inscrição. Companheira.

O Tribunal a quo examinou e decidiu, de forma fundamentada e suficiente, os pontos suscitados pela parte recorrente, não havendo, assim, por que se cogitar de negativa de prestação jurisdicional.

Os embargos de declaração não constituem meio adequado a provocar o reexame de matéria já apreciada.

O art. 14 do Decreto n. 77.077/1976 em nenhum momento exigiu o início de prova material para fins de comprovação da convivência conjugal do ex-segurado e companheira para fins de concessão de pensão por morte à última.

Recurso desprovido." (REsp n. 603.533-MG, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 07.11.2005)

"Previdenciário. Pensão por morte. Companheira de segurado falecido. Condição de beneficiária. Comprovação. Início de prova material. Desnecessidade. Decreto n. 77.077/1976.

O art. 14 do Decreto n. 77.077/1976 em nenhum momento exigiu o início de prova material para fins de comprovação da convivência conjugal do ex-segurado e companheira para fins de concessão de pensão por morte à última.

Na disciplina da matéria, há ressalva expressa (parágrafo primeiro do artigo em análise) no sentido de que qualquer prova "capaz de constituir elemento de convicção" será suficiente à certificação da vida em comum.

Recurso especial não conhecido." (REsp n. 326.717-GO, Relator Ministro Vicente Leal, *in* DJ 18.11.2002)

E ainda: REsp n. 779.658-MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 11.04.2006; REsp n. 775.000-GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 11.04.2006; REsp n. 783.438-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 27.10.2005; REsp n. 778.412-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 06.10.2005; REsp n. 709.706-RN, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 05.10.2005; REsp n. 750.976-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 23.06.2005 e REsp n. 711.633-GO, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 05.05.2005.

Pelo exposto, acompanhando o Ministro-Relator, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É o voto.

Súmulas

SÚMULA N. 344

A liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada.

Referência:

CPC, arts. 604 e 606, II.

Precedentes:

AgRg no Ag 564.139-MS (4ª T, 29.06.2004 – DJ 18.10.2004)

Rcl 985-BA (2ª S, 11.12.2002 – DJ 01.02.2005)

REsp 3.003-MA (4ª T, 06.08.1991 – DJ 09.12.1991)

REsp 348.129-MA (4ª T, 21.02.2002 – DJ 27.05.2002)

REsp 657.476-MS (3ª T, 18.05.2006 – DJ 12.06.2006)

REsp 693.475-RJ (1ª T, 13.09.2005 – DJ 26.09.2005)

Corte Especial, em 07.11.2007.

DJ 28.11.2007, p. 225.

SÚMULA N. 345

São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas.

Referências:

CF/1988, art. 133.

CPC, art. 20, § 4º.

Lei n. 9.494/1997, art. 1º -D.

MP n. 2.180-35/2001, art. 4º.

Precedentes:

AgRg no REsp 693.525-SC (6ª T, 18.05.2006 – DJ 19.06.2006)

AgRg no REsp 697.902-RS (5ª T, 06.06.2006 – DJ 26.06.2006)

AgRg no REsp 720.033-RS (6ª T, 16.05.2006 – DJ 01.08.2006)

EREsp 653.270-RS (CE, 17.05.2006 – DJ 05.02.2007)

EREsp 691.563-RS (CE, 17.05.2006 – DJ 26.06.2006)

EREsp 721.810-RS (CE, 17.05.2006 – DJ 01.08.2006)

REsp 654.312-RS (6ª T, 23.08.2005 – DJ 19.12.2005)

Corte Especial, em 07.11.2007.

DJ 28.11.2007, p. 225.

Índice Analítico

A

PrCv **Ação anulatória** - Cabimento - Citação - Litisconsortes - Ausência - Litisconsórcio unitário. REsp n. 194.029-SP. RSTJ 208/552.

PrCv **Ação civil pública** - Benefício previdenciário - Concessão - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público. AgRg no REsp n. 441.815-SC. RSTJ 208/499.

PrCv **Ação de adjudicação compulsória** - Legitimidade passiva *ad causam* - Promitente vendedor - Litisconsórcio - Cedentes - Desnecessidade. REsp n. 648.468-SP. RSTJ 208/347.

PrCv **Ação de busca e apreensão** - Ação de depósito - Conversão - Bem localizado - Estado da sucata - Não-localização - Equiparação. REsp n. 654.741-SP. RSTJ 208/367.

PrCv **Ação de cobrança** - Coisa julgada - Configuração - Seguro de vida e acidentes pessoais - Transação - Homologação - Quitação - Ocorrência. REsp n. 796.727-SP. RSTJ 219/39.

PrCv Ação de depósito - Conversão - **Ação de busca e apreensão** - Bem localizado - Estado da sucata - Não-localização - Equiparação. REsp n. 654.741-SP. RSTJ 208/367.

PrCv **Ação declaratória** - Decisão *ultra petita* - Não-caracterização - Repetição do indébito. REsp n. 896.502-SC. RSTJ 208/292.

PrCv **Ação executiva** - Embargos à execução - Extinção - CPC, art. 463 - Inaplicabilidade - Decisão - Reapreciação - Não-cabimento. REsp n. 415.884-SP. RSTJ 208/432.

PrCv **Ação indenizatória** - Dano moral - Valor exorbitante - Não-caracterização - Legitimidade passiva *ad causam* - Presidente de sindicato - Responsabilidade civil. REsp n. 530.805-RO. RSTJ 208/435.

PrCv **Ação monitória** - Contribuição sindical rural - Guia de recolhimento - Devedor - Notificação - Prova - Caracterização. REsp n. 466.366-MT. RSTJ 208/240.

PrPn Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 108, § 1º; 567, e 581, II - Crime de homicídio qualificado - Denúncia - Aditamento - Nulidade - **Habeas corpus** - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 36.696-PE. RSTJ 208/512.

PrCv **Ação rescisória** - Decadência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Litisconsorte passivo necessário - Citação - Ausência - Relação processual - Regularização - Impossibilidade. AgRg na AR n. 3.070-AL. RSTJ 208/451.

PrCv **Ação rescisória** - Decisão meritória - Inconstitucionalidade - CF/1988, art. 102, III, **a** - Recurso especial - Via eleita inadequada. REsp n. 758.383-PR. RSTJ 208/168.

PrCv **Ação revisional** - Contrato de cartão de crédito - Encargo excessivo - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Empresa comercial cedente - Nome comercial - Cessão. REsp n. 652.069-RS. RSTJ 208/364.

PrCv **Ação revisional de alimentos** - Apelação - Efeito devolutivo - Aplicabilidade - Lei n. 5.478/1968, art. 14, na redação da Lei n. 6.014/1973. REsp n. 595.209-MG. RSTJ 208/341.

Adm Acumulação ilegal de cargos - Configuração - Demissão - Legalidade - **Mandado de segurança** - Processo administrativo disciplinar - Servidor público. MS n. 10.031-DF. RSTJ 208/458.

PrCv **Agravo de instrumento** - Câmara de Férias - Apreciação - Férias forenses - Redistribuição do recurso - Cabimento. RMS n. 14.137-BA. RSTJ 208/414.

PrPn Alegações finais - Apresentação - Crime de roubo qualificado - Defensor dativo - Defesa técnica - Deficiência - Não-ocorrência - **Recurso em habeas corpus** - Réu foragido - Súmula n. 523-STF. RHC n. 12.690-PR. RSTJ 208/538.

PrCv Apelação - Efeito devolutivo - Aplicabilidade - **Ação revisional de alimentos** - Lei n. 5.478/1968, art. 14, na redação da Lei n. 6.014/1973. REsp n. 595.209-MG. RSTJ 208/341.

Trbt Aposentadoria complementar - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Lei n. 7.713/1988 - Lei n. 9.250/1995. REsp n. 891.887-MG. RSTJ 208/287.

Adm Aposentadoria compulsória - Inaplicabilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Serviço notarial e de registro. RMS n. 12.614-MG. RSTJ 208/220.

PrPn Arma de brinquedo - Utilização - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Pena - Aumento - Impossibilidade - Súmula n. 174-STJ - Cancelamento. HC n. 46.854-SP. RSTJ 208/527.

Trbt Ativo imobilizado - Reavaliação de bens - Benefício fiscal - Restrição - Impossibilidade - Decreto-Lei n. 1.346/1974 - Decreto-Lei n. 75.247/1975 - Decreto-Lei n. 85.450/1980 - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Princípio da hierarquia das leis - Violação. REsp n. 839.519-MA. RSTJ 208/177.

Adm **Ato administrativo** - Convalidação - Impossibilidade - Autuação *in facie* - Validade - Lei n. 9.503/1997, arts. 280; 281; 284 e 286, § 1º e § 2º - Multa - Pagamento - Irrelevância - Princípio da inafastabilidade da jurisdição. REsp n. 789.603-RS. RSTJ 208/271.

PrCv Autoridade coatora - Presidente do Tribunal de Justiça - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Presidente da Assembléia Legislativa - Lei n. 14.277/2003-PR - **Recurso em mandado de segurança** - Serventias cartorárias - Criação. RMS n. 19.604-PR. RSTJ 208/91.

Adm Autuação *in facie* - Validade - **Ato administrativo** - Convalidação - Impossibilidade - Lei n. 9.503/1997, arts. 280; 281; 284 e 286, § 1º e § 2º - Multa - Pagamento - Irrelevância - Princípio da inafastabilidade da jurisdição. REsp n. 789.603-RS. RSTJ 208/271.

B

Adm Banco Central do Brasil (Bacen) - Regime de banda cambial - Instituição - Irregularidade - Não-ocorrência - Lei n. 4.595/1964 - Lei n. 9.069/1995 - **Responsabilidade civil do Estado** - Não-configuração. REsp n. 639.170-PR. RSTJ 208/114.

Trbt Base de cálculo - Redução - Convênio - Observância - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)**. REsp n. 613.695-RS. RSTJ 208/101.

PrCv Bem localizado - Estado da sucata - **Ação de busca e apreensão** - Ação de depósito - Conversão - Não-localização - Equiparação. REsp n. 654.741-SP. RSTJ 208/367.

Trbt Benefício fiscal - Restrição - Impossibilidade - Ativo imobilizado - Reavaliação de bens - Decreto-Lei n. 1.346/1974 - Decreto-Lei n. 75.247/1975 - Decreto-Lei n. 85.450/1980 - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Princípio da hierarquia das leis - Violação. REsp n. 839.519-MA. RSTJ 208/177.

PrCv Benefício previdenciário - Concessão - **Ação civil pública** - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público. AgRg no REsp n. 441.815-SC. RSTJ 208/499.

C

Cm Caducidade - Ocorrência - Código de Propriedade Industrial, art. 94 - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Declaração de ofício - Possibilidade - **Marca** - Falta de uso. REsp n. 649.261-RJ. RSTJ 208/355.

PrCv Câmara de Férias - Apreciação - **Agravo de instrumento** - Férias forenses - Redistribuição do recurso - Cabimento. RMS n. 14.137-BA. RSTJ 208/414.

PrCv Câmara Legislativa do Distrito Federal - Personalidade jurídica - Inexistência - Legitimidade ativa *ad causam* - Distrito Federal - **Mandado de segurança** - Recurso especial - Servidor público - Tempo de serviço - Contagem. REsp n. 608.798-DF. RSTJ 208/492.

Cm *Causa debendi* - Verificação - Possibilidade - **Cheque** - Caução - Despesas hospitalares - Nota promissória - Equiparação. REsp n. 796.739-MT. RSTJ 219/39.

Cv CC/2002, arts. 106 e 406 - Conta corrente - Fundos - Transferência injustificada - Indébito - Remuneração - Taxa do cheque especial - Não-cabimento - **Responsabilidade civil**. REsp n. 447.431-MG. RSTJ 208/301.

Adm CDC, art. 42 - Débitos antigos - **Energia elétrica** - Fornecimento - Suspensão - Impossibilidade. REsp n. 631.736-RS. RSTJ 208/250.

PrCv Cédula de crédito rural - Correção monetária - Incidência - CPC, art. 616 - Documentos essenciais - Ausência - **Execução** - Juros remuneratórios - Limite legal - Mora - Caracterização - Petição inicial - Emenda - Possibilidade. REsp n. 905.211-DF. RSTJ 219/53.

PrPn Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Citação editalícia - Nulidade - Não-caracterização - Crime de estelionato - **Habeas corpus** - Réu - Nome falso - Oferecimento. HC n. 36.107-SP. RSTJ 208/468.

Trbt CF/1988, ADCT, art. 40 - Decreto-Lei n. 288/1967, art. 4° - **PIS** - Cofins - Isenção - Zona Franca de Manaus - Mercadoria - Destino final. REsp n. 710.990-SC. RSTJ 208/162.

PrCv CF/1988, art. 102, III, **a** - **Ação rescisória** - Decisão meritória - Inconstitucionalidade - Recurso especial - Via eleita inadequada. REsp n. 758.383-PR. RSTJ 208/168.

Cm **Cheque** - Caução - *Causa debendi* - Verificação - Possibilidade - Despesas hospitalares - Nota promissória - Equiparação. REsp n. 796.739-MT. RSTJ 208/378.

PrCv Citação - Litisconsortes - Ausência - **Ação anulatória** - Cabimento - Litisconsórcio unitário. REsp n. 194.029-SP. RSTJ 208/552.

PrPn Citação editalícia - Nulidade - Não-caracterização - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de estelionato - **Habeas corpus** - Réu - Nome falso - Oferecimento. HC n. 36.107-SP. RSTJ 208/468.

Cv Cláusula de eleição de foro - Abusividade - Não-caracterização - **Contrato de venda** - Reserva de domínio - Equipamento médico - Valor vultoso. REsp n. 540.054-MG. RSTJ 208/440.

PrCv Código de Processo Civil - Aplicabilidade - **Mandado de segurança** - Impetração - Prazo - Termo inicial - Termo final. REsp n. 201.111-SC. RSTJ 208/559.

Cm Código de Propriedade Industrial, art. 94 - Caducidade - Ocorrência - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Declaração de ofício - Possibilidade - **Marca** - Falta de uso. REsp n. 649.261-RJ. RSTJ 208/355.

PrCv Coisa julgada - Configuração - **Ação de cobrança** - Seguro de vida e acidentes pessoais - Transação - Homologação - Quitação - Ocorrência. REsp n. 796.727-SP. RSTJ 208/376.

Cm **Concordata** - Concordatário - Impugnação prévia - Necessidade - Crédito quirografário - Correção monetária - Preclusão - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 155, §§ 1º e 3º. REsp n. 296.475-ES. RSTJ 208/419.

Cm Concordatário - Impugnação prévia - Necessidade - **Concordata** - Crédito quirografário - Correção monetária - Preclusão - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 155, §§ 1º e 3º. REsp n. 296.475-ES. RSTJ 208/419.

Adm Concurso público - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 8.112/1990, arts. 5º, VI, e 14, parágrafo único - **Mandado de segurança** - Nomeação - Posse - Recusa por junta médica - Possibilidade. MS n. 9.331-DF. RSTJ 208/24.

Adm Constituição em mora - Comunicação - Não-obrigatoriedade - Contrato administrativo - Multa diária - Limitação - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 22.369-DF. RSTJ 208/229.

Cv Conta corrente - Fundos - Transferência injustificada - CC/2002, arts. 106 e 406 - Indébito - Remuneração - Taxa do cheque especial - Não-cabimento - **Responsabilidade civil**. REsp n. 447.431-MG. RSTJ 208/301.

Adm Contraditório - Desnecessidade - Permissão de uso - Revogação - **Recurso em mandado de segurança** - Súmula n. 473-STF. RMS n. 17.644-DF. RSTJ 208/84.

PrCv Contrato - Interpretação - Impossibilidade - **Execução** - Título executivo extrajudicial - Recurso especial - Via eleita inadequada - Súmula n. 5-STJ. REsp n. 910.993-MG. RSTJ 208/395.

Adm Contrato administrativo - Constituição em mora - Comunicação - Não-obrigatoriedade - Multa diária - Limitação - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 22.369-DF. RSTJ 208/229.

PrCv Contrato de cartão de crédito - Encargo excessivo - **Ação revisional** - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Empresa comercial cedente - Nome comercial - Cessão. REsp n. 652.069-RS. RSTJ 208/364.

Cv **Contrato de venda** - Reserva de domínio - Cláusula de eleição de foro - Abusividade - Não-caracterização - Equipamento médico - Valor vultoso. REsp n. 540.054-MG. RSTJ 208/440.

Trbt **Contribuição ao Incra** - Vigência - Intervenção no domínio econômico - Caracterização - Lei n. 7.787/1989 - Lei n. 8.212/1991. REsp n. 650.235-PR. RSTJ 208/122.

PrCv Contribuição sindical rural - Guia de recolhimento - **Ação monitória** - Devedor - Notificação - Prova - Caracterização. REsp n. 466.366-MT. RSTJ 208/240.

Trbt Convênio - Observância - Base de cálculo - Redução - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)**. REsp n. 613.695-RS. RSTJ 208/101.

PrCv Correção monetária - Incidência - Cédula de crédito rural - CPC, art. 616 - Documentos essenciais - Ausência - **Execução** - Juros remuneratórios - Limite legal - Mora - Caracterização - Petição inicial - Emenda - Possibilidade. REsp n. 905.211-DF. RSTJ 208/387.

Pn CP, art. 33, § 2º, **b**, e 59 - Crime de roubo qualificado - Dupla qualificação - Pena - Aumento -Impossibilidade - **Habeas corpus** - Maus antecedentes - Não-cabimento - Pena-base - Fixação - Princípio da presunção da não culpabilidade - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 54.705-RJ. RSTJ 208/531.

PrPn CP, art. 113 - Crime de estelionato - **Habeas corpus** - Indulto - Cassação - Prescrição da pretensão executória - Cabimento. HC n. 22.182-MG. RSTJ 208/502.

PrCv CPC, art. 20 - Aplicabilidade - CPC, art. 535 - Violação - Não-configuração - Decreto expropriatório - Caducidade - Não-ocorrência - Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 10 e 27, § 1º - **Desapropriação indireta** - Prescrição vintenária - Honorários advocatícios - Legislação aplicável - Indenização - Oferta inicial - Inexistência - Medida Provisória n. 2.183-56/2001 - Súmula n. 119-STJ. REsp n. 788.282-PR. RSTJ 208/261.

PrCv CPC, arts. 131 e 332 - Pensão por morte - **Prova testemunhal** - Cabimento - União estável - Comprovação. REsp n. 783.697-GO. RSTJ 208/565.

PrCv CPC, arts. 267, 515, § 3º, e 530 - Decisão meritória - Caracterização - **Embargos infringentes** - Cabimento - Teoria da asserção - Aplicabilidade. REsp n. 832.370-MG. RSTJ 208/381.

PrCv CPC, arts. 282, 283 e 285, I - **Mandado de segurança** - Petição inicial - Inépcia - Não-configuração. REsp n. 839.935-MT. RSTJ 208/198.

PrCv CPC, art. 463 - Inaplicabilidade - **Ação executiva** - Embargos à execução - Extinção - Decisão - Reapreciação - Não-cabimento. REsp n. 415.884-SP. RSTJ 208/432.

PrCv CPC, art. 530 - **Embargos infringentes** - Cabimento - Voto vencido - Impugnação - Não-cabimento - Votos majoritários - Impugnação - Exame - Necessidade. REsp n. 303.778-MS. RSTJ

208/423.

PrCv CPC, art. 535 - Violação - Não-configuração - CPC, art. 20 - Aplicabilidade - Decreto expropriatório - Caducidade - Não-ocorrência - Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 10 e 27, § 1º - **Desapropriação indireta** - Prescrição vintenária - Honorários advocatícios - Legislação aplicável - Indenização - Oferta inicial - Inexistência - Medida Provisória n. 2.183-56/2001 - Súmula n. 119-STJ. REsp n. 788.282-PR. RSTJ 208/261.

Trbt CPC, art. 541, parágrafo único - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - **Execução fiscal** - Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) - Lançamento - Notificação - Presunção *iuris tantum* - Ônus da prova - Contribuinte - RISTJ, art. 255, §§ 1º e 2º. REsp n. 715.904-PR. RSTJ 208/256.

PrCv CPC, art. 604 - Débito - Liqüidação - Contador judicial - Possibilidade - **Execução**. REsp n. 316.471-SP. RSTJ 208/428.

PrCv CPC, art. 616 - Cédula de crédito rural - Correção monetária - Incidência - Documentos essenciais - Ausência - **Execução** - Juros remuneratórios - Limite legal - Mora - Caracterização - Petição inicial - Emenda - Possibilidade. REsp n. 905.211-DF. RSTJ 208/387.

PrCv CPC, arts. 741 e 745 - Embargos à execução - Oposição - Necessidade - **Execução por título extrajudicial** - Prequestionamento - Ausência. REsp n. 841.158-RJ. RSTJ 208/204.

PrPn CPP, arts. 108, § 1º; 567, e 581, II - Ação penal - Trancamento - Crime de homicídio qualificado - Denúncia - Aditamento - Nulidade - **Habeas corpus** - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 36.696-PE. RSTJ 208/512.

Cm Crédito quirografário - Correção monetária - Preclusão - **Concordata** - Concordatário - Impugnação prévia - Necessidade - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 155, §§ 1º e 3º. REsp n. 296.475-ES. RSTJ 208/419.

PrPn Crime de estelionato - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Citação editalícia - Nulidade - Não-caracterização - **Habeas corpus** - Réu - Nome falso - Oferecimento. HC n. 36.107-SP. RSTJ 208/468.

PrPn Crime de estelionato - CP, art. 113 - **Habeas corpus** - Indulto - Cassação - Prescrição da pretensão executória - Cabimento. HC n. 22.182-MG. RSTJ 208/502.

PrPn Crime de estupro - Crime de latrocínio - Delação de co-réu - **Habeas corpus** - Interrogatório - Advogado de delatado - Participação - Não-cabimento. HC n. 42.780-PR. RSTJ 208/473.

PrPn Crime de homicídio qualificado - Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 108, § 1º; 567, e 581, II - Denúncia - Aditamento - Nulidade - **Habeas corpus** - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 36.696-PE. RSTJ 208/512.

PrPn Crime de latrocínio - Crime de estupro - Delação de co-réu - **Habeas corpus** - Interrogatório - Advogado de delatado - Participação - Não-

cabimento. HC n. 42.780-PR. RSTJ 208/473.

Pn **Crime de lesão corporal de natureza grave** - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direito - Impossibilidade - Violência contra a pessoa - Caracterização. EDcl no REsp n. 600.706-SE. RSTJ 208/465.

PrPn Crime de roubo - Arma de brinquedo - Utilização - **Habeas corpus** - Pena - Aumento - Impossibilidade - Súmula n. 174-STJ - Cancelamento. HC n. 46.854-SP. RSTJ 208/527.

PrPn Crime de roubo qualificado - Alegações finais - Apresentação - Defensor dativo - Defesa técnica - Deficiência - Não-ocorrência - **Recurso em habeas corpus** - Réu foragido - Súmula n. 523-STF. RHC n. 12.690-PR. RSTJ 208/538.

Pn Crime de roubo qualificado - CP, art. 33, § 2º, **b**, e 59 - Dupla qualificação - Pena - Aumento -Impossibilidade - **Habeas corpus** - Maus antecedentes - Não-cabimento - Pena-base - Fixação - Princípio da presunção da não culpabilidade - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 54.705-RJ. RSTJ 208/531.

PrPn Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Mandado judicial - Existência - Substância entorpecente - Apreensão - Legalidade. HC n. 33.086-SP. RSTJ 208/504.

Trbt CTN, art. 112, IV - Aplicabilidade - Declaração falsa - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria - Perdimento parcial - Penalidade - Limites - Fixação. REsp n. 868.981-SP. RSTJ 208/211.

D

Ct **Dano ambiental** - Indenização - Não-cabimento - Lavoura de cana-de-açúcar - Queimada - Ilegalidade - Lei n. 4.771/1965, art. 27 - Aplicabilidade. REsp n. 439.456-SP. RSTJ 208/236.

Adm Dano moral - Dano material - Erro médico - Hospital municipal - Menor - Falecimento - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 674.586-SC. RSTJ 208/129.

PrCv Dano moral - Valor exorbitante - Não-caracterização - **Ação indenizatória** - Legitimidade passiva *ad causam* - Presidente de sindicato - Responsabilidade civil. REsp n. 530.805-RO. RSTJ 208/435.

PrCv Débito - Liqüidação - Contador judicial - Possibilidade - CPC, art. 604 - **Execução**. REsp n. 316.471-SP. RSTJ 208/428.

Adm Débitos antigos - CDC, art. 42 - **Energia elétrica** - Fornecimento - Suspensão - Impossibilidade. REsp n. 631.736-RS. RSTJ 208/250.

PrCv Decadência - **Ação rescisória** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Litisconsorte passivo necessário - Citação - Ausência - Relação processual - Regularização - Impossibilidade. AgRg na AR n. 3.070-AL.

RSTJ 208/451.

Cv Decadência trimestral - Não-cabimento - Matéria jornalística - Honra - Ofensa - **Responsabilidade civil**. REsp n. 625.023-PE. RSTJ 208/445.

PrCv Decisão - Reapreciação - Não-cabimento - **Ação executiva** - Embargos à execução - Extinção - CPC, art. 463 - Inaplicabilidade. REsp n. 415.884-SP. RSTJ 208/432.

PrCv Decisão meritória - Caracterização - CPC, arts. 267, 515, § 3º, e 530 - **Embargos infringentes** - Cabimento - Teoria da asserção - Aplicabilidade. REsp n. 832.370-MG. RSTJ 208/381.

PrCv Decisão *ultra petita* - Não-caracterização - **Ação declaratória** - Repetição do indébito. REsp n. 896.502-SC. RSTJ 208/292.

Trbt Declaração falsa - CTN, art. 112, IV - Aplicabilidade - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria - Perdimento parcial - Penalidade - Limites - Fixação. REsp n. 868.981-SP. RSTJ 208/211.

PrCv Decreto expropriatório - Caducidade - Não-ocorrência - CPC, art. 20 - Aplicabilidade - CPC, art. 535 - Violação - Não-configuração - Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 10 e 27, § 1º - **Desapropriação indireta** - Prescrição vintenária - Honorários advocatícios - Legislação aplicável - Indenização - Oferta inicial - Inexistência - Medida Provisória n. 2.183-56/2001 - Súmula n. 119-STJ. REsp n. 788.282-PR. RSTJ 208/261.

Adm Decreto n. 10.251/1977(SP) - Decreto n. 19.448/1982(SP) - **Desapropriação indireta** - Indenização - Não-cabimento - Restrição administrativa - Imóvel - Aquisição posterior. EREsp n. 254.246-SP. RSTJ 208/31.

Adm Decreto n. 19.448/1982(SP) - Decreto n. 10.251/1977(SP) - **Desapropriação indireta** - Indenização - Não-cabimento - Restrição administrativa - Imóvel - Aquisição posterior. EREsp n. 254.246-SP. RSTJ 208/31.

Trbt Decreto-Lei n. 288/1967, art. 4° - CF/1988, ADCT, art. 40 - **Pis** - Cofins - Isenção - Zona Franca de Manaus - Mercadoria - Destino final. REsp n. 710.990-SC. RSTJ 208/162.

Trbt Decreto-Lei n. 1.346/1974 - Ativo imobilizado - Reavaliação de bens - Benefício fiscal - Restrição - Impossibilidade - Decreto-Lei n. 75.247/1975 - Decreto-Lei n. 85.450/1980 - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Princípio da hierarquia das leis - Violação. REsp n. 839.519-MA. RSTJ 208/177.

PrCv Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 10 e 27, § 1º - CPC, art. 20 - Aplicabilidade - CPC, art. 535 - Violação - Não-configuração - Decreto expropriatório - Caducidade - Não-ocorrência - **Desapropriação indireta** - Prescrição vintenária - Honorários advocatícios - Legislação aplicável - Indenização - Oferta inicial - Inexistência - Medida Provisó-

ria n. 2.183-56/2001 - Súmula n. 119-STJ. REsp n. 788.282-PR. RSTJ 208/261.

Adm Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 15-A, e 27, § 1º - **Desapropriação direta** - Juros compensatórios - Percentual aplicável. REsp n. 591.935-RJ. RSTJ 208/245.

Cm Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 155, §§ 1º e 3º - **Concordata** - Concordatário - Impugnação prévia - Necessidade - Crédito quirografário - Correção monetária - Preclusão. REsp n. 296.475-ES. RSTJ 208/419.

Trbt Decreto-Lei n. 75.247/1975 - Ativo imobilizado - Reavaliação de bens - Benefício fiscal - Restrição - Impossibilidade - Decreto-Lei n. 1.346/1974 - Decreto-Lei n. 85.450/1980 - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Princípio da hierarquia das leis - Violação. REsp n. 839.519-MA. RSTJ 208/177.

Trbt Decreto-Lei n. 85.450/1980 - Ativo imobilizado - Reavaliação de bens - Benefício fiscal - Restrição - Impossibilidade - Decreto-Lei n. 1.346/1974 - Decreto-Lei n. 75.247/1975 - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Princípio da hierarquia das leis - Violação. REsp n. 839.519-MA. RSTJ 208/177.

PrPn Defensor dativo - Alegações finais - Apresentação - Crime de roubo qualificado - Defesa técnica - Deficiência - Não-ocorrência - **Recurso em habeas corpus** - Réu foragido - Súmula n. 523-STF. RHC n. 12.690-PR. RSTJ 208/538.

PrPn Defesa técnica - Deficiência - Não-ocorrência - Alegações finais - Apresentação - Crime de roubo qualificado - Defensor dativo - **Recurso em habeas corpus** - Réu foragido - Súmula n. 523-STF. RHC n. 12.690-PR. RSTJ 208/538.

PrPn Delação de co-réu - Crime de estupro - Crime de latrocínio - **Habeas corpus** - Interrogatório - Advogado de delatado - Participação - Não-cabimento. HC n. 42.780-PR. RSTJ 208/473.

Adm Demissão - Legalidade - Acumulação ilegal de cargos - Configuração - **Mandado de segurança** - Processo administrativo disciplinar - Servidor público. MS n. 10.031-DF. RSTJ 208/458.

Adm Demissão - **Mandado de segurança** - Portaria de instauração - Imputação genérica - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público. EDcl no MS n. 8.248-DF. RSTJ 208/454.

PrPn Denúncia - Aditamento - Nulidade - Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 108, § 1º; 567, e 581, II - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 36.696-PE. RSTJ 208/512.

Adm **Desapropriação direta** - Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 15-A, e

27, § 1º - Juros compensatórios - Percentual aplicável. REsp n. 591.935-RJ. RSTJ 208/245.

Adm **Desapropriação indireta** - Decreto n. 10.251/1977(SP) - Decreto n. 19.448/1982(SP) - Indenização - Não-cabimento - Restrição administrativa - Imóvel - Aquisição posterior. EREsp n. 254.246-SP. RSTJ 208/31.

PrCv **Desapropriação indireta** - Prescrição vintenária - CPC, art. 20 - Aplicabilidade - CPC, art. 535 - Violação - Não-configuração - Decreto expropriatório - Caducidade - Não-ocorrência - Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 10 e 27, § 1º - Honorários advocatícios - Legislação aplicável - Indenização - Oferta inicial - Inexistência - Medida Provisória n. 2.183-56/2001 - Súmula n. 119-STJ. REsp n. 788.282-PR. RSTJ 208/261.

Cm Despesas hospitalares - *Causa debendi* - Verificação - Possibilidade - **Cheque** - Caução - Nota promissória - Equiparação. REsp n. 796.739-MT. RSTJ 208/378.

PrCv Devedor - Notificação - **Ação monitória** - Contribuição sindical rural - Guia de recolhimento - Prova - Caracterização. REsp n. 466.366-MT. RSTJ 208/240.

PrCv Dilação probatória - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Ausência - Lei Municipal n. 3.123/2000 (RJ) - **Recurso em mandado de segurança** - Via eleita inadequada. RMS n. 19.685-RJ. RSTJ 208/93.

Adm Direito líquido e certo - Ausência - Concurso público - Lei n. 8.112/1990, arts. 5º, VI, e 14, parágrafo único - **Mandado de segurança** - Nomeação - Posse - Recusa por junta médica - Possibilidade. MS n. 9.331-DF. RSTJ 208/24.

PrCv Direito líquido e certo - Ausência - Dilação probatória - Impossibilidade - Lei Municipal n. 3.123/2000 (RJ) - **Recurso em mandado de segurança** - Via eleita inadequada. RMS n. 19.685-RJ. RSTJ 208/93.

Adm Direito líquido e certo - Ausência - Gratificação Complementar de Remuneração Paritária - Não-cabimento - Lei Complementar n. 137/1995-SC - Lei n. 9.487/1995-SC, art. 10 - Militar - **Recurso em mandado de segurança** - Subtenentes - Oficiais - Equiparação - Não-ocorrência. RMS n. 10.307-SC. RSTJ 208/548.

Adm Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 8.935/1994, arts. 35 e 36 - **Recurso em mandado de segurança** - Teoria dos atos próprios - Aplicabilidade - Titular de serventia notarial - Afastamento preventivo - Legalidade. RMS n. 14.908-BA. RSTJ 208/225.

Trbt Divergência jurisprudencial não-demonstrada - CPC, art. 541, parágrafo único - **Execução fiscal** - Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) - Lançamento - Notificação - Presunção *iuris tantum* - Ônus da prova - Contribuinte - RISTJ, art. 255, §§ 1º e 2º. REsp n. 715.904-PR. RSTJ 208/256.

PrCv Documentos essenciais - Ausência - Cédula de crédito rural - Correção monetária - Incidência - CPC, art. 616 - **Execução** - Juros remuneratórios - Limite legal - Mora - Caracterização - Petição inicial - Emenda - Possibilidade. REsp n. 905.211-DF. RSTJ 208/387.

Pn Dupla qualificação - Pena - Aumento -Impossibilidade - CP, art. 33, § 2º, **b**, e 59 - Crime de roubo qualificado - **Habeas corpus** - Maus antecedentes - Não-cabimento - Pena-base - Fixação - Princípio da presunção da não culpabilidade - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 54.705-RJ. RSTJ 208/531.

E

PrCv Embargos à execução - Oposição - Necessidade - CPC, arts. 741 e 745 - **Execução por título extrajudicial** - Prequestionamento - Ausência. REsp n. 841.158-RJ. RSTJ 208/204.

PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-cabimento - Honorários advocatícios - Revisão. AgRg nos EREsp n. 610.886-CE. RSTJ 208/21.

PrCv **Embargos infringentes** - Cabimento - CPC, arts. 267, 515, § 3º, e 530 - Decisão meritória - Caracterização - Teoria da asserção - Aplicabilidade. REsp n. 832.370-MG. RSTJ 208/381.

PrCv **Embargos infringentes** - Cabimento - CPC, art. 530 - Voto vencido - Impugnação - Não-cabimento - Votos majoritários - Impugnação - Exame - Necessidade. REsp n. 303.778-MS. RSTJ 208/423.

Adm **Energia elétrica** - Fornecimento - Suspensão - Impossibilidade - CDC, art. 42 - Débitos antigos. REsp n. 631.736-RS. RSTJ 208/250.

Trbt Entidade de previdência privada - Contribuição - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Limite. EDcl no REsp n. 788.268-SC. RSTJ 208/217.

Cv Equipamento médico - Valor vultoso - Cláusula de eleição de foro - Abusividade - Não-caracterização - **Contrato de venda** - Reserva de domínio. REsp n. 540.054-MG. RSTJ 208/440.

Adm Erro médico - Dano moral - Dano material - Hospital municipal - Menor - Falecimento - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 674.586-SC. RSTJ 208/129.

Adm Estatuto da Criança e do Adolescente - Aplicabilidade - Evento - Limite de idade - Anúncio - Ausência - **Infração administrativa** - Sujeito ativo - Responsável pelo espetáculo. REsp n. 621.906-RJ. RSTJ 208/108.

Adm Evento - Limite de idade - Anúncio - Ausência - Estatuto da Criança e do Adolescente - Aplicabilidade - **Infração administrativa** - Sujeito ativo - Responsável pelo espetáculo. REsp n. 621.906-RJ. RSTJ 208/108.

PrCv **Execução** - Cédula de crédito rural - Correção monetária - Inci-

dência - CPC, art. 616 - Documentos essenciais - Ausência - Juros remuneratórios - Limite legal - Mora - Caracterização - Petição inicial - Emenda - Possibilidade. REsp n. 905.211-DF. RSTJ 208/387.

PrCv **Execução** - CPC, art. 604 - Débito - Liqüidação - Contador judicial - Possibilidade. REsp n. 316.471-SP. RSTJ 208/428.

PrCv **Execução** - Título executivo extrajudicial - Contrato - Interpretação - Impossibilidade - Recurso especial - Via eleita inadequada - Súmula n. 5-STJ. REsp n. 910.993-MG. RSTJ 208/395.

Trbt **Execução fiscal** - CPC, art. 541, parágrafo único - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) - Lançamento - Notificação - Presunção *iuris tantum* - Ônus da prova - Contribuinte - RISTJ, art. 255, §§ 1º e 2º. REsp n. 715.904-PR. RSTJ 208/256.

PrCv **Execução por título extrajudicial** - CPC, arts. 741 e 745 - Embargos à execução - Oposição - Necessidade - Prequestionamento - Ausência. REsp n. 841.158-RJ. RSTJ 208/204.

PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Ação rescisória** - Decadência - Litisconsorte passivo necessário - Citação - Ausência - Relação processual - Regularização - Impossibilidade. AgRg na AR n. 3.070-AL. RSTJ 208/451.

F

PrCv Férias forenses - **Agravo de instrumento** - Câmara de Férias - Apreciação - Redistribuição do recurso - Cabimento. RMS n. 14.137-BA. RSTJ 208/414.

G

Adm Gratificação Complementar de Remuneração Paritária - Não-cabimento - Direito líquido e certo - Ausência - Lei Complementar n. 137/1995-SC - Lei n. 9.487/1995-SC, art. 10 - Militar - **Recurso em mandado de segurança** - Subtenentes - Oficiais - Equiparação - Não-ocorrência. RMS n. 10.307-SC. RSTJ 208/548.

H

PrPn **Habeas corpus** - Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 108, § 1º; 567, e 581, II - Crime de homicídio qualificado - Denúncia - Aditamento - Nulidade - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 36.696-PE. RSTJ 208/512.

PrPn **Habeas corpus** - Arma de brinquedo - Utilização - Crime de roubo - Pena - Aumento - Impossibilidade - Súmula n. 174-STJ - Cancelamento. HC n. 46.854-SP. RSTJ 208/527.

PrPn **Habeas corpus** - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Citação editalícia - Nulidade - Não-caracterização - Crime de estelionato - Réu - Nome

falso - Oferecimento. HC n. 36.107-SP. RSTJ 208/468.

Pn **Habeas corpus** - CP, art. 33, § 2º, **b**, e 59 - Crime de roubo qualificado - Dupla qualificação - Pena - Aumento -Impossibilidade - Maus antecedentes - Não-cabimento - Pena-base - Fixação - Princípio da presunção da não culpabilidade - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 54.705-RJ. RSTJ 208/531.

PrPn **Habeas corpus** - CP, art. 113 - Crime de estelionato - Indulto - Cassação - Prescrição da pretensão executória - Cabimento. HC n. 22.182-MG. RSTJ 208/502.

PrPn **Habeas corpus** - Crime de estupro - Crime de latrocínio - Delação de co-réu - Interrogatório - Advogado de delatado - Participação - Não-cabimento. HC n. 42.780-PR. RSTJ 208/473.

PrPn **Habeas corpus** - Crime de tráfico de entorpecente - Mandado judicial - Existência - Substância entorpecente - Apreensão - Legalidade. HC n. 33.086-SP. RSTJ 208/504.

PrCv Honorários advocatícios - Legislação aplicável - CPC, art. 20 - Aplicabilidade - CPC, art. 535 - Violação - Não-configuração - Decreto expropriatório - Caducidade - Não-ocorrência - Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 10 e 27, § 1º - **Desapropriação indireta** - Prescrição vintenária - Indenização - Oferta inicial - Inexistência - Medida Provisória n. 2.183-56/2001 - Súmula n. 119-STJ. REsp n. 788.282-PR. RSTJ 208/261.

PrCv Honorários advocatícios - Revisão - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-cabimento. AgRg nos EREsp n. 610.886-CE. RSTJ 208/21.

Tr **Hora extra habitual** - Indenização - Cabimento - Salário - Incorporação - Impossibilidade - Súmula n. 291-TST. AgRg no REsp n. 286.101-RS. RSTJ 208/413.

Adm Hospital municipal - Menor - Falecimento - Dano moral - Dano material - Erro médico - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 674.586-SC. RSTJ 208/129.

I

PrCv Ilegitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - **Ação civil pública** - Benefício previdenciário - Concessão. AgRg no REsp n. 441.815-SC. RSTJ 208/499.

PrCv Ilegitimidade passiva *ad causam* - Empresa comercial cedente - **Ação revisional** - Contrato de cartão de crédito - Encargo excessivo - Nome comercial - Cessão. REsp n. 652.069-RS. RSTJ 208/364.

PrCv Ilegitimidade passiva *ad causam* - Presidente da Assembléia Legislativa - Autoridade coatora - Presidente do Tribunal de Justiça - Lei n. 14.277/2003-PR - **Recurso em mandado de segurança** - Serven-

tias cartorárias - Criação. RMS n. 19.604-PR. RSTJ 208/91.

Trbt **Imposto de Importação (II)** - CTN, art. 112, IV - Aplicabilidade - Declaração falsa - Mercadoria - Perdimento parcial - Penalidade - Limites - Fixação. REsp n. 868.981-SP. RSTJ 208/211.

Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Aposentadoria complementar - Lei n. 7.713/1988 - Lei n. 9.250/1995. REsp n. 891.887-MG. RSTJ 208/287.

Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Ativo imobilizado - Reavaliação de bens - Benefício fiscal - Restrição - Impossibilidade - Decreto-Lei n. 1.346/1974 - Decreto-Lei n. 75.247/1975 - Decreto-Lei n. 85.450/1980 - Princípio da hierarquia das leis - Violação. REsp n. 839.519-MA. RSTJ 208/177.

Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Limite - Entidade de previdência privada - Contribuição. EDcl no REsp n. 788.268-SC. RSTJ 208/217.

Trbt Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) - Lançamento - Notificação - Presunção *iuris tantum* - Ônus da prova - Contribuinte - CPC, art. 541, parágrafo único - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - **Execução fiscal** - RISTJ, art. 255, §§ 1º e 2º. REsp n. 715.904-PR. RSTJ 208/256.

Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Base de cálculo - Redução - Convênio - Observância. REsp n. 613.695-RS. RSTJ 208/101.

Cv Indébito - Remuneração - Taxa do cheque especial - Não-cabimento - CC/2002, arts. 106 e 406 - Conta corrente - Fundos - Transferência injustificada - **Responsabilidade civil**. REsp n. 447.431-MG. RSTJ 208/301.

Tr Indenização - Cabimento - **Hora extra habitual** - Salário - Incorporação - Impossibilidade - Súmula n. 291-TST. AgRg no REsp n. 286.101-RS. RSTJ 208/413.

Ct Indenização - Não-cabimento - **Dano ambiental** - Lavoura de cana-de-açúcar - Queimada - Ilegalidade - Lei n. 4.771/1965, art. 27 - Aplicabilidade. REsp n. 439.456-SP. RSTJ 208/236.

Adm Indenização - Não-cabimento - Decreto n. 10.251/1977-SP - Decreto n. 19.448/1982-SP - **Desapropriação indireta** - Restrição administrativa - Imóvel - Aquisição posterior. EREsp n. 254.246-SP. RSTJ 208/31.

PrCv Indenização - Oferta inicial - Inexistência - CPC, art. 20 - Aplicabilidade - CPC, art. 535 - Violação - Não-configuração - Decreto expropriatório - Caducidade - Não-ocorrência - Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 10 e 27, § 1º - **Desapropriação indireta** - Prescrição vintenária - Honorários advocatícios - Legislação aplicável - Medida Provisória n. 2.183-56/2001 - Súmula n. 119-STJ. REsp n. 788.282-PR. RSTJ 208/261.

PrPn Indulto - Cassação - CP, art. 113 - Crime de estelionato - **Habeas cor-**

pus - Prescrição da pretensão executória - Cabimento. HC n. 22.182-MG. RSTJ 208/502.

Adm **Infração administrativa** - Estatuto da Criança e do Adolescente - Aplicabilidade - Evento - Limite de idade - Anúncio - Ausência - Sujeito ativo - Responsável pelo espetáculo. REsp n. 621.906-RJ. RSTJ 208/108.

Cm Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Declaração de ofício - Possibilidade - Caducidade - Ocorrência - Código de Propriedade Industrial, art. 94 - **Marca** - Falta de uso. REsp n. 649.261-RJ. RSTJ 208/355.

Adm Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Responsabilidade - Caracterização - Lei n. 8.112/1990, art. 248 - **Pensão por morte** - Servidor público federal. REsp n. 605.837-RJ. RSTJ 208/489.

PrPn Interrogatório - Advogado de delatado - Participação - Não-cabimento - Crime de estupro - Crime de latrocínio - Delação de co-réu - **Habeas corpus**. HC n. 42.780-PR. RSTJ 208/473.

Trbt Intervenção no domínio econômico - Caracterização - **Contribuição ao Incra** - Vigência - Lei n. 7.787/1989 - Lei n. 8.212/1991. REsp n. 650.235-PR. RSTJ 208/122.

J

Adm Juros compensatórios - Percentual aplicável - Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 15-A, e 27, § 1º - **Desapropriação direta**. REsp n. 591.935-RJ. RSTJ 208/245.

PrCv Juros remuneratórios - Limite legal - Cédula de crédito rural - Correção monetária - Incidência - CPC, art. 616 - Documentos essenciais - Ausência - **Execução** - Mora - Caracterização - Petição inicial - Emenda - Possibilidade. REsp n. 905.211-DF. RSTJ 208/387.

L

Ct Lavoura de cana-de-açúcar - Queimada - Ilegalidade - **Dano ambiental** - Indenização - Não-cabimento - Lei n. 4.771/1965, art. 27 - Aplicabilidade. REsp n. 439.456-SP. RSTJ 208/236.

PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Distrito Federal - Câmara Legislativa do Distrito Federal - Personalidade jurídica - Inexistência - **Mandado de segurança** - Recurso especial - Servidor público - Tempo de serviço - Contagem. REsp n. 608.798-DF. RSTJ 208/492.

PrCv Legitimidade passiva *ad causam* - Presidente de sindicato - **Ação indenizatória** - Dano moral - Valor exorbitante - Não-caracterização - Responsabilidade civil. REsp n. 530.805-RO. RSTJ 208/435.

PrCv Legitimidade passiva *ad causam* - Promitente vendedor - **Ação de**

adjudicação compulsória - Litisconsórcio - Cedentes - Desnecessidade. REsp n. 648.468-SP. RSTJ 208/347.

Adm Lei Complementar n. 137/1995-SC - Direito líquido e certo - Ausência - Gratificação Complementar de Remuneração Paritária - Não-cabimento - Lei n. 9.487/1995-SC, art. 10 - Militar - **Recurso em mandado de segurança** - Subtenentes - Oficiais - Equiparação - Não-ocorrência. RMS n. 10.307-SC. RSTJ 208/548.

PrCv Lei Municipal n. 3.123/2000-RJ - Dilação probatória - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Ausência - **Recurso em mandado de segurança** - Via eleita inadequada. RMS n. 19.685-RJ. RSTJ 208/93.

Adm Lei n. 3.438/2000(RJ) - Multa - Ilegalidade - **Recurso em mandado de segurança** - Responsabilidade - Distribuidora - Tanque de combustível - Instalação de lacre. RMS n. 16.871-RJ. RSTJ 208/75.

Adm Lei n. 4.595/1964 - Banco Central do Brasil (Bacen) - Regime de banda cambial - Instituição - Irregularidade - Não-ocorrência - Lei n. 9.069/1995 - **Responsabilidade civil do Estado** - Não-configuração. REsp n. 639.170-PR. RSTJ 208/114.

Ct Lei n. 4.771/1965, art. 27 - Aplicabilidade - **Dano ambiental** - Indenização - Não-cabimento - Lavoura de cana-de-açúcar - Queimada - Ilegalidade. REsp n. 439.456-SP. RSTJ 208/236.

PrCv Lei n. 5.478/1968, art. 14, na redação da Lei n. 6.014/1973 - **Ação revisional de alimentos** - Apelação - Efeito devolutivo - Aplicabilidade. REsp n. 595.209-MG. RSTJ 208/341.

Adm Lei n. 6.174/1970(PR), art. 264 - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Recurso administrativo - Efeito suspensivo - Concessão - Impossibilidade - Verba alimentar - Irrelevância. RMS n. 17.745-PR. RSTJ 208/483.

Trbt Lei n. 7.713/1988 - Aposentadoria complementar - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Lei n. 9.250/1995. REsp n. 891.887-MG. RSTJ 208/287.

Trbt Lei n. 7.787/1989 - **Contribuição ao Incra** - Vigência - Intervenção no domínio econômico - Caracterização - Lei n. 8.212/1991. REsp n. 650.235-PR. RSTJ 208/122.

Adm Lei n. 8.112/1990, arts. 5º, VI, e 14, parágrafo único - Concurso público - Direito líquido e certo - Ausência - **Mandado de segurança** - Nomeação - Posse - Recusa por junta médica - Possibilidade. MS n. 9.331-DF. RSTJ 208/24.

Adm Lei n. 8.112/1990, art. 248 - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Responsabilidade - Caracterização - **Pensão por morte** - Servidor público federal. REsp n. 605.837-RJ. RSTJ 208/489.

Trbt Lei n. 8.212/1991 - **Contribuição ao Incra** - Vigência - Intervenção no domínio econômico - Caracterização - Lei n. 7.787/1989. REsp n. 650.235-PR. RSTJ 208/122.

Adm Lei n. 8.935/1994, arts. 35 e 36 - Direito líquido e certo - Ausência - **Recurso em mandado de segurança** - Teoria dos atos próprios - Aplicabilidade - Titular de serventia notarial - Afastamento preventivo - Legalidade. RMS n. 14.908-BA. RSTJ 208/225.

Adm Lei n. 9.069/1995 - Banco Central do Brasil (Bacen) - Regime de banda cambial - Instituição - Irregularidade - Não-ocorrência - Lei n. 4.595/1964 - **Responsabilidade civil do Estado** - Não-configuração. REsp n. 639.170-PR. RSTJ 208/114.

Trbt Lei n. 9.250/1995 - Aposentadoria complementar - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Lei n. 7.713/1988. REsp n. 891.887-MG. RSTJ 208/287.

Adm Lei n. 9.487/1995-SC, art. 10 - Direito líquido e certo - Ausência - Gratificação Complementar de Remuneração Paritária - Não-cabimento - Lei Complementar n. 137/1995-SC - Militar - **Recurso em mandado de segurança** - Subtenentes - Oficiais - Equiparação - Não-ocorrência. RMS n. 10.307-SC. RSTJ 208/548.

Adm Lei n. 9.503/1997, arts. 280; 281; 284 e 286, § 1º e § 2º - **Ato administrativo** - Convalidação - Impossibilidade - Autuação *in facie* - Validade - Multa - Pagamento - Irrelevância - Princípio da inafastabilidade da jurisdição. REsp n. 789.603-RS. RSTJ 208/271.

PrCv Lei n. 14.277/2003(PR) - Autoridade coatora - Presidente do Tribunal de Justiça - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Presidente da Assembléia Legislativa - **Recurso em mandado de segurança** - Serventias cartorárias - Criação. RMS n. 19.604-PR. RSTJ 208/91.

PrCv Litisconsórcio - Cedentes - Desnecessidade - **Ação de adjudicação compulsória** - Legitimidade passiva *ad causam* - Promitente vendedor. REsp n. 648.468-SP. RSTJ 208/347.

PrCv Litisconsórcio unitário - **Ação anulatória** - Cabimento - Citação - Litisconsortes - Ausência. REsp n. 194.029-SP. RSTJ 208/552.

PrCv Litisconsorte passivo necessário - Citação - Ausência - **Ação rescisória** - Decadência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Relação processual - Regularização - Impossibilidade. AgRg na AR n. 3.070-AL. RSTJ 208/451.

M

Adm **Mandado de segurança** - Acumulação ilegal de cargos - Configuração - Demissão - Legalidade - Processo administrativo disciplinar - Servidor público. MS n. 10.031-DF. RSTJ 208/458.

PrCv **Mandado de segurança** - Câmara Legislativa do Distrito Federal - Personalidade jurídica - Inexistência - Legitimidade ativa *ad causam* - Distrito Federal - Recurso especial - Servidor público - Tempo de serviço - Contagem. REsp n. 608.798-DF. RSTJ 208/492.

Adm **Mandado de segurança** - Concurso público - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 8.112/1990, arts. 5º, VI, e 14, parágrafo único - Nomeação - Posse - Recusa por junta médica - Possibilidade. MS n. 9.331-DF. RSTJ 208/24.

PrCv **Mandado de segurança** - CPC, arts. 282, 283 e 285, I - Petição inicial - Inépcia - Não-configuração. REsp n. 839.935-MT. RSTJ 208/198.

Adm **Mandado de segurança** - Demissão - Portaria de instauração - Imputação genérica - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público. EDcl no MS n. 8.248-DF. RSTJ 208/454.

PrCv **Mandado de segurança** - Impetração - Código de Processo Civil - Aplicabilidade - Prazo - Termo inicial - Termo final. REsp n. 201.111-SC. RSTJ 208/559.

Adm **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Lei n. 6.174/1970 (PR), art. 264 - Recurso administrativo - Efeito suspensivo - Concessão - Impossibilidade - Verba alimentar - Irrelevância. RMS n. 17.745-PR. RSTJ 208/483.

PrPn Mandado judicial - Existência - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Substância entorpecente - Apreensão - Legalidade. HC n. 33.086-SP. RSTJ 208/504.

Cm **Marca** - Falta de uso - Caducidade - Ocorrência - Código de Propriedade Industrial, art. 94 - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Declaração de ofício - Possibilidade. REsp n. 649.261-RJ. RSTJ 208/355.

Cv Matéria jornalística - Honra - Ofensa - Decadência trimestral - Não-cabimento - **Responsabilidade civil**. REsp n. 625.023-PE. RSTJ 208/445.

Pn Maus antecedentes - Não-cabimento - CP, art. 33, § 2º, **b**, e 59 - Crime de roubo qualificado - Dupla qualificação - Pena - Aumento -Impossibilidade - **Habeas corpus** - Pena-base - Fixação - Princípio da presunção da não culpabilidade - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 54.705-RJ. RSTJ 208/531.

PrCv Medida Provisória n. 2.183-56/2001 - CPC, art. 20 - Aplicabilidade - CPC, art. 535 - Violação - Não-configuração - Decreto expropriatório - Caducidade - Não-ocorrência - Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 10 e 27, § 1º - **Desapropriação indireta** - Prescrição vintenária - Honorários advocatícios - Legislação aplicável - Indenização - Oferta inicial - Inexistência - Súmula n. 119-STJ. REsp n. 788.282-PR. RSTJ 208/261.

Trbt Mercadoria - Perdimento parcial - CTN, art. 112, IV - Aplicabilidade - Declaração falsa - **Imposto de Importação (II)** - Penalidade - Limites - Fixação. REsp n. 868.981-SP. RSTJ 208/211.

Adm Militar - Direito líquido e certo - Ausência - Gratificação Complemen-

tar de Remuneração Paritária - Não-cabimento - Lei Complementar n. 137/1995-SC - Lei n. 9.487/1995-SC, art. 10 - **Recurso em mandado de segurança** - Subtenentes - Oficiais - Equiparação - Não-ocorrência. RMS n. 10.307-SC. RSTJ 208/548.

PrCv Mora - Caracterização - Cédula de crédito rural - Correção monetária - Incidência - CPC, art. 616 - Documentos essenciais - Ausência - **Execução** - Juros remuneratórios - Limite legal - Petição inicial - Emenda - Possibilidade. REsp n. 905.211-DF. RSTJ 208/387.

Adm Multa - Ilegalidade - Lei n. 3.438/2000-RJ - **Recurso em mandado de segurança** - Responsabilidade - Distribuidora - Tanque de combustível - Instalação de lacre. RMS n. 16.871-RJ. RSTJ 208/75.

Adm Multa - Pagamento - Irrelevância - **Ato administrativo** - Convalidação - Impossibilidade - Autuação *in facie* - Validade - Lei n. 9.503/1997, arts. 280; 281; 284 e 286, § 1º e § 2º - Princípio da inafastabilidade da jurisdição. REsp n. 789.603-RS. RSTJ 208/271.

Adm Multa diária - Limitação - Constituição em mora - Comunicação - Não-obrigatoriedade - Contrato administrativo - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 22.369-DF. RSTJ 208/229.

N

PrCv Não-localização - Equiparação - **Ação de busca e apreensão** - Ação de depósito - Conversão - Bem localizado - Estado da sucata. REsp n. 654.741-SP. RSTJ 208/367.

PrCv Nome comercial - Cessão - **Ação revisional** - Contrato de cartão de crédito - Encargo excessivo - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Empresa comercial cedente. REsp n. 652.069-RS. RSTJ 208/364.

Adm Nomeação - Concurso público - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 8.112/1990, arts. 5º, VI, e 14, parágrafo único - **Mandado de segurança** - Posse - Recusa por junta médica - Possibilidade. MS n. 9.331-DF. RSTJ 208/24.

Cm Nota promissória - Equiparação - *Causa debendi* - Verificação - Possibilidade - **Cheque** - Caução - Despesas hospitalares. REsp n. 796.739-MT. RSTJ 208/378.

O

Trbt **Obrigação tributária** - Pessoa jurídica - Não-pagamento - Responsabilidade tributária - Sócio-gerente - Não-cabimento. REsp n. 896.580-DF. RSTJ 208/295.

P

PrPn Pena - Aumento - Impossibilidade - Arma de brinquedo - Utilização -

Crime de roubo - **Habeas corpus** - Súmula n. 174-STJ - Cancelamento. HC n. 46.854-SP. RSTJ 208/527.

Pn Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direito - Impossibilidade - **Crime de lesão corporal de natureza grave** - Violência contra a pessoa - Caracterização. EDcl no REsp n. 600.706-SE. RSTJ 208/465.

Pn Pena-base - Fixação - CP, art. 33, § 2º, **b**, e 59 - Crime de roubo qualificado - Dupla qualificação - Pena - Aumento -Impossibilidade - **Habeas corpus** - Maus antecedentes - Não-cabimento - Princípio da presunção da não culpabilidade - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 54.705-RJ. RSTJ 208/531.

Trbt Penalidade - Limites - Fixação - CTN, art. 112, IV - Aplicabilidade - Declaração falsa - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria - Perdimento parcial. REsp n. 868.981-SP. RSTJ 208/211.

PrCv Pensão por morte - CPC, arts. 131 e 332 - **Prova testemunhal** - Cabimento - União estável - Comprovação. REsp n. 783.697-GO. RSTJ 208/565.

Adm **Pensão por morte** - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Responsabilidade - Caracterização - Lei n. 8.112/1990, art. 248 - Servidor público federal. REsp n. 605.837-RJ. RSTJ 208/489.

Adm Permissão de uso - Revogação - Contraditório - Desnecessidade - **Recurso em mandado de segurança** - Súmula n. 473-STF. RMS n. 17.644-DF. RSTJ 208/84.

Trbt Pessoa jurídica - Não-pagamento - **Obrigação tributária** - Responsabilidade tributária - Sócio-gerente - Não-cabimento. REsp n. 896.580-DF. RSTJ 208/295.

PrCv Petição inicial - Emenda - Possibilidade - Cédula de crédito rural - Correção monetária - Incidência - CPC, art. 616 - Documentos essenciais - Ausência - **Execução** - Juros remuneratórios - Limite legal - Mora - Caracterização. REsp n. 905.211-DF. RSTJ 208/387.

PrCv Petição inicial - Inépcia - Não-configuração - CPC, arts. 282, 283 e 285, I - **Mandado de segurança**. REsp n. 839.935-MT. RSTJ 208/198.

Trbt **PIS** - Cofins - Isenção - CF/1988, ADCT, art. 40 - Decreto-Lei n. 288/1967, art. 4º - Zona Franca de Manaus - Mercadoria - Destino final. REsp n. 710.990-SC. RSTJ 208/162.

Adm Portaria de instauração - Imputação genérica - Demissão - **Mandado de segurança** - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público. EDcl no MS n. 8.248-DF. RSTJ 208/454.

Adm Posse - Recusa por junta médica - Possibilidade - Concurso público - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 8.112/1990, arts. 5º, VI, e 14, parágrafo único - **Mandado de segurança** - Nomeação. MS n. 9.331-DF. RSTJ

208/24.

PrCv Prazo - Termo inicial - Termo final - Código de Processo Civil - Aplicabilidade - **Mandado de segurança** - Impetração. REsp n. 201.111-SC. RSTJ 208/559.

PrCv Prequestionamento - Ausência - CPC, arts. 741 e 745 - Embargos à execução - Oposição - Necessidade - **Execução por título extrajudicial**. REsp n. 841.158-RJ. RSTJ 208/204.

PrPn Prescrição da pretensão executória - Cabimento - CP, art. 113 - Crime de estelionato - **Habeas corpus** - Indulto - Cassação. HC n. 22.182-MG. RSTJ 208/502.

Adm Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência - Demissão - **Mandado de segurança** - Portaria de instauração - Imputação genérica - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público. EDcl no MS n. 8.248-DF. RSTJ 208/454.

Trbt Princípio da hierarquia das leis - Violação - Ativo imobilizado - Reavaliação de bens - Benefício fiscal - Restrição - Impossibilidade - Decreto-Lei n. 1.346/1974 - Decreto-Lei n. 75.247/1975 - Decreto-Lei n. 85.450/1980 - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção. REsp n. 839.519-MA. RSTJ 208/177.

Adm Princípio da inafastabilidade da jurisdição - **Ato administrativo** - Convalidação - Impossibilidade - Autuação *in facie* - Validade - Lei n. 9.503/1997, arts. 280; 281; 284 e 286, § 1º e § 2º - Multa - Pagamento - Irrelevância. REsp n. 789.603-RS. RSTJ 208/271.

Pn Princípio da presunção da não culpabilidade - CP, art. 33, § 2º, **b**, e 59 - Crime de roubo qualificado - Dupla qualificação - Pena - Aumento -Impossibilidade - **Habeas corpus** - Maus antecedentes - Não-cabimento - Pena-base - Fixação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 54.705-RJ. RSTJ 208/531.

PrPn Princípio do devido processo legal - Ofensa - Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 108, § 1º; 567, e 581, II - Crime de homicídio qualificado - Denúncia - Aditamento - Nulidade - **Habeas corpus**. HC n. 36.696-PE. RSTJ 208/512.

Adm Princípio do devido processo legal - Ofensa - Não-ocorrência - Demissão - **Mandado de segurança** - Portaria de instauração - Imputação genérica - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público. EDcl no MS n. 8.248-DF. RSTJ 208/454.

Adm Processo administrativo disciplinar - Acumulação ilegal de cargos - Configuração - Demissão - Legalidade - **Mandado de segurança** - Servidor público. MS n. 10.031-DF. RSTJ 208/458.

Adm Processo administrativo disciplinar - Demissão - **Mandado de segu-**

rança - Portaria de instauração - Imputação genérica - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Não-ocorrência - Servidor público. EDcl no MS n. 8.248-DF. RSTJ 208/454.

PrCv Prova - Caracterização - **Ação monitória** - Contribuição sindical rural - Guia de recolhimento - Devedor - Notificação. REsp n. 466.366-MT. RSTJ 208/240.

PrCv **Prova testemunhal** - Cabimento - CPC, arts. 131 e 332 - Pensão por morte - União estável - Comprovação. REsp n. 783.697-GO. RSTJ 208/565.

Q

Cv *Quantum* indenizatório - **Responsabilidade civil** - Salvado - Abatimento - Impossibilidade - Súmula n. 7-STJ - Veículo - Desvalorização - Não-ocorrência. REsp n. 714.933-PE. RSTJ 208/372.

R

Adm Recurso administrativo - Efeito suspensivo - Concessão - Impossibilidade - Lei n. 6.174/1970(PR), art. 264 - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Verba alimentar - Irrelevância. RMS n. 17.745-PR. RSTJ 208/483.

PrPn **Recurso em habeas corpus** - Alegações finais - Apresentação - Crime de roubo qualificado - Defensor dativo - Defesa técnica - Deficiência - Não-ocorrência - Réu foragido - Súmula n. 523-STF. RHC n. 12.690-PR. RSTJ 208/538.

Adm **Recurso em mandado de segurança** - Aposentadoria compulsória - Inaplicabilidade - Serviço notarial e de registro. RMS n. 12.614-MG. RSTJ 208/220.

PrCv **Recurso em mandado de segurança** - Autoridade coatora - Presidente do Tribunal de Justiça - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Presidente da Assembléia Legislativa - Lei n. 14.277/2003-PR - Serventias cartorárias - Criação. RMS n. 19.604-PR. RSTJ 208/91.

Adm **Recurso em mandado de segurança** - Constituição em mora - Comunicação - Não-obrigatoriedade - Contrato administrativo - Multa diária - Limitação. RMS n. 22.369-DF. RSTJ 208/229.

Adm **Recurso em mandado de segurança** - Contraditório - Desnecessidade - Permissão de uso - Revogação - Súmula n. 473-STF. RMS n. 17.644-DF. RSTJ 208/84.

Adm **Recurso em mandado de segurança** - Direito líquido e certo - Ausência - Gratificação Complementar de Remuneração Paritária - Não-cabimento - Lei Complementar n. 137/1995(SC) - Lei n. 9.487/1995(SC), art. 10 - Militar - Subtenentes - Oficiais - Equiparação - Não-ocorrên-

cia. RMS n. 10.307-SC. RSTJ 208/548.

Adm **Recurso em mandado de segurança** - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 8.935/1994, arts. 35 e 36 - Teoria dos atos próprios - Aplicabilidade - Titular de serventia notarial - Afastamento preventivo - Legalidade. RMS n. 14.908-BA. RSTJ 208/225.

Adm **Recurso em mandado de segurança** - Lei n. 3.438/2000-RJ - Multa - Ilegalidade - Responsabilidade - Distribuidora - Tanque de combustível - Instalação de lacre. RMS n. 16.871-RJ. RSTJ 208/75.

PrCv **Recurso em mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Dilação probatória - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Ausência - Lei Municipal n. 3.123/2000-RJ. RMS n. 19.685-RJ. RSTJ 208/93.

PrCv Recurso especial - Câmara Legislativa do Distrito Federal - Personalidade jurídica - Inexistência - Legitimidade ativa *ad causam* - Distrito Federal - **Mandado de segurança** - Servidor público - Tempo de serviço - Contagem. REsp n. 608.798-DF. RSTJ 208/492.

PrCv Recurso especial - Via eleita inadequada - **Ação rescisória** - Decisão meritória - Inconstitucionalidade - CF/1988, art. 102, III, **a**. REsp n. 758.383-PR. RSTJ 208/168.

PrCv Recurso especial - Via eleita inadequada - Contrato - Interpretação - Impossibilidade - **Execução** - Título executivo extrajudicial - Súmula n. 5-STJ. REsp n. 910.993-MG. RSTJ 208/395.

PrCv Redistribuição do recurso - Cabimento - **Agravo de instrumento** - Câmara de Férias - Apreciação - Férias forenses. RMS n. 14.137-BA. RSTJ 208/414.

Pn Regime prisional semi-aberto - Cabimento - CP, art. 33, § 2º, **b**, e 59 - Crime de roubo qualificado - Dupla qualificação - Pena - Aumento - Impossibilidade - **Habeas corpus** - Maus antecedentes - Não-cabimento - Pena-base - Fixação - Princípio da presunção da não culpabilidade. HC n. 54.705-RJ. RSTJ 208/531.

PrCv Relação processual - Regularização - Impossibilidade - **Ação rescisória** - Decadência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Litisconsorte passivo necessário - Citação - Ausência. AgRg na AR n. 3.070-AL. RSTJ 208/451.

PrCv Repetição do indébito - **Ação declaratória** - Decisão *ultra petita* - Não-caracterização. REsp n. 896.502-SC. RSTJ 208/292.

Adm Responsabilidade - Distribuidora - Lei n. 3.438/2000-RJ - Multa - Ilegalidade - **Recurso em mandado de segurança** - Tanque de combustível - Instalação de lacre. RMS n. 16.871-RJ. RSTJ 208/75.

PrCv Responsabilidade civil - **Ação indenizatória** - Dano moral - Valor exorbitante - Não-caracterização - Legitimidade passiva *ad causam* - Presidente de sindicato. REsp n. 530.805 - RO. RSTJ 208/435.

Cv **Responsabilidade civil** - CC/2002, arts. 106 e 406 - Conta corren-

te - Fundos - Transferência injustificada - Indébito - Remuneração - Taxa do cheque especial - Não-cabimento. REsp n. 447.431-MG. RSTJ 208/301.

Cv **Responsabilidade civil** - Decadência trimestral - Não-cabimento - Matéria jornalística - Honra - Ofensa. REsp n. 625.023-PE. RSTJ 208/445.

Cv **Responsabilidade civil** - *Quantum* indenizatório - Salvado - Abatimento - Impossibilidade - Súmula n. 7-STJ - Veículo - Desvalorização - Não-ocorrência. REsp n. 714.933-PE. RSTJ 208/372.

Adm **Responsabilidade civil do Estado** - Dano moral - Dano material - Erro médico - Hospital municipal - Menor - Falecimento. REsp n. 674.586-SC. RSTJ 208/129.

Adm **Responsabilidade civil do Estado** - Não-configuração - Banco Central do Brasil (Bacen) - Regime de banda cambial - Instituição - Irregularidade - Não-ocorrência - Lei n. 4.595/1964 - Lei n. 9.069/1995. REsp n. 639.170-PR. RSTJ 208/114.

Trbt Responsabilidade tributária - Sócio-gerente - Não-cabimento - **Obrigação tributária** - Pessoa jurídica - Não-pagamento. REsp n. 896.580-DF. RSTJ 208/295.

Adm Restrição administrativa - Imóvel - Aquisição posterior - Decreto n. 10.251/1977-SP - Decreto n. 19.448/1982-SP - **Desapropriação indireta** - Indenização - Não-cabimento. EREsp n. 254.246-SP. RSTJ 208/31.

PrPn Réu - Nome falso - Oferecimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Citação editalícia - Nulidade - Não-caracterização - Crime de estelionato - **Habeas corpus**. HC n. 36.107-SP. RSTJ 208/468.

PrPn Réu foragido - Alegações finais - Apresentação - Crime de roubo qualificado - Defensor dativo - Defesa técnica - Deficiência - Não-ocorrência - **Recurso em habeas corpus** - Súmula n. 523-STF. RHC n. 12.690-PR. RSTJ 208/538.

Trbt RISTJ, art. 255, §§ 1º e 2º - CPC, art. 541, parágrafo único - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - **Execução fiscal** - Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) - Lançamento - Notificação - Presunção *iuris tantum* - Ônus da prova - Contribuinte. REsp n. 715.904-PR. RSTJ 208/256.

S

Tr Salário - Incorporação - Impossibilidade - **Hora extra habitual** - Indenização - Cabimento - Súmula n. 291-TST. AgRg no REsp n. 286.101-RS. RSTJ 208/413.

Cv Salvado - Abatimento - Impossibilidade - *Quantum* indenizatório - **Res-**

ponsabilidade civil - Súmula n. 7-STJ - Veículo - Desvalorização - Não-ocorrência. REsp n. 714.933-PE. RSTJ 208/372.

PrCv Seguro de vida e acidentes pessoais - **Ação de cobrança** - Coisa julgada - Configuração - Transação - Homologação - Quitação - Ocorrência. REsp n. 796.727-SP. RSTJ 208/376.

PrCv Serventias cartorárias - Criação - Autoridade coatora - Presidente do Tribunal de Justiça - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Presidente da Assembléia Legislativa - Lei n. 14.277/2003-PR - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 19.604-PR. RSTJ 208/91.

Adm Serviço notarial e de registro - Aposentadoria compulsória - Inaplicabilidade - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 12.614-MG. RSTJ 208/220.

Adm Servidor público - Acumulação ilegal de cargos - Configuração - Demissão - Legalidade - **Mandado de segurança** - Processo administrativo disciplinar. MS n. 10.031-DF. RSTJ 208/458.

PrCv Servidor público - Câmara Legislativa do Distrito Federal - Personalidade jurídica - Inexistência - Legitimidade ativa *ad causam* - Distrito Federal - **Mandado de segurança** - Recurso especial - Tempo de serviço - Contagem. REsp n. 608.798-DF. RSTJ 208/492.

Adm Servidor público - Demissão - **Mandado de segurança** - Portaria de instauração - Imputação genérica - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo disciplinar. EDcl no MS n. 8.248-DF. RSTJ 208/454.

Adm Servidor público federal - Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Responsabilidade - Caracterização - Lei n. 8.112/1990, art. 248 - **Pensão por morte**. REsp n. 605.837-RJ. RSTJ 208/489.

PrPn Substância entorpecente - Apreensão - Legalidade - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Mandado judicial - Existência. HC n. 33.086-SP. RSTJ 208/504.

Adm Subtenentes - Oficiais - Equiparação - Não-ocorrência - Direito líquido e certo - Ausência - Gratificação Complementar de Remuneração Paritária - Não-cabimento - Lei Complementar n. 137/1995-SC - Lei n. 9.487/1995-SC, art. 10 - Militar - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 10.307-SC. RSTJ 208/548.

Adm Sujeito ativo - Responsável pelo espetáculo - Estatuto da Criança e do Adolescente - Aplicabilidade - Evento - Limite de idade - Anúncio - Ausência - **Infração administrativa**. REsp n. 621.906-RJ. RSTJ 208/108.

PrCv Súmula n. 5-STJ - Contrato - Interpretação - Impossibilidade - **Execução** - Título executivo extrajudicial - Recurso especial - Via eleita inadequada. REsp n. 910.993-MG. RSTJ 208/395.

Cv Súmula n. 7-STJ - *Quantum* indenizatório - **Responsabilidade civil** - Salvado - Abatimento - Impossibilidade - Veículo - Desvalorização - Não-ocorrência. REsp n. 714.933-PE. RSTJ 208/372.

PrCv Súmula n. 119-STJ - CPC, art. 20 - Aplicabilidade - CPC, art. 535 - Violação - Não-configuração - Decreto expropriatório - Caducidade - Não-ocorrência - Decreto-Lei n. 3.365/1941, arts. 10 e 27, § 1º - **Desapropriação indireta** - Prescrição vintenária - Honorários advocatícios - Legislação aplicável - Indenização - Oferta inicial - Inexistência - Medida Provisória n. 2.183-56/2001. REsp n. 788.282-PR. RSTJ 208/261.

PrPn Súmula n. 174-STJ - Cancelamento - Arma de brinquedo - Utilização - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Pena - Aumento - Impossibilidade. HC n. 46.854-SP. RSTJ 208/527.

Tr Súmula n. 291-TST - **Hora extra habitual** - Indenização - Cabimento - Salário - Incorporação - Impossibilidade. AgRg no REsp n. 286.101-RS. RSTJ 208/413.

PrCv Súmula n. 344-STJ - Sentença - Coisa julgada - Ofensa - Não-ocorrência - CPC, arts. 604 e 606, II - Liquidação - Diversidade de forma. RSTJ 208/575.

PrCv Súmula n. 345-STJ - Ação coletiva - CF/1988, art. 133 - CPC, art. 20, § 4º - Embargos - Obrigatoriedade - Ausência - Execução individual de sentença - Fazenda Pública - Honorários advocatícios - Incidência - Lei n. 9.494/1997, art. 1º-D - Medida Provisória n. 2.180-35/2001, art. 4º. RSTJ 208/576.

Adm Súmula n. 473-STF - Contraditório - Desnecessidade - Permissão de uso - Revogação - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 17.644-DF. RSTJ 208/84.

PrPn Súmula n. 523-STF - Alegações finais - Apresentação - Crime de roubo qualificado - Defensor dativo - Defesa técnica - Deficiência - Não-ocorrência - **Recurso em habeas corpus** - Réu foragido. RHC n. 12.690-PR. RSTJ 208/538.

T

Adm Tanque de combustível - Instalação de lacre - Lei n. 3.438/2000-RJ - Multa - Ilegalidade - **Recurso em mandado de segurança** - Responsabilidade - Distribuidora. RMS n. 16.871-RJ. RSTJ 208/75.

PrCv Tempo de serviço - Contagem - Câmara Legislativa do Distrito Federal - Personalidade jurídica - Inexistência - Legitimidade ativa *ad causam* - Distrito Federal - **Mandado de segurança** - Recurso especial - Servidor público. REsp n. 608.798-DF. RSTJ 208/492.

PrCv Teoria da asserção - Aplicabilidade - CPC, arts. 267, 515, § 3º, e 530 - Decisão meritória - Caracterização - **Embargos infringentes** - Cabimento. REsp n. 832.370-MG. RSTJ 208/381.

Adm Teoria dos atos próprios - Aplicabilidade - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 8.935/1994, arts. 35 e 36 - **Recurso em mandado de segurança** - Titular de serventia notarial - Afastamento preventivo - Legalidade. RMS n. 14.908-BA. RSTJ 208/225.

Adm Titular de serventia notarial - Afastamento preventivo - Legalidade - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 8.935/1994, arts. 35 e 36 - **Recurso em mandado de segurança** - Teoria dos atos próprios - Aplicabilidade. RMS n. 14.908-BA. RSTJ 208/225.

PrCv Transação - Homologação - Quitação - Ocorrência - **Ação de cobrança** - Coisa julgada - Configuração - Seguro de vida e acidentes pessoais. REsp n. 796.727-SP. RSTJ 208/376.

U

PrCv União estável - Comprovação - CPC, arts. 131 e 332 - Pensão por morte - **Prova testemunhal** - Cabimento. REsp n. 783.697-GO. RSTJ 208/565.

V

Cv Veículo - Desvalorização - Não-ocorrência - *Quantum* indenizatório - **Responsabilidade civil** - Salvado - Abatimento - Impossibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 714.933-PE. RSTJ 208/372.

Adm Verba alimentar - Irrelevância - Lei n. 6.174/1970-PR, art. 264 - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Recurso administrativo - Efeito suspensivo - Concessão - Impossibilidade. RMS n. 17.745-PR. RSTJ 208/483.

Pn Violência contra a pessoa - Caracterização - **Crime de lesão corporal de natureza grave** - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direito - Impossibilidade. EDcl no REsp n. 600.706-SE. RSTJ 208/465.

PrCv Voto vencido - Impugnação - Não-cabimento - CPC, art. 530 - **Embargos infringentes** - Cabimento - Votos majoritários - Impugnação - Exame - Necessidade. REsp n. 303.778-MS. RSTJ 208/423.

PrCv Votos majoritários - Impugnação - Exame - Necessidade - CPC, art. 530 - **Embargos infringentes** - Cabimento - Voto vencido - Impugnação - Não-cabimento. REsp n. 303.778-MS. RSTJ 208/423.

Z

Trbt Zona Franca de Manaus - Mercadoria - Destino final - CF/1988, ADCT, art. 40 - Decreto-Lei n. 288/1967, art. 4º - **PIS** - Cofins - Isenção. REsp n. 710.990-SC. RSTJ 208/162.

Índice Sistemático

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA — AgRg na AR

3.070-AL ..... Rel. Min. Felix Fischer ..... RSTJ 208/451.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL — AgRg no REsp

286.101-RS ..... Rel. Min. Aldir Passarinho Junior ..... RSTJ 208/413.
441.815-SC ..... Rel. Min. Paulo Gallotti ..... RSTJ 208/499.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
EM RESP — AgRg nos EREsp

610.886-CE ..... Rel. Min. Fernando Gonçalves ..... RSTJ 208/21.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO
DE SEGURANÇA — EDcl no MS

8.248-DF ..... Rel. Min. Nilson Naves ..... RSTJ 208/454.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL — EDcl no REsp

600.706-SE ..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima ..... RSTJ 208/465.
788.268-SC ..... Rel. Min. Herman Benjamin ..... RSTJ 208/217.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP — EREsp

254.246-SP ..... Rel. Min. João Otávio de Noronha ..... RSTJ 208/31.

HABEAS CORPUS — HC

22.182-MG ..... Rel. Min. Paulo Gallotti ..... RSTJ 208/502.
33.086-SP ..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido ..... RSTJ 208/504.
36.107-SP ..... Rel. Min. Laurita Vaz ..... RSTJ 208/468.
36.696-PE ..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido ..... RSTJ 208/512.
42.780-PR ..... Rel. Min. Felix Fischer ..... RSTJ 208/573.
46.854-SP ..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido ..... RSTJ 208/527.
54.705-RJ ..... Rel. Min. Nilson Naves ..... RSTJ 208/531.

MANDADO DE SEGURANÇA — MS

9.331-DF ..... Rel. Min. Laurita Vaz ..... RSTJ 208/24.
10.031-DF ..... Rel. Min. Felix Fischer ..... RSTJ 208/458.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* — RHC

12.690-PR ..... Rel. Min. Paulo Gallotti ..... RSTJ 208/538.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA — RMS

10.307-SC ..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura .. RSTJ 208/548.
12.614-MG ..... Rel. Min. João Otávio de Noronha ..... RSTJ 208/220.
14.137-BA ..... Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa..... RSTJ 208/414.
14.908-BA ..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 208/225.
16.871-RJ ..... Rel. Min. Denise Arruda ..... RSTJ 208/75.
17.644-DF ..... Rel. Min. Teori Albino Zavascki ..... RSTJ 208/84.
17.745-PR ..... Rel. Min. Laurita Vaz ..... RSTJ 208/483.
19.604-PR ..... Rel. Min. Francisco Falcão ..... RSTJ 208/91.
19.685-RJ ..... Rel. Min. Luiz Fux ..... RSTJ 208/93.
22.369-DF ..... Rel. Min. Herman Benjamin ..... RSTJ 208/229.

RECURSO ESPECIAL — REsp

194.029-SP ..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura .. RSTJ 208/552.
201.111-SC ..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura .. RSTJ 208/559.
296.475-ES ..... Rel. Min. Aldir Passarinho Junior ..... RSTJ 208/419.
303.778-MS ..... Rel. Min. Aldir Passarinho Junior ..... RSTJ 208/423.
316.471-SP ..... Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa..... RSTJ 208/428.
415.884-SP ..... Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa..... RSTJ 208/432.
439.456-SP ..... Rel. Min. João Otávio de Noronha ..... RSTJ 208/236.
447.431-MG ..... Rel. Min. Ari Pargendler ..... RSTJ 208/301.
466.366-MT ..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 208/240.
530.805-RO ..... Rel. Min. Massami Uyeda ..... RSTJ 208/435.
540.054-MG ..... Rel. Min. Massami Uyeda ..... RSTJ 208/440.
591.935-RJ ..... Rel. Min. Herman Benjamin ..... RSTJ 208/245.
595.209-MG ..... Rel. Min. Nancy Andrighi ..... RSTJ 208/341.
605.837-RJ ..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima ..... RSTJ 208/489.

608.798-DF ..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima ..... RSTJ 208/492.
613.695-RS ..... Rel. Min. Teori Albino Zavascki ..... RSTJ 208/101.
621.906-RJ ..... Rel. Min. Denise Arruda ..... RSTJ 208/108.
625.023-PE ..... Rel. Min. Massami Uyeda ..... RSTJ 208/445.
631.736-RS ..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 208/250.
639.170-PR ..... Rel. Min. Denise Arruda ..... RSTJ 208/114.
648.468-SP ..... Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito . RSTJ 208/347.
649.261-RJ ..... Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito . RSTJ 208/355.
650.235-PR ..... Rel. Min. Francisco Falcão ..... RSTJ 208/122.
652.069-RS ..... Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito . RSTJ 208/364.
654.741-SP ..... Rel. Min. Nancy Andrighi ..... RSTJ 208/367.
674.586-SC ..... Rel. Min. Luiz Fux ..... RSTJ 208/129.
710.990-SC ..... Rel. Min. Luiz Fux ..... RSTJ 208/162.
714.933-PE ..... Rel. Min. Ari Pargendler ..... RSTJ 208/372.
715.904-PR ..... Rel. Min. Eliana Calmon..... RSTJ 208/256.
758.383-PR ..... Rel. Min. Teori Albino Zavascki ..... RSTJ 208/168.
783.697-GO ..... Rel. Min. Nilson Naves ..... RSTJ 208/565.
788.282-PR ..... Rel. Min. Eliana Calmon..... RSTJ 208/261.
789.603-RS ..... Rel. Min. Eliana Calmon..... RSTJ 208/371.
796.727-SP ..... Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..... RSTJ 208/376.
796.739-MT ..... Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..... RSTJ 208/378.
832.370-MG..... Rel. Min. Nancy Andrighi ..... RSTJ 208/381.
839.519-MA..... Rel. Min. José Delgado ..... RSTJ 208/177.
839.935-MT ..... Rel. Min. José Delgado ..... RSTJ 208/198.
841.158-RJ ..... Rel. Min. José Delgado ..... RSTJ 208/204.
868.981-SP ..... Rel. Min. Francisco Falcão ..... RSTJ 208/211.
891.887-MG..... Rel. Min. Castro Meira..... RSTJ 208/287.
896.502-SC ..... Rel. Min. Castro Meira..... RSTJ 208/292.
896.580-DF ..... Rel. Min. Castro Meira..... RSTJ 208/295.
905.211-DF ..... Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..... RSTJ 208/387.
910.993-MG..... Rel. Min. Ari Pargendler ..... RSTJ 208/395.

SÚMULAS

Súmula n. 344..... RSTJ 208/575.
Súmula n. 345..... RSTJ 208/576.

Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
Ana	Agência Nacional de Águas
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
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei
DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória

EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
El	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	*Habeas Corpus*
HD	*Habeas Data*
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança

NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em *Habeas Corpus*
RHD	Recurso em *Habeas Data*
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
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 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 1º.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 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 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 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

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal — Editada pela Magister S/A — Portaria n. 4 de 02.08.2006 — DJ 09.08.2006 ..... n. 58
CD-ROM — Jur Magister — Editado pelaeditora Magister S/A — Portaria n. 5 de 09.08.2006 — DJ 15.08.2006. ..... n. 59
DVD — Magister — Editado pela Editora Magister S/A — Portaria n. 6 de 09.08.2006 — DJ 15.08.2006. ..... n. 60
Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris — Editado pela Editora Portal Jurídico Ltda — Portaria n. 7 de 09.08.2006 — DJ 15.08.2006. ..... n. 61
CD-ROM — Gazeta Júri — Editado pela Editora Jurídico Ltda — Portaria n. 8 de 02.10.2006 — DJ 04.10.2006 ..... n. 62