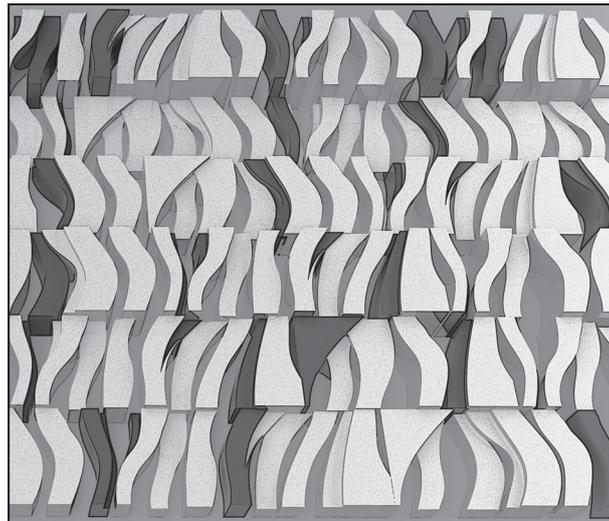


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 225

ANO 24

JANEIRO/FEVEREIRO/MARÇO 2012

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Francisco Falcão

Chefe de Gabinete

Marcos Perdigão Bernardes

Servidores

Andrea Dias de Castro Costa

Eloame Augusti

Gerson Prado da Silva

Jacqueline Neiva de Lima

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Técnico em Secretariado

Fagno Monteiro Amorim

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

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 (set. 1989) -. Brasília : STJ, 1989 -.Periodicidade varia:
Mensal, do n. 1 (set. 1989) ao n. 202 (jun. 2006), Trimestral a partir do n. 203 (jul/ago/set. 2006).

Repositório Oficial da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nome do editor varia:
Superior Tribunal de Justiça/Editora Brasília Jurídica, set. 1989 a dez. 1998; Superior Tribunal
de Justiça/Editora Consulex Ltda, jan. 1999 a dez. 2003; Superior Tribunal de Justiça/ Editora
Brasília Jurídica, jan. 2004 a jun. 2006; Superior Tribunal de Justiça, jul/ago/set 2006-.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009:

<https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.eletronica>.

ISSN 0103-4286.

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ).
II. Título.

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Ari Pargendler** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer** (*Vice-Presidente*)

Ministro Francisco **Cesar Asfor Rocha** (*Diretor-Geral da ENFAM*)

Ministro **Gilson Langaro Dipp**

Ministra **Eliana Calmon** Alves (*Corregedora Nacional de Justiça*)

Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto (*Diretor da Revista*)

Ministra Fátima **Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita** Hilário **Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro José de **Castro Meira**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins**

Ministra **Maria Thereza** Rocha **de Assis Moura**

Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Sidnei** Agostinho **Beneti**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og** Nicéas Marques **Fernandes**

Ministro **Luis Felipe** Salomão

Ministro **Mauro** Luiz **Campbell Marques**

Ministro **Benedito** Gonçalves

Ministro **Raul Araújo** Filho

Ministro **Paulo de Tarso** Vieira **Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel** Diniz **Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos** Ferreira

Ministro Ricardo **Villas Bôas** Cueva

Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**

Ministro **Marco** Aurélio Gastaldi **Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio** Bellizze Oliveira

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

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

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

Ministro **Ari Pargendler** (*Presidente*)
Ministro **Felix Fischer** (*Vice-Presidente*)
Ministro **Cesar Asfor Rocha**
Ministro **Gilson Dipp**
Ministra **Eliana Calmon**
Ministro **Francisco Falcão**
Ministra **Nancy Andrighi**
Ministra **Laurita Vaz**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministro **Teori Albino Zavascki**
Ministro **Castro Meira**
Ministro **Arnaldo Esteves Lima**
Ministro **Massami Uyeda**
Ministro **Humberto Martins**
Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

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

Ministro **Castro Meira** (*Presidente*)

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

Ministro **Arnaldo Esteves Lima** (*Presidente*)
Ministro **Francisco Falcão**
Ministro **Teori Albino Zavascki**
Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**
Ministro **Benedito Gonçalves**

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

Ministro **Herman Benjamin** (*Presidente*)

Ministro **Cesar Asfor Rocha**

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Humberto Martins**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

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

Ministro **Sidnei Beneti** (*Presidente*)

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

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

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

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Presidente*)

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Marco Buzzi**

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Presidenta*)

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

Ministro **Jorge Mussi** (*Presidente*)

Ministro **Gilson Dipp**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Adilson Macabu***

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Presidenta*)

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Vasco Della Giustina****

* Desembargador convocado (TJ-RJ)

** Desembargador convocado (TJ-RS)

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Jorge Mussi** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidenta*)

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Herman Benjamin** (*Suplente*)

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministra **Nancy Andrichi** (*Presidenta*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Humberto Martins** (*Suplente*)

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Cesar Asfor Rocha** (*Presidente*)

Ministro **Gilson Dipp**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministra **Nancy Andrighi** (*Corregedora-Geral*)

Ministro **Gilson Dipp** (*Efetivo*)

Ministra **Laurita Vaz** (*1º Substituto*)

Ministro **Teori Albino Zavascki** (*2º Substituto*)

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Ministro **Ari Pargendler** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer** (*Vice-Presidente*)

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Castro Meira**

Juiz Olindo Herculano de Menezes (*TRF 1ª Região*)

Juíza Maria Helena Cisne (*TRF 2ª Região*)

Juiz Roberto Luiz Ribeiro Haddad (*TRF 3ª Região*)

Juíza Marga Inge Barth Tessler (*TRF 4ª Região*)

Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima (*TRF 5ª Região*)

Membros Suplentes

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto Martins**

Juiz José Amílcar de Queiroz Machado (*TRF 1ª Região*)

Juiz Raldênio Costa (*TRF 2ª Região*)

Juiz André Nabarrete Neto (*TRF 3ª Região*)

Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon (*TRF 4ª Região*)

Juiz Rogério Meneses Fialho Moreira (*TRF 5ª Região*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

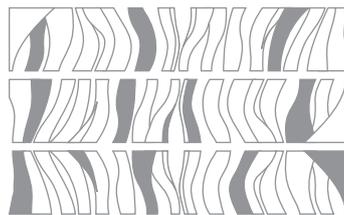
Corte Especial	17
Primeira Seção.....	173
Primeira Turma	205
Segunda Turma	275
Segunda Seção.....	357
Terceira Turma	401
Quarta Turma.....	537
Quinta Turma.....	691
Sexta Turma.....	819

ÍNDICE ANALÍTICO	903
-------------------------------	-----

ÍNDICE SISTEMÁTICO	939
---------------------------------	-----

SIGLAS E ABREVIATURAS	945
------------------------------------	-----

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	951
--	-----



Jurisprudência



Corte Especial

AÇÃO PENAL N. 644-BA (2009/0044204-3)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Autor: M P F

Réu: R D P C

Advogado: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro(s)

Réu: N G C N

Advogado: Ricardo Pombal Nunes e outro(s)

Réu: A P B

Advogado: Luiz Henrique de Castro Marques

EMENTA

Penal e Processual Penal. Ação penal originária contra desembargador. Competência do STJ: art. 105, I, a, CF/1988. Gravação ambiental: legalidade. Denúncia anônima: legalidade. Orientação do STF. Inépcia da inicial acusatória: inexistência. Corrupção ativa e passiva (art. 333, parágrafo único e art. 317, § 1º, do Código Penal). Delito de corrupção ativa (do Código Penal). Indícios suficientes de autoria e materialidade. Afastamento do cargo. Possibilidade. Precedentes.

1. Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova lícita segundo orientação do STF. Precedentes.

2. Somente inequívoca deficiência, impedindo a compreensão da acusação a ponto de comprometer o direito de defesa leva à eventual inépcia da denúncia.

3. Robusta prova indiciária que dá sustentação à acusação, permitindo concluir pela materialidade e autoria, neste primeiro juízo de delibação.

4. Os denunciados negociaram vantagem indevida com o fim de retardar o andamento de ação penal em trâmite no Tribunal de Justiça da Bahia, praticando, em tese, corrupção passiva (no art. 317, § 1º, do Código Penal).

5. Beneficiado com o atraso no andamento do feito, conforme prova indiciária, foi repassada vantagem indevida ao relator do

processo, por intermédio de seu filho, praticando ambos corrupção ativa.

6. Pela gravidade do delito de que é acusado, praticado no exercício da judicatura, impõe-se, nos termos do art. 29 da Loman (LC n. 35/1979), o afastamento do magistrado das funções de Desembargador do TJ-BA, durante o curso da instrução.

7. Denúncia recebida, com o afastamento do magistrado das suas funções.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. A Corte Especial, por unanimidade, rejeitou as preliminares e recebeu a denúncia em relação aos acusados R. D. P. C. e N. G. C. N. em relação à prática do crime tipificado no art. 307, *caput*, combinado com o parágrafo 1º do CP e com o art. 29 do mesmo diploma, e em face de A. P. B. pela prática, em tese, do delito tipificado no art. 333, combinado com o parágrafo único do CP, e, ainda, por unanimidade, decidiu afastar do exercício do cargo de Desembargador o denunciado R. D. P. C., nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Luis Felipe Salomão, Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Convocado o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão para compor quórum.

Sustentaram oralmente o Dr. Wagner Natal Batista, Subprocurador-Geral da República, o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin, pelo réu R. D. P. C. e o Dr. Luiz Henrique de Castro Marques, pelo réu A. P. B.

Brasília (DF), 30 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 15.2.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: A Sub-Procuradora Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques, ofereceu denúncia contra **Rubem Dário Peregrino Cunha**, brasileiro, casado, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **Nizan Gomes Cunha Neto**, brasileiro, solteiro, advogado, filho do primeiro denunciado e **Antonio Pascoal Batista**, brasileiro, solteiro, professor, Ex-Prefeito Municipal de São Francisco do Conde, indicando os dois primeiros como incurso nas sanções do artigo 317, § 1º, do Código Penal - corrupção passiva e o último como autor do crime tipificado no artigo 333 e § único do mesmo estatuto - corrupção ativa.

Segundo a denúncia, apurou-se em inquérito ter o Desembargador *Rubem Dário Peregrino Cunha*, solicitado e recebido de *Antonio Pascoal Batista*, então Prefeito do Município de São Francisco do Conde, Bahia e réu na Ação Penal Originária n. 1.441-4/2007, com tramitação no Tribunal de Justiça da Bahia, vantagem indevida para retardar o andamento do feito até o mês de maio de 2007. Para tanto valeu-se da intermediação do seu filho *Nizan Gomes Cunha Neto*.

Na Ação Penal registrada sob n. 70-61-2007.8005.0000-0 no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, foram denunciados o então Prefeito de São Francisco do Conde *Antonio Pascoal Batista* e *Aroldo Guedes Pereira*, *Eugenio Queiroz de Oliveira* e *Osmar Ramos*, acusados da prática dos crimes tipificados nos arts. 1º, inciso I, do Dec.-Lei n. 201/1967, 309 e 297, § 1º, do Código Penal, requerendo o *parquet* a prisão preventiva dos denunciados e o afastamento do prefeito do exercício do mandato.

Por distribuição de 18 de janeiro de 2007 coube a ação ao denunciado *Rubem Dário*, como desembargador integrante da Câmara Especializada em crimes de Prefeitos.

O relator, *in continente*, determinou a notificação dos denunciados para apresentação de defesa preliminar, deferiu as diligências requeridas pelo Ministério Público, mas negou a prisão preventiva e o afastamento do prefeito.

Segundo a peça acusatória, em março de 2007, o relator da ação penal, Desembargador *Rubem Dário Peregrino Cunha*, valendo-se da intermediação do seu filho *Nizan Gomes Cunha Neto*, procurou “pessoas da equipe administrativa” do prefeito, solicitando vantagem indevida: a nomeação da namorada do seu filho e intermediário para exercer função comissionada na Prefeitura de São Francisco do

Conde e o pagamento de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). Em retribuição prometeu protelar o andamento do feito até o final de maio de 2007.

O denunciado Antonio Pascoal Batista, perante o Ministério Público Federal (fls. 138-139), negou ter recebido pedido mas disse que pessoas da sua equipe administrativa relataram investidas do Sr. Nizan, filho do Desembargador Rubem Dário, conforme veio a ser registrado em gravação, posteriormente.

Perante a Comissão de Inquérito do Tribunal de Justiça da Bahia *Antonio Pascoal Batista* disse ter cedido ao pedido, pagando efetivamente ao Desembargador *Rubens Dário*, por intermédio de seu filho, o segundo denunciado, R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais). Entretanto, sentindo-se achacado, determinou que a pessoa incumbida de entregar a propina a *Nizan Gomes Cunha Neto* gravasse a conversa, registrando o momento da entrega de uma parcela de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Eis o teor da gravação, transcrita na denúncia:

Voz Masculina 2: Então eu vou lá agora. Eu vou ter que conversar. Qualquer coisa eu ligo para você (...)

Voz Masculina 1: Me ligue.

Voz Masculina 2: Fique com Deus.

Voz Masculina 1: Tranquilo. Mas tem aquela parte que ta faltando (...)

Voz Masculina 2: Sim. Lógico.

Voz Masculina 1: (...) e tinha um emprego que você falou.

Voz Masculina 3: Tá tudo certo.

Voz Masculina 2: Olhe o emprego ele já (...) ele fez esses documentos que eu lhe pedi.

Voz masculina 1: Pronto.

(degravação fls. 76).

3 (...)

Voz Masculina 2: porque o acerto.

Voz Masculina 1: Não vai acontecer nada.

Voz Masculina 2: O nosso acerto foi (...)

Voz Masculina 1: Não vai acontecer nada.

Voz Masculina 2: O nosso acerto foi é (...) fevereiro, março, abril e maio.

Voz Masculina 1: Justamente. Antes de maio não vai acontecer nada. É isso que eu estou tentando lhe dizer. Porque em abril (...) os prazos estão parados até abril.

(...)

Voz Masculina 2: Nosso acerto foi (...) nosso acerto foi (...)

Voz Masculina 1: Até maio.

Voz Masculina 2: Meu acerto foi até maio.

Voz Masculina 1: Foi.

Voz Masculina 2: até seis de maio. Estão ótimo. Fevereiro (...)

Voz Masculina 1: março, abril e maio.

Voz Masculina 2: É só para eu explicar porque (...)

Voz Masculina 1: Até maio.

(degravação fls. 71-72).

4 (...)

Voz Masculina 2: Ah quando eu descer eu vou lhe dar um negócio lá. Você desce comigo?

Voz Masculina 1: Desço.

Voz Masculina 2: Aqui ó. Eu dou cinquenta aqui. Porque eu voltei logo, amanhã ou depois eu vou lhe trazer mais () porque eu tenho que pegar mais vinte lá em São Sebastião. Guarde aí. Olhe aí, olhe aí se ta direito, é melhor. Sem reserva meu irmão. Aí tem cinquenta mil.

Voz Masculina 1: humhun.

Voz Masculina 2: Olhe o pacotinho. Eu peguei logo, se eu fosse lá ia demorar, não ia dar tempo. Ei vou lhe dando.

Voz Masculina 1: E que horas é que a gente vai levar?

Voz Masculina 2: Então eu lhe dei.

(...)

Voz Masculina 2: Aí no caso foi du (...) Daquela outra etapa foi duzentos mil. Te dei mais cem e agora mais cinquenta.

Voz masculina 1: Certo. Ta faltando cinquenta.

Voz masculina 2: Daqui pra sexta eu lhe dou (cinquenta). Amanhã eu lhe dou mais vinte, na (...) que eu vou pegando de um e de outro. Que neguinho fica dizendo que eu (...) querendo jogar areai. Você sabe como é.

(degravação, fls. 67).

Antonio Pascoal disse ainda ao representante do Ministério Público Federal que um dia estava em seu gabinete na Prefeitura quando soube que o filho do Desembargador Rubem Dário, chamado Nizan, estava a sua procura para fazer um pedido, o que realmente aconteceu: um pedido de emprego para uma

namorada. Na oportunidade, ouvindo a gravação disse o denunciado *Antonio Pascoal* reconhecer a sua voz, a voz do filho do Desembargador e também a voz de uma terceira pessoa que não identificou para preservá-la, por ser pessoa amiga. Entretanto reconheceu o conteúdo integral da fita e das conversas gravadas como verdadeiras, assim relatando a forma como se deu a gravação:

6 (...) que estava em seu gabinete no final do ano passado, quando recebeu um grupo de pessoas de São Francisco do Conde querendo que ouvisse um CD contendo gravação de conversa envolvendo filho do Desembargador Rubem Dário, e que se tratava de um caso de extorsão; que não quis ouvir a fita e três dias depois recebeu a gravação em seu gabinete quando então, após ouvi-la, a entregou ao Desembargador Carlos Cintra; que depois vinculou a história da prisão de Pascoal e de outros, inclusive do Ex-Prefeito Osmar Ramos, com a gravação, e manteve várias conversas com Pascoal e outras pessoas do Município a respeito do fato, que sentiu que seus aliados de São Francisco do Conde estavam sendo perseguidos e extorquidos pela pessoa identificada na fita como filho do Desembargador Rubem Dário, e por isso entregou a fita ao Desembargador Carlos Cintra; (...) que, informalmente, todos comentavam sobre o Desembargador Rubem Dário e que ele e alguns familiares gostavam muito de conversar com “prefeitos”: (depoimento de Marcelo Nilo, fls. 142). A gravação foi degravada pelo Departamento de Polícia Técnica da Secretaria de segurança Pública do Estado da Bahia).

Eis os principais trechos da degravação, na qual a “Voz Masculina 1” é do denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto* e a “Voz Masculina 2 e 3 são de duas pessoas, do sexo masculino, integrantes da equipe do denunciado *Antonio Pascoal Batista*, autores da gravação. Consta ainda da conversa a “Voz Masculina 4”, do denunciado *Antonio Pascoal Batista*:

Voz Masculina 2: E seu pai botou?

Voz Masculina 1: (...) a melhor coisa que aconteceu, pra ele, foi isso. Porque (...)

Voz Masculina 2: Tem gente ai?

Voz Masculina J: Não, não. (pode ficar tranquilo) (...)

Voz Masculina 2: Seu pai botou (...)

Voz Masculina 1: É (...)

Voz Masculina 2: (...) alguma coisas travando. Você? viu?

Voz Masculina 1: () tem três diligências pro fazer.

Voz Masculina 2: Ou foi você?

Voz Masculina 1: Imagine.

Voz Masculina 2: Foi você que é danado.

Voz Masculina J: Tem três diligências para fazer. E essas diligências só vão começar depois que os processos forem re (...) recadastrados.

Voz Masculina 2: (Viu o que eu lhe disse?)

Voz Masculina J: Ou seja, vai demorar um mês ainda (esse processo).

Voz Masculina 2: Fica uma pressão em cima dele lá, dizendo que eu estou mentindo.

Voz Masculina 1: Pro você ter uma idéia (...) Pra você ler uma idéia, não teve agora. A Câmara ira ser hoje. que ia se reunir.

Voz Masculina 2: Hum.

Voz Masculina 1: Não teve. Hoje foi a instalação da quinta câmara cível. Semana que vem não vai ter sessão, de novo, terça-feira. Então, agora, (...).

Voz Masculina 2: (Vai) mais de uma semana.

Voz Masculina 1: (...) os processos vão ser encaminhados para o Tribunal pleno e para a quinta câmara (). (...) pra quinta Câmara Cível, pro poder ser reatuado processo por processo. São quase três mil e quinhentos processo. Então (...)

Voz Masculina 2: Não vai dar.

Voz Masculina J: vai demorar uns três meses (li.

Voz Masculina 3: Três mil e quinhentos.

Voz Masculina 1: São três (...) É (...)

Voz Masculina 3: Então são três mil quatrocentos e noventa e nove né?

Voz Masculina 1: Isso.

Voz Masculina 3: Um número desses.

Voz Masculina 1: Justamente.

Voz Masculina 2: Você viu como o seu pai botou?

Voz Masculina I: É (...)

Voz Masculina 2: Ele botou assim (...) Eu li naquele papelzinho que você.

Voz Masculina 1: É.

Voz Masculina 2: Pediu pra Justiça Federal, pediu pro Justiça Estadual, (...)

Voz Masculina J: Pro T.R.E.

Voz Masculina 2: Pro T.R.E. Pediu pro (...) Eu disse pro ele. Expliquei que o povo fica mentindo dizendo que eu não (...) que a informação nosso é errada. ! J

Voz Masculina 1: () fazer aquilo depois que o processo for reatuado.

Voz Masculina 2: E, daquilo que vai, daqui que seja intimado (...)

Voz Masculina 1: E (...)

Voz Masculina 2: para ele prestar esclarecimento, (...)

Voz Masculina 1: ()

Voz Masculina 2: porque ele ainda não foi intimado, né?

Voz Masculina 1: Ele não foi. Ele só (...)

Voz Masculina 2: Tem quinze dias (...)

Voz Masculina 1: Ele tem quinze dias de quando ele foi citado.

Voz Masculina 2: Citado. Desculpe, é que eu não entendo.
entendo.

Voz Masculina 1: É.

Voz Masculina 2: Aí eu explicarei tudo pro ele o que você me falou. Aí foi massa que ele ficou tranquilo.

Voz Masculina 1: Agora (...) depois que ele for citado, que apresentar defesa, aí a gente vai ver como foi que ficou e correr atrás de novo, mas, por enquanto ta tranquilo.

Voz Masculina 2: E você explicou a seu pai que o que ele (...) aquela história que ele lhe falou. Tudo que era mentira. Que aquilo não tinha nada a ver. Que foi o pessoal que não (...) Eu tou achando é "Datoli" e é São rafael, alguma coisa ali. Eu tava preocupado em você ficar sabendo.

Voz Masculina 1: do processo?

Voz Masculina 1: ah.

Voz Masculina 2: Aí, mas aí eu expliquei isso. Ainda você vê que na (...) na (...) no pedido do Diário Oficial, lembra que eu li no Diário Oficial? Não te contei?

Voz Masculina 1: Hum.

Voz Masculina 2: aí no (...) no pedido do Diário Oficial, eu disse que "seu pai ta pedindo essas coisas pra que?"

Voz Masculina 1: Meu pai ta entrando (...)

Voz Masculina 2: Pra atrasar ainda mais. Não acha?

Voz Masculina 1: com interpelação. Eu tou (...) tou até preparando a interpelação de Gaban. Meu pai vai entrar com interpelação contra ele.

Voz Masculina 2: Porque Gaban ta (...) é (...) isso aqui é pra tirar xerox não é?

Voz Masculina 1: É pra você tirar xerox né?

Voz Masculina 1: Ele vai entrar com uma interpelação contra Gaban que Gaban que falou um negócio lá que meu pai era "caçador de Prefeito", era não sei o que, não sei o que (...)

Voz Masculina 2: É. E gaban mandou um faz dizendo isso, que era pra não se preocupar, entendeu? "hã. não." Tanta (coisa certa) que (...) que (...) querendo queimar eu e você.

Voz Masculina 1: É com certeza.

Voz Masculina 2: quer dizer que aquilo...não sabe que (nissan) (...) que você tava no meio mas, pensa que eu tou fazendo a coisa errada. "ah não () ta muito tranquilo". "ah, mas ele ta tranquilo porque tá com você. Senão ele não ia estar tranquilo".

Voz Masculina 1: Sim ele tá afastado (...)

Voz Masculina 2: É

Voz Masculina 1: (...) porque o que tem de gente que quer (o lugar) (...)

Voz Masculina 2: E ele tava afastado.

Voz Masculina 1: E, outra coisa, eu soube que vai.

Voz Masculina 2: Lhe ofereceram (...) lhe ofereceram cinquenta mil.

Voz Masculina 1: (...) só por causa disso aí.

Voz Masculina 2: É mesmo?

Voz Masculina 1: Só pra xerox. Que disse que iam botar no processo lá de cima.

Voz Masculina 2: *Cadê os documentos de sua (...) de sua namorada?*

Voz Masculina 1: Ta.

Voz Masculina 2: *Me dê isso aí para eu não esquecer porque eu vou terminar esquecendo.*

Voz masculina 1: (Ficou em casa) que eu saí apressado, mas, eu lhe dou (...) eu lhe dou no trabalho.

Voz Masculina 2: Guarde isso aqui com você.

Voz Masculina 1: Eu vou com ela lá.

Voz Masculina 2: Ah, quando eu descer eu vou lhe dar um negócio lá. Você desce comigo?

Voz Masculina 1: Desço.

Voz Masculina 2: *Aqui Ó. Eu dou cinquenta aqui. Porque eu voltei logo, amanhã ou depois eu vou lhe trazer mais () porque eu lenho que pegar mais vinte lá em São Sebastião. Guarde aí. Olhe aí, olhe aí se tá direito, é melhor. Sem reserva, meu irmão. Ai tem cinquenta mil.*

Voz Masculina 1: Humhum.

Voz Masculina 2: *Olhe o pacotinho. Eu peguei logo. se eu fosse lá ia demorar, não ia dar tempo. Eu vou lhe dando.*

Voz Masculina 1: E que horas é que a gente vai levar?

Voz Masculina 2: Então eu lhe dei (...)

Voz Masculina 1: Porque o negócio é o seguinte: Eu não vou deixar ela sozinha (...)

Voz Masculina 2: Oi (...)

Voz Masculina 1: (...) porque ela (...)

Voz Masculina 2: Não. Ele (...)

Voz Masculina 1: (...) é uma menina nova (...) e aí posso deixar ela sozinha.

Voz Masculina 2: *Aí no caso foi du (...) Daquela outra etapa foi duzentos mil. Te dei mais cem e agora mais cinquenta.*

Voz Masculina 1: *Certo. Ta faltando cinquenta.*

Voz Masculina 2: *Daqui pra sexta eu lhe dou (cinquenta). Amanhã lhe dou mais vinte, na (...) na (...) que eu vou pegando de um e outro. Que neguinho fica dizendo que eu (...) querendo jogar areia. Você sabe como é.*

Voz Masculina 1: Hunhum.

Voz Masculina 2: Querendo ir por trás dizendo que tem outras pessoas lá. Não existe outras pessoas.

Voz Masculina 1: (Não existe) ninguém.

Voz Masculina 2: Quem mexe com seu pai é você mesmo e acabou. Não é verdade?

Voz Masculina 1: É verdade (...)

Voz Masculina 2: E quem faz é você.

Voz Masculina 1: (...) é pra mim não.

Voz Masculina 2: Não, e quem faz é você. Ainda pensei assim, aquele negócio que veio a sair no Diário Oficial, você tá dizendo que (...) eu disse assim: "o pai (...) nem faz essas coisas. Quem deve ter feito é ele mesmo que deve ser o assessor dele."

Voz Masculina 1: E aí o pessoal ta louco, louco para tirar o coitado do pascoal.

Voz Masculina 3: E que saiu?

Voz Masculina 1: Saiu e entrou né (...)

Voz Masculina 2: Eu tenho um negócio pra gente viu?

Voz Masculina 3: É (...) no mesmo dia o processo. Quer dizer que saiu o processo no dia vinte e oito (...)

Voz Masculina 1: foi. isso.

Voz Masculina 3: (...) e saiu (...) e voltou de novo (...)

Voz Masculina 2: (nissan).

Voz Masculina 1: Porque o processo ficou na mão desse procurador.

Voz Masculina 3: É. Rubem Dário saiu e voltou.

Voz Masculina 2: Naquele processo tem escrito: Doutor Rubem Dário saiu (...)

Voz Masculina 1: "(...) processo meu pai não deixa ninguém ver". Tanto que o pessoal colocou cinquenta mil só para xerox".

Voz Masculina 1: Eu disse: "Rapaz um não quero nem conversar. Não. Esse processo (...) eu falei que nem trabalhava () nem nada"

Voz Masculina 3: Imagine.

Voz Masculina 2: Naquele papel que a gente tirou no Fórum, na *internet*, tem escrito: Entrada doutor Rubens Dário, saída doutor Rubens Dário. Aí depois tem: Entrada: doutor Ruben Dário. Foi aquilo que você me explicou.

Voz Masculina: É.

Voz Masculina 2: Tem que sair, depois (...)

Voz Masculina 1: tem que sair (...)

Voz Masculina 2: Eu não sei o que foi aquilo.

Voz Masculina 1: Agora vai (...) vai fazer as diligências agora.

Voz Masculina 2: hã.

Voz Masculina 1: Agora vai demorar uns dois, três meses.

Voz Masculina 2: Pronto. Aí depois também teve (...) é (...) essa entrada e saída aí disseram: "Ah, mas, ele já saiu, tem que ler quinze (...) vai ter que (...)". Rapaz, daqui que vá citar você (...).

Voz Masculina 1: Vai ler quinze dias quando ele for citado.

Voz Masculina 2: Ora (...) ta (...) Uma pessoa certa.

Voz Masculina 1: Que agora não vai (...) não vai ser citado agora fá (...) ta tendo isso tudo.

Voz Masculina 3: Agora e o outro?

Voz Masculina 2: Escute.

Voz Masculina 3: tá com (...) a mesma coisa, a mesma coisa.

Voz Masculina 1: o outro (...)

Voz Masculina 2: Ainda não está com ele ainda. ainda tá em processo em andamento. Quando for (...)

Voz Masculina 1: ainda vai chegar em você (...)

Voz Masculina 2: quando for a gente resolve.

Voz Masculina 1: o senhor () (...)

Voz Masculina 3: o Juízo conhece essa intenção (...)

Voz Masculina 2: ta parado.

Voz Masculina 3: Essa extinção.

Voz Masculina 1: humhun (...)

Voz Masculina 3: (...) essa extinção agora, dessa semana?

Voz Masculina 1: certo.

Voz Masculina 3: Quero ele ele vai se preocupar?

Voz Masculina 1: É isso. Isso que a gente tá (...) eu não sei. A lógica seria que (...) que iria (...), mas esse presidente é maluco a gente não sabe.

Voz Masculina 3 (a gente não sabe).

Voz Masculina 1: E (...) E também sexta-feira é que vai ser o pleno, que vai decidir isso tudo, entendeu? Mas mesmo, como eu expliquei pra ele, e mesmo que não (...) que não vá pra meu pai, mas meu pai é integrante do pleno.

Voz Masculina 3: Sim, entendi.

Voz Masculina 1: Então.

Voz Masculina 2: É segurar.

Voz Masculina 1: apresentar o voto, e quando meu pai vota (...)

Voz Masculina 2: todo mundo obedece.

Voz Masculina 1: todo mundo, geralmente todo mundo acompanha. Entendeu?

(...)

Voz Masculina 1: (...) como a gente (...) A gente não tinha prometido até maio?

Voz Masculina 2: Mas. você tinha dito que seu pai (...)

Voz Masculina 1: Mas (...)

Voz Masculina 2: (...) ia segurar até maio.

Voz Masculina 1: Mas (...) Mas (...) ia segurar até maio.

Voz Masculina 2: Hum.

Voz Masculina 1: (...) como a gente (...) *a gente não tinha prometido até maio?*

Voz Masculina 2: Mas você tinha dito que seu pai (...)

Voz Masculina 1: mas (...)

Voz Masculina 2: *ia segurar até maio (...)*

Voz Masculina 2: hum.

Voz Masculina 1: O problema é que meu pai (...) o problema é que meu pai não despachou porque o juiz ali (...) o seu advogado também pode arguir.

Voz Masculina 2: hã.

(...)

Voz Masculina 1: *Mas eu vou lhe explicar o que Ela é fácil. Os prazos não tão correndo. O presidente baixou uma resolução (...)*

Voz Masculina 2: Hã (...) ,.

Voz Masculina 1: (...) *que até nove de abril.*

Voz Masculina 2: Ela ().

Voz Masculina 1: (...) *ta tudo parado. Pronto.*

Voz Masculina 2: (É pro você) explicar certo.

Voz Masculina 1: Não (...)

Voz Masculina 2: Me arruma um papel aí (...)

Voz Masculina 1: Tou sem papel agora.

Voz Masculina 2: Tem que me ajudar porque como é que a gente vai é (...)

Voz Masculina 1: Certo.

Voz Masculina 2: *A gente combinou lima coisa.*

Voz Masculina 1: *Humhum.*

Voz Masculina 2: *Ele seu/ou com (...) com você lá.*

Voz Masculina 1: *Lógico.*

Voz Masculina 2: *Aí (...) porra. Mudou?*

Voz Masculina 1: *Não mudou.*

Voz Masculino 2: *Ta na mão de outro.*

Voz Masculino 1: *Na nossa não mudou.*

Voz Masculina 2: *Da outra pessoa.*

Voz Masculina 1: *O problema foi o presidente.*

Voz Masculina 1: *O problema foi o presidente.*

Voz Masculina 2: *É isso.*

Voz Masculino J: *O problema foi o presidente.*

Voz Masculina 2: *Mas, tem algum jeito que você pode fazer?*

Voz Masculina 1: *Tem. Mas é isso que eu tou lhe dizendo.*

Voz Masculina 2: *Porque o acerto (...)*

Voz Masculina J: *Não vai acontecer nada.*

Voz Masculina 2: O nosso acerto foi (...)

Voz Masculina 1: Não vai acontecer nada.

Voz Masculina 2: O nosso acerto foi é (...) fevereiro, março, abril e maio.

Voz Masculina 1: Justamente. Antes de maio não vai acontecer nada. É isso que eu estou tentando lhe dizer. Porque em abril, os prazos estão parados até abril.

Voz Masculina 2: Mas como é que você pode garantir segurar isso.

Voz Masculina 1: porque os prazos estão parado até abril. Não lá correndo.

Voz Masculina 2: Por quê?

Voz Masculina J: Porque o presidente baixou uma resolução. Então os prazos na verdade (...)

Voz Masculina 2: () porra. Pra me ajudar.

Voz Masculina 1: Depois de nove de abril vai ter quinze dias pro vocês se manifestarem. Depois vai voltar pro Ministério Público. O Ministério Público tem mais quinze dias pra talar. Depois você vai voltar pro desembargador pro desembargador pedir voto ou não.

Voz Masculina 2: E você tem acesso à pessoa que lá agora?

Voz Masculina 1: Tem. Tem sim. Claro.

Voz Masculina 2: Chegar lá e (...)

Voz Masculina 1: Posso conversar com ela, mas (...)

Voz Masculina 2: Então é isso.

Voz Masculina 1: não. Eu sei quem é a (pessoa). (...)

Voz Masculina 2: Deixe eu anotar. Me arranje um papel lá vá, pra eu anotar (...) Tenho que expressar isso porque você entende.

Voz Masculina 1: Não (...) ()

Voz Masculina 2: Eu não entendi. Ele ficou preocupado porque.

Voz Masculina J: É lógico. Tem que ficar preocupado porque (...)

Voz Masculina 2: A gente faz um acordo.

Voz Masculina J: mas aconteceu uma.

Voz Masculina 2: A gente fica um acerto que não foi pouco (...)

Voz Masculina J: Então. Não sei se você.

Voz Masculina 2: (...) foi porrada pra gente.

Voz Masculina 1: não sei se você (...)

Voz Masculina 2: como é que vou conseguir?

Voz Masculina 1: você não tem prestado atenção nos jornais. Você tem visto a discussão que meu pai ta tendo com Gaban?

Voz Masculina 2: onde é que eu vou botar?

Voz Masculina 1: Então a discussão foi justamente fazer isso.

Voz Masculina 2: *Nosso acerto foi (...) Nosso acerto foi (...)*

Voz Masculina 1: *Até maio.*

Voz Masculina 2: *Meu acerto foi até maio.*

Voz Masculina 1: *Foi.*

Voz Masculina 2: *Até seis de maio. Então ótimo. Fevereiro (...)*

Voz Masculina 1: *Marco. abril e maio.*

Voz Masculina 2: *É só eu explicar porque (...)*

Voz Masculina 1: *Até maio.*

Voz Masculina 2: *Até maio. Trinta. E os prazos?*

Voz Masculina 2: *Estão parados.*

Voz Masculina 1: *Até nove de abril.*

Voz Masculina 2: *até nove de abril.*

Voz Masculina 1: *Diga Aí rapaz. Beleza. Tudo bom? Depois vai ler a defesa dele. Vocês tão com o material que ele fez ,,,.*

Voz Masculina 2: *Depois (...)*

Voz Masculina 1: *exame grafotécnico, não sei o que, não sei o quê (...)*

Voz Masculina 2: *vai ler (...)*

Voz Masculina 1: *A defesa.*

Voz Masculina 2: *A defesa. Aonde (...) Aonde (...) Aonde ele pediu (...)*

Voz Masculina 1: *Sua defesa É.*

Voz Masculina 2: *Aonde ele pediu (...)*

Voz Masculina 1: *Quinze dias.*

Voz Masculina 2: *Aonde e/e pediu quinze dias.*

Voz Masculina 1: *É. Vocês vão ter de defesa.*

Voz Masculina 2: *Aonde seu pai pediu aqueles negócios do (...)*

Voz Masculina 1: *E depois da defesa ainda tem as diligências. Paralelamente vai estar correndo as diligências. O que é que acontece?*

Voz Masculina 1: *Depois (...)*

Voz Masculina 1: *Oficiar T.R.E., oficiar não sei o quê (...)*

Voz Masculina 2: *Depois da defesa?!!*

Voz Masculina 1: *Tem as diligências.*

Voz Masculina 2: *As diligências.*

Voz Masculina 1: Isso. Depois volta pro Ministério Público. Público. Depois volta pro relator, que é essa agora que é (Zaudite).

Voz Masculina 2: Mas nem seu pai/oi o relator.

Voz Masculina 1: Porque (...) É isso. Porque eles pegaram (...) O processo era para voltar pra meu pai (...)

Voz Masculina 2: (Eles pegaram) (...)

Voz Masculina J: (...) pro meu pai dar um despacho dizendo: “para distribuir”. Só que nem isso eles fizeram. O presidente mandou redistribuir sem (...) sem conversar. É por isso que se seu advogado quiser ele pode entrar com uma reclamação constitucional (...)

(...)

Voz Masculina 1: (...) dá um despacho num processo ele fica vinculado. Principalmente nesse processo de vocês. Eu (...) *Esse processo de meu pai (...) foi pra meu pai. Foi um presente porque meu pai. Não foi nem distribuído esse processo, sabia?*

Voz Masculina 2: Há.

Voz Masculina 1: Porque (...) a (...) o (...) Como meu pai já tinha despachado num processo anterior de vocês. o pro (...) o provedor de Justiça entrou com esse processo direto na mão de meu pai.

Voz Masculina 2: Entendi

Voz Masculina 1: Porque quando você faz um despacho num processo fica vinculado ao desembargador. Então esse. Esse ato do presidente do Tribunal de Justiça mandando redi (...) Porque esse ato não é de meu pai. Foi do presidente do Tribunal de Justiça que mandou redistribuir. Eu não sei se você ta acompanhando que meu pai ta brigando com Gaban (...)

Voz Masculina 2: tou, tou

Voz Masculina 3: ele pode pedir vista ainda?

Voz Masculina 1: pode.

Voz Masculina 2: quando o processo (...)

Voz Masculina 1: ainda tem essa possibilidade de quando for pra pauta, que não vai ser antes de maio (...)

Voz Masculina 2: for para a pauta.

Voz Masculina 1: ele pedir vista. Porque ele (...) o julgamento vai ser no pleno.

Voz Masculina 2: (...) que não é antes de ma (...)

Voz Masculina 3: De maio.

Voz Masculina 2: maio.

Voz Masculina 1: pedir vista. quando for (...) quando for o julgamento.

Voz Masculina 2: seu pai pedir vista.

Voz Masculina 1: não. Ele pode pedir vista.

Voz Masculina 2: porque você não garante que ele pode?

Voz Masculina 1: eu to dizendo que ele pode pedir, entendeu?

Voz Masculina 2: ah (...) ah, ele pode pedir. Ele vai pedir vista. Não pô, eu quero garantir (...) que você garante (...)

Voz Masculina 1: hã.

Voz Masculina 2: (...) que ele vai pedir vista pra eu dizer (...)

Voz Masculina 1: se a gente conversasse se é necessário pedir.

Voz Masculina 2: como é que eu (...) como é que eu chego pra ele e digo: *Vamos dar lá quatrocentos mil reais (...)*

Voz Masculina 1: mas (...)

Voz Masculina 2: escute. Deixa seu amigo falar rapaz.

Voz Masculina 1: pronto. Vai.

Voz Masculina 2: eu sou (...) sou seu amigo pô.

Voz Masculina 1: com certeza.

Voz Masculina 2: é verdade.

Voz Masculina 2: Ai o que é que eu faço? *Como é que eu pego? Digo a ele: "Me dê quatrocentos" e (...)*

Voz Masculino 1: Mas é isso. O nosso acordo a gente tez.

Voz Masculina 2: Até maio.

Voz Masculina: Porque, se não, ele já fava afastado a muito tempo.

Voz Masculina 2: Não. O nosso acórdão (...)

Voz Masculina 1: ().

Voz Masculina 2: O certo é certo. É até maio.

Voz Masculino 1: Então. Mas eu tou dizendo (...)

Voz Masculina 2: Pro depois era outro (...)

Voz Masculina 1: (...) mas, teria se afastado a dois atrás. Entendeu?

Voz Masculino 2: Tá.

Voz Masculina 1: Do jeito (...) Se meu pai não tivesse dado aquele despacho. que ele deu, a Juíza podia afastar ele logo. Só que como ele deu esse despacho dizendo que tem que ocorrer todas essas diligências ela não pode desfazer isso. Ela vai ter que respeitar aquele prazo.

Voz Masculina 2: Porque (), rapaz, isso.

Voz Masculina 1: O que?

Voz Masculina 2: O que a gente começou

Voz Masculina 1: Porra. tem mais de dois meses.

(...)

Voz Masculina 1: Mas você é que tá nervoso. Não é para ficar nervoso ainda.

Voz Masculina 2: Não. Não tou nervoso não.

Voz Masculina 1: Não é pra ficar nervoso ainda. Porque (...)

Voz Masculina 2: Não tou nervoso não. É (...) É um amigo meu, porra. Você é meu amigo, ele também.

Voz Masculina 1: Mas, é isso. É isso. Se fosse pro ficar nervoso eu diria.

Voz Masculina 2: Como é que eu vou deixar um amigo preocupado? Não posso.

Voz Masculina 1: Não (...) É isso. É isso. Se fosse pro () ficar nervoso eu diria. O processo foi redistribuído (...)

Voz Masculina 2: ele já vive uma tensão.

Voz Masculina 1: é isso. então, (...)

Voz Masculina 2: não dorme (...)

Voz Masculina 1: eu acho que muito que se preocupar, como eu já lhe falei (...)

Voz Masculina 2: é uma pessoa direita.

(...)

Voz Masculina 1: tem um monte de coisa que pode ser feita pra (...) pra diminuir um pouco a pressão. então, como eu to (...) não vale a pena ficar estressado por causa disso.

Voz Masculina 2: você pode pedir isso a seu pai.

Voz Masculina 1: o que? não.

Voz Masculina 1: eu não vou pedir nada pra meu pai. eu mesmo posso chegar na secretaria do pleno, que eu conheço (...)

Voz Masculina 2: pedir um (...)

Voz Masculina 1: gente lá dentro, você dá um trocado, a pessoa segura um negócio desse uns vinte dias. Deixa lá pra (...)

Voz Masculina 2: hum (...)

Voz Masculina 1: o cumprimento de um ofício. ele tem que ser oficiado. demora lá (...) demora quinze dias. Ele pode ser oficiado hoje como pode demorar uns quinze dias.

Voz Masculina 2: você vai acompanhar isso.

Voz Masculina 1: É isso que eu tou dizendo pra você.

Voz Masculina 2: ah lógico.

Voz Masculina 1: não vale a pena ficar estressado ainda.

Voz Masculina 2: E com essa desembargadora você tem acesso?

Voz Masculina 1: O que aconteceu hoje foi uma coisa que realmente a gente não esperava.

Voz Masculina 2: Essa desembargadora você depois pode conversar com ela?

Voz Masculina 3: Tem acesso a quem () por onde () (...)

Voz Masculina 2: Daqui a quatro meses.

Voz Masculina 1: Tenho. Inclusive esse de Pojuca foi com ela. Foi com e/a que eu/ui conversar. O de Pojuca que você me pediu.

Voz Masculina 1: É a mesma?

Voz Masculina 1: (...) É a mesma. Entendeu? Que você disse, é a (Zaudite) que foi ao aniversário com vocês. Eu fui conversar com ela que fez esse processo.

Voz Masculina 3: (Foi mesmo?).

Voz Masculina 1: Ela que tinha me dito: “A hora que você quiser meu filho, aqui eu sei que você é um filho pra mim”. Ela me disse isso. Só que quando eu {ou envolvido nessas coisas a gente não sabe se ela vai ter interesse pessoal de ir lá no (), entendeu?

Voz Masculina 2: É. É. Lógico. Mas ai você chega primeira.

Voz Masculina 1: Mas eu tenho como chegar (...) nela. Agora, não é hora de chegar ainda.

Voz Masculina 2: Ela lhe falou “meu filho” tal (...)

Voz Masculina 1: Foi, porque ela gosta muito de meu pai, Entendeu? Então esse negócio mesmo aí eu (...) eu tenho a conta que o pessoal de Zarif chegou nela, chegou junto. Porque inclusive no dia em que eu fui conversar com ela tinha um advogado de Zarif na porta.

(...)

Voz Masculina 1: Só vai começar a correr o prazo a partir de nove de abril. A gente ainda ta me março.

Voz Masculina 2: E nós começa a trabalhar antes.

Voz Masculina 1: Então, nove dias (...) seu advogado vai ter quinze dias para apresentar defesa. Ainda tem todas aquelas diligências pra acontecer. De oficiar TRE, oficiar não sei o que (...)

Voz Masculina 2: seu pai pediu (...)

Voz Masculina 1: são cinco ou seis ofícios que ele pediu. entendeu?

Voz Masculina 2: então eu vou lá agora. eu vou ter que conversar, Qualquer coisa eu ligo para você (...)

Voz Masculina 1: Me ligue.

Voz Masculina 2: Fique com deus.

Voz Masculina 1: Tranquilo. Mas tem aquela parte que ta faltando (...)

Voz Masculina 2: Sim Lógico.

Voz Masculina 1: e tinha um emprego que você falou.

Voz Masculina 3: ta tudo certo.

Voz Masculina 2: Olhe o emprego ta tudo certo (...) ele fez esses documentos que eu lhe pedi.

(...)

Voz Masculina 1: Até que enfim. Né?

Voz Masculina 4: E aí rapaz?

Voz Masculina 1: () falar com você.

Voz Masculina 4: Desculpe a instalação aqui, viu?

Voz Masculina/: Nada.

(...)

Voz Masculina 4: Não. Ta tudo tranquilo.

Voz Masculina 1: Ah, então pronto. É pra ficar tranquilo mesmo.

(...)

Voz Masculina 2: Eles foram lá ontem né? é (...) procurar ele. não foi?

Voz Masculina 1: Foi.

Voz Masculina 4: hã (...) é (...) assistiu tudo.

Voz Masculina 2: conta a ele aí que ele não tá sabendo. Eu não contei não. Eu tive com você e não tive com ele.

Voz Masculina 4: hã (...)

Voz Masculina 2: que eles foram lá lhe oferecer (...)

Voz Masculina 1: ah pra tirar (...) pra dar a xerox do processo (...)

Voz Masculina 4: ahn (...)

Voz Masculina I: Aí eu falei. "Eu nunca () pro ninguém".

Voz Masculina 4: Rapaz, eu falei muito consciente. Eu vou lhe ser muito sério. Eu tou muito consciente. Não (...) Não participei de nenhuma marmelada. Tou muito consciente. Se alguém fez marmelada foi depois que eu paguei (...)

Voz Masculina 2: É de lado a lado.

Voz Masculino 4: (...) a empresa. A empresa linha contrato para receber, então, paguei alguém que lava sendo autorizado por (...) pelo (...) pelo hospital para receber. Da (...) De lá, depois que recebeu, se ele diz que é marmelada, é um problema dele. Mas, fizeram uma coisa aí danada, é um interesse (...) aii muito interesse político por fora ah (...)

Voz Masculina 1: Tem (...)

Voz Masculina 4: Muito, muito. Muito (...) e a gente (...) se eu recuo eles passavam por cima de mim.

Voz Masculina 1: "Ai agora ta tranqüilo. O senhor () mais nada".

(...)

No curso das investigações que deram origem a este processo o denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto* recusou-se a proceder á perícia de identificação de voz, identificação feita por outros métodos.

Diferentemente, *Antonio Pascoal Batista*, em todas as oportunidades identificou a sua própria voz na gravação e confirmou que um dos interlocutores era *Nizan Gomes Cunha Neto*, como declarou no seguinte depoimento:

(...) que, no dia em que foi realizada a gravação, o depoente esteve com o filho do Desembargador Rubem Dário, Nizan, tendo permanecido com ele por cerca de dez minutos; (...) que o depoente, tendo ouvido a gravação na data de ontem, reconheceu a própria voz do Sr. Nizan; (fls. 138).

(...) que um dia estava em seu gabinete na Prefeitura quando soube que o filho do Desembargador Rubem Dário, chamado Nizan, estava a sua procura e lhe pediu um emprego para uma namorada, pedindo que fosse nomeada no setor de comunicação em cargo de confiança, e foi nomeada; que o depoente reconhece a sua voz na gravação e a voz do filho do Desembargador, sem sombra de dúvidas; (fls. 140).

A gravação foi examinada pelo Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto, Órgão da Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia e certificada a inexistência de "sinais indicativos de edição ou montagem" (fls. 270-281).

No exame do andamento processual da Ação Penal n. 70-61.2007.805.0000-0, verificou-se que todas as informações transmitidas por *Nizan Gomes Cunha Neto* ao seu interlocutor na gravação eram verdadeiras. A ação penal contra *Antonio Pascal Batista* tramitou lentamente até maio de 2007 e em maio o feito voltou à relatoria do denunciado (fls. 369-371) e, em 15 de junho foi por ele decretada a prisão preventiva do prefeito (fls. 391-

405), certamente em represália pela gravação da conversa com o seu filho, o denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto*.

Para a exata compreensão do contexto em que se deu o diálogo, é importante registrar que a Ação Penal n. 70.61.2007.805.0000-0, na qual era réu o prefeito, foi distribuída ao Desembargador *Rubem Dário*, quando já estava extinta a Câmara Especializada, o que se deu pela Lei Estadual n. 10.433, de 20 de dezembro de 2006, passando a competência à 5ª Câmara Cível, o que impôs a redistribuição do feito à Desembargadora *Zaudith Silva Santos*. Entretanto o número de diligências determinadas pelo primeiro relator, o desembargador denunciado, permitiu fosse escoado o tempo indicado no acordo, garantindo a paralização do processo até maio de 2007.

Qualificou o Ministério Público as condutas de *Rubem Dário Peregrino Cunha* e *Nizan Gomes Cunha Neto* como o crime descrito no art. 317, §,1º, do Código Penal; e *Antonio Pascoal Batista* como o crime do art. 333 e parágrafo único, do Código Penal e requereu a instauração de ação penal, com observância do procedimento instituído pela Lei n. 8.038/1990 até seu final julgamento, com a condenação dos denunciados nas penas dos delitos acima referidos.

Pediu a produção de prova pericial, documental e testemunhal, além de outras que se mostrem necessárias no curso da instrução criminal.

Requer, por fim, o recebimento da denúncia, com o afastamento do denunciado *Rubem Dário Peregrino Cunha*, do cargo de Desembargador, pela impossibilidade de o denunciado responder a processo por crime de tamanha gravidade sem se afastar das suas funções, tendo como fundamento legal o art. 29 da Lei Complementar n. 35/1979 (fl. 800-825).

Notificados, os denunciados apresentaram resposta preliminar. *Rubem Dário Peregrino Cunha* (fls. 846-1.254) arguiu, preliminarmente:

a) a inépcia da inicial, porque não há a descrição da participação do denunciado no fato delituoso narrado;

b) que, da análise da degravação do diálogo colacionado na denúncia, infere-se que o resultado supostamente prometido por *Nizan* (2º denunciado), qual seja, retardar o andamento da ação penal movida contra o Prefeito *Antonio Pascoal*, não dependia de qualquer ação ou omissão do denunciado;

c) que o denunciado *Nizan*, em mais de uma passagem do diálogo transcrito, justificou as razões pelas quais a ação penal ficaria parada no TJ-BA, esclarecendo que tal se daria em decorrência da extinção da antiga Câmara

Especializada de Prefeitos, com a consequente implantação da 5ª Câmara Cível do TJ-BA, órgão para o qual seriam redistribuídos e reatuados os processos;

d) que, em nenhum momento, a degravação das interceptações telefônicas aponta ter o denunciado praticado qualquer ato concreto para dificultar o andamento da ação penal, como noticiado pelo *parquet*, estando constatado que a demora no andamento do feito deu-se por razões estranhas à vontade do acusado, qual seja, a publicação do Decreto Judiciário n. 8/2007, diploma que determinou a redistribuição de todos os processos da competência da Câmara Especializada de Prefeitos;

e) que não há, no diálogo cerne da denúncia, qualquer indício de correlação entre a paralisação do processo penal e a negociata entabulada entre os denunciados *Nizan e Antonio Pascoal*;

f) que o trâmite da ação penal oferecida contra o 3º denunciado restou obstaculizado no primeiro semestre do ano de 2007 em virtude das diligências requisitadas pelo Ministério Público Estadual (que restaram deferidas pelo denunciado) e pela redistribuição de processos para a 5ª Câmara Cível e para o Pleno do TJ-BA, fatos estranhos à vontade do acusado, demonstrando não haver prática de qualquer ato doloso por parte do ora denunciado;

g) que a acusação formulada contra o denunciado não passa de imputação genérica, sem que os fatos tenham sido devidamente circunstanciados, o que impossibilita a defesa e viola o princípio da presunção de não culpabilidade inscrito no art. 5º, LVII, da CF/1988. Nesse sentido, cita o HC n. 72.506-6;

Defende a ilegalidade da prova utilizada pelo *parquet*, afirmando ser a degravação transcrita na denúncia resultado de gravação ambiental ilícita. Assevera que a gravação compreende um período de 29 (vinte e nove) minutos em que 05 (cinco) interlocutores (quatro masculinos e um feminino) trocam informações e supostamente negociam retardamento de ato de ofício por parte do denunciado.

Afirma que o denunciado *Antonio Pascoal* admitiu expressamente, nos autos de PAD que tramitou perante o CNJ, não ter realizado a gravação ambiental, na qual o quarto interlocutor masculino não estava presente no momento da gravação, não acreditando que a totalidade do diálogo tenha se dado em uma única oportunidade. Com base nessas premissas, alega ser a gravação uma montagem clandestina, principalmente porque o denunciado *Antonio Pascoal* não presenciou toda a conversa e declarou quando do PAD que a íntegra da gravação não ocorreu no interior do seu gabinete.

Com o fim de demonstrar a ilicitude da gravação, argumenta que o denunciado *Antonio Pascoal* afirmou, nos autos do mencionado PAD ter participado apenas de 10 (dez) minutos iniciais da conversa travada com o denunciado *Nizan*, fato que estaria em contrariedade com o que consta da gravação transcrita na denúncia, na qual o então Prefeito acusado aparece apenas nos 10 (dez) minutos finais do diálogo.

Defende o desentranhamento da gravação clandestina, nos termos do art. 5º, X, da CF/1988. Cita o HC n. 80.949-RJ, julgado pelo STF; APn n. 479-RJ, julgada pela Corte Especial do STJ.

No mérito, insurge-se contra a alegação de que o benefício a ser logrado com o retardamento da ação penal era o adiamento do provável afastamento do denunciado *Antonio Pascoal* do cargo de Prefeito Municipal.

Afirma que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia está firmada no sentido de que eventual afastamento cautelar de Prefeito Municipal somente ocorre com o recebimento da denúncia. Nesse sentido, colaciona diversos precedentes do TJ-BA, relatados pelo denunciado.

Segundo o denunciado a gravação clandestina revela que a negociata deu-se exclusivamente entre os denunciados *Nizan* e *Antonio Pascoal* e o laço consanguíneo não pode ser utilizado como fundamento para imputação delituosa ao acusado.

Alega que as informações repassadas por *Nizan* a *Antonio Pascoal* acerca do andamento processual da ação penal movida contra o então Prefeito são de fácil acesso aos jurisdicionados, visto que o processo não tramitava em segredo de justiça.

Defende a atipicidade do delito de corrupção passiva, sob o argumento de que não haver nos autos nenhum elemento que corrobore a imputação de ter o denunciado solicitado ou recebido vantagem indevida.

Afirma que os Procuradores de Justiça Antonio Faustino de Almeida e Walmiro Santos Macedo, que subscreveram a denúncia ofertada contra o denunciado *Antonio Pascoal* perante o TJ-BA, confirmaram, em depoimento prestado nos autos do PAD ter o acusado deferido o pedido de prisão preventiva do então Prefeito Municipal.

Entende que a própria possibilidade de alguém pagar R\$ 400.000,00 para retardar por 03 (três) meses o andamento da ação penal foge ao bom senso, pois é praticamente impossível colocar um feito em pauta em tempo inferior.

Considera inviável o seu afastamento cautelar, aduzindo, para tanto, que já se encontra afastado do cargo por decisão do CNJ desde o mês de novembro de 2009 e que não houve a indicação, por parte do MPF, de qualquer conduta atribuída ao denunciado que pudesse importar no prejuízo da apuração da verdade levada a efeito nestes autos.

Ao final, requer a rejeição da denúncia em razão da inépcia da exordial e da falta de justa causa.

Antonio Pascoal Batista apresenta resposta às fls. 1.276-1.296. Alegou em preliminar defeito na petição inicial, por não preencher os requisitos do art. 41 do CPP, não registrando as circunstâncias da prática do crime imputado ao denunciado, em absoluto prejuízo para o exercício da ampla defesa.

Afirma que a exordial acusatória, apesar de iniciar a narrativa utilizando-se de palavras que conotariam a prática de extorsão por parte do denunciado *Nizan*, termina por atribuir ao acusado a prática do crime de corrupção ativa.

Afirma que este denunciado não aquiesceu com a proposta dos 1º e 2º denunciados, mas submeteu-se à exigência destes, em um esforço de tentar salvar-se do grave mal que impendia sobre sua pessoa (restrição à liberdade de locomoção).

Aduz que o próprio MPF, ao transcrever na denúncia o teor do diálogo travado com o denunciado *Nizan*, mencionou ter sido feita a gravação por ordem do acusado por se sentir “achacado” com a exigência feita pelo filho do Desembargador *Rubem Dário*.

Afirma que o termo achacado, segundo o dicionário *Houaiss*, detém a conotação daquele que se sente extorquido. Alega que não se poderia exigir do denunciado conduta diversa, senão a de aquiescer com a cobrança feita pelo denunciado *Nizan*.

Traz à colação lições doutrinárias com o fim de demonstrar que foi vítima do crime de concussão e não autor do delito de corrupção ativa.

Afirma que a prisão do acusado foi decretada em razão do atraso no pagamento de parcela da quantia exigida.

Entende que, se admitida a prática do crime de corrupção ativa por parte do denunciado, estar-se-á admitindo a produção de prova contra si mesmo.

Por fim, o denunciado requer, com esteio no art. 395 do CPP, a sua absolvição sumária.

Nizan Gomes Cunha Neto apresenta resposta (fls. 1.331-1.339), na qual alega, em preliminar, ter o Ministério Público se utilizado de prova ilícita - gravação clandestina, mantendo em sigilo a identidade da pessoa que encaminhou a gravação ambiental ao TJ-BA. Pede o desentranhamento da prova, nos termos do art. 157, *caput* e § 1º, do CPP e do art. 5º, X, da CF/1988. Cita a APn n. 479, rel. Min. Felix Fischer, DJ 1º.10.2007.

No mérito, afirma que os fatos se passaram de modo diverso do narrado na denúncia, o que será comprovado na instrução.

Afirma que a prisão do denunciado *Antonio Pascoal* foi decretada pelo denunciado *Rubem Dário* muito tempo após a divulgação do “cd” em que se encontrava registrada a conversa degradada na exordial acusatória.

Ao final, requer a rejeição da denúncia, sob o argumento de que esta carece de justa causa.

Intimado, o MPF apresentou manifestação sobre as respostas apresentadas, pugnando pelo recebimento da exordial acusatória (fl. 1.360-1.364).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora):

I - PRELIMINAR SUSCITADA PELO DENUNCIADO RUBEM DÁRIO PEREGRINO CUNHA

DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL

O denunciado *Rubem Dário* argui, preliminarmente, a ilicitude da prova constituída pela gravação ambiental que deu azo à instauração do Inquérito n. 631-BA, aduzindo o fato de ter o prefeito *Antonio Pascoal*, aqui indiciado pelo MPF, admitido, em depoimento prestado nos autos de Processo Administrativo Disciplinar instaurado perante o CNJ (juntado aos autos - fl. 879-882), que a totalidade da gravação não se deu em prédio público.

Conforme será fundamentado ao longo deste voto, as alegações do denunciado mostram-se destituídas de fundamento.

Antes de examiná-la entendo oportuno traçar breve introdução acerca do início das investigações, providência necessária para demonstrar como se deu a realização da discutida gravação ambiental.

Consta dos autos (fl. 02-17), que a então Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Desa. Sílvia Carneiro Santos Zarif) tomou conhecimento de gravação ambiental na qual o denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto* (advogado e filho do acusado *Rubem Dário*), dizendo atuar em nome do seu pai, negociava vantagem indevida no valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), prometendo, em contrapartida, retardar o andamento de processo criminal da relatoria do desembargador.

A Desa. Sílvia Zarif, ciente da gravação, encaminhou ao Pleno da Corte proposta de instauração de processo administrativo preliminar, prontamente acolhida pelo Tribunal em sessão plenária extraordinária (fl. 16-17), sendo designada Comissão Temporária de Desembargadores, com o fim de apurar a idoneidade da notícia e a suposta conduta infracional praticada pelo magistrado.

No processo de origem, na denúncia oferecida perante o TJ-BA (processo relatado pelo Des. *Rubem Dário*), o Ministério Público Estadual imputou ao denunciado *Antonio Pascoal* (então Prefeito do Município de São Francisco do Conde-BA) a prática dos crimes tipificados no art. 1º, I, do Dec. Lei n. 201/1967 (peculato-desvio) e nos arts. 297, § 1º (falsificação de documento público) e 304 do Código Penal (uso de documento falso), na forma do art. 69, *caput*, do Estatuto Repressivo pátrio, condutas delituosas supostamente levadas a termo por meio do desvio de verbas dos cofres da Municipalidade.

Na investigação preliminar instaurada no Tribunal de Justiça, após a colheita de diversos depoimentos por parte da Comissão Temporária de Desembargadores, a Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia remeteu ao Procurador-Geral da República cópias da ata da sessão extraordinária realizada pelo TJ-BA, com depoimentos de Prefeitos e Ex-Prefeitos (que figuraram como réus em ações penais distribuídas à relatoria do Des. *Rubem Dário*) colhidos no curso da instrução do processo administrativo preliminar e do “cd” contendo a mencionada gravação ambiental, material que fundamentou o requerimento de instauração do Inq. n. 631-BA, formulado pela Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques (fl. 02-10).

A gravação ambiental registra que o advogado *Nizan Gomes Cunha Neto* (filho do denunciado *Rubem Dário*) compareceu à Prefeitura de São Francisco do Conde-BA (fato confirmado por depoimento do acusado *Antonio Pascoal*) e negociou vantagem indevida (no valor de R\$ 400.000,00) com o fim de protelar o andamento da Ação Penal n. 70-61-2007.8005.0000-0, movida pelo *parquet* contra o denunciado *Antonio Pascoal*.

Consta, ainda, da gravação ambiental ter o denunciado *Nizan Gomes* solicitado ao então Prefeito Municipal (*Antonio Pascoal*) a nomeação da sua namorada para cargo em comissão na Prefeitura de São Francisco do Conde.

Conforme restou consignado nos autos do Processo Administrativo Disciplinar instaurado perante o CNJ contra o Des. *Rubem Dário* (rel. Min. Gilson Dipp, DJ 30.9.2009), o denunciado *Antonio Pascoal* reconheceu que o advogado *Nizan Gomes Cunha Neto* compareceu à Prefeitura Municipal naquela ocasião, determinando o Prefeito, à sua equipe a realização da gravação ambiental:

que Nizan foi ao seu gabinete em São Francisco do Conde, cerca de três meses antes da determinação de sua prisão preventiva pelo Desembargador Rubem Dário onde conversaram por cerca de dez minutos;

(...)

que na ocasião Nizan estava com uma jovem, cujo nome o depoente não se recorda e que Nizan disse ser sua namorada e precisava de emprego na Prefeitura e inclusive lhe pediu um cargo para esta; que depois de alguns dias nomeou a moça para um cargo em comissão;

(...)

que reconhece a sua voz na conversa reproduzida nos autos (...);

(...)

que desconfiou que Nizan foi ao seu gabinete com o intuito de extorsão e mandou gravar a conversa porque tinha ouvido falar que o filho do Desembargador Rubem Dário, Nizan, “criava dificuldades para vender facilidades”, eis que isso era voz corrente no meio político; que este comportamento de Nizan era “público e notório”; que se reserva a não informar o nome da outra pessoa que estava em seu gabinete e lá deu continuidade à conversa por questões de segurança; que não fez as tratativas financeiras com Nizan pessoalmente; que a negociação foi entabulada com a terceira pessoa que se encontrava na sala, a mesma que gravou a conversa;

(...)

que acredita que a decretação da sua prisão pelo Desembargador Rubem Dário tem relação com a visita de Nizan; que acredita que o interlocutor da conversa pode não ter cumprido o acordo financeiro feito com Nizan e que a prisão pode ter sido decretada, além dos interesses políticos envolvidos, em razão do descumprimento do aludido acordo;

(fl. 879-882).

Em depoimento prestado perante o Ministério Público Federal no Estado da Bahia, o denunciado *Antonio Pascoal* declarou que:

que, pelo que sabe, a ida do Sr. Nizan à Prefeitura de São Francisco do Conde se deu em razão de algum interesse deste; que o depoente, tendo ouvido a gravação na data de ontem, reconheceu a sua própria voz e a voz do Sr. Nizan;

(...)

que, entretanto, pessoas da equipe administrativa do depoente relataram investidas do Sr. Nizan, filho do Desembargador Rubem Dário, no sentido de solicitar pagamentos; que o depoente, na época da gravação, já tinha conhecimento de que pessoas de sua equipe vinham efetuando pagamentos ao Sr. Nizan, embora não soubesse precisar o valor;

(...)

que o Sr. Nizan demonstrava ter influência na condução do processo; que o teor da conversa dava a entender que o Sr. Nizan tinha bastante influência em relação ao pai e à condução do processo; que, pelo pouco que o depoente conversou com o Sr. Nizan, lhe pareceu claro que o Des. Rubem Dário tinha conhecimento das tratativas do filho;

(fl. 138-139).

A gravação ambiental deu-se no interior da Prefeitura Municipal de São Francisco do Conde-BA, prédio público, não havendo, portanto, que se falar em violação do direito à intimidade/privacidade.

Friso que, diante do virtual conflito entre valores igualmente resguardados pela Constituição da República de 1988, deve prevalecer, em juízo de ponderação, o entendimento de admissibilidade da prova colhida.

Sobre o tema, cito doutrina de Paulo Gustavo Gonet Branco *et alli*:

O exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo status hierárquico, os princípios constitucionais devem ter “pesos abstratos” diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado.

(...)

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos.

(Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 285-286).

Quanto à admissibilidade da gravação ambiental feita por um dos interlocutores, confira-se lição do Min. Gilmar Mendes:

As interceptações ambientais são, em princípio, proibidas, por violarem o disposto no inciso X do artigo 5º da Constituição.

Tal entendimento deve ser adotado com temperamentos no caso da gravação clandestina ambiental, realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. (...)

O Tribunal também já admitiu a gravação de diálogo transcorrido em local público, assentando não estar em causa a proibição constante do inciso XII do art. 5º da Constituição.

(ob. cit. P. 645).

Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados da Suprema Corte:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional e Processual Penal.

1) Repercussão geral da questão constitucional. Intimação do agravante após 3.5.2007. Necessidade de demonstração formal. Demonstração insuficiente.

2) Inexigibilidade de licença prévia para a instauração de processo penal contra parlamentar: aplicabilidade aos deputados estaduais.

3) Recebimento de denúncia contra deputado estadual que exerce mandatos sucessivos. Ciência à Assembléia Legislativa: aplicabilidade apenas aos crimes cometidos no mandato em curso.

4) *Gravação ambiental feita por um interlocutor sem conhecimento do outro: constitucionalidade.*

(...)

Agravo regimental ao qual se nega seguimento.

(AI n. 769.798 AGR-RO, Rel. Ministra Carmen Lúcia, Segunda Turma, DJ 1º.2.2011).

Prova. Gravação ambiental. *Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida.* Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC.

É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

(RE n. 583.937 QO-RJ, Rel. Ministro Cezar Peluso, Pleno, DJ 19.11.2009).

No mesmo sentido a jurisprudência do STJ, ao adotar o entendimento do STF:

Habeas corpus. Processual Penal. Crime de concussão. Gravação ambiental realizada por jornalista, em via pública. Ilícitude da prova. Não ocorrência. Condenação baseada também em outras provas.

1. A inviolabilidade jurídica da intimidade constitui um direito assegurado constitucionalmente, sendo, portanto, ilícitas as provas colhidas mediante a inobservância desse direito.

2. Na hipótese dos autos, contudo, em que a conduta criminosa dos acusados, então ocupantes de cargos públicos – de exigirem vantagem indevida de um indivíduo, para não lhe forjarem um flagrante de tráfico de drogas –, era realizada em via pública, não há sigilo a ser preservado, sendo incabível, portanto, falar-se em tutela da intimidade e, conseqüentemente, em ilicitude da prova obtida. Precedente desta Corte.

3. Conforme destacou o Ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto no julgamento do Habeas Corpus n. 87.341-3-PR, “[...] não há nenhuma ilicitude na documentação cinematográfica da prática de um crime, a salvo, é claro, se o agente se encontra numa situação de intimidade. **Obviamente não é o caso de uma corrupção passiva praticada em repartição pública.**” (STF, HC n. 87.341-PR, 1ª Turma, Rel Min. Eros Grau, DJ de 3.3.2006).

4. Ademais, conforme ressaltou a Corte de origem, a condenação do ora Paciente não se amparou apenas nas gravações ambientais impugnadas, sustentando-se também na prova testemunhal produzida.

5. Ordem denegada.

(HC n. 118.860-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 17.12.2010).

Superado esse ponto, passo a examinar outro argumento suscitado pelo denunciado *Rubem Dário* com o fim de demonstrar a inadmissibilidade de utilização da prova colhida (gravação ambiental).

Tendo por escopo subsidiar a alegação de montagem na gravação que deu azo à instauração da investigação preliminar, alega o denunciado que, diferente do que ali está registrado, o então Prefeito Municipal admitiu, em depoimento prestado nos autos do PAD instaurado pelo CNJ, ter participado somente dos 10 (dez) minutos iniciais da conversa. Tal alegação, entretanto, não encontra suporte no acervo probatório colhido no curso do Inquérito n. 631-BA.

A perícia realizada pelo Departamento de Polícia Técnica da Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia não constatou qualquer sinal indicativo de edição ou montagem na gravação (doc. de fl. 269-281).

Ademais, o denunciado *Antonio Pascoal*, em depoimento prestado ao MPF no Estado da Bahia, afirmou que “no momento da conversação, o depoente estava inicialmente em outro ambiente, despachando; que, após um tempo, o depoente entrou, desculpando-se pela demora; **que o depoente chegou já no final da reunião gravada;**” (fl. 139).

Rejeito, ainda, a alegação de inadmissibilidade da prova em razão de não se ter identificada a pessoa responsável por realizar a gravação. Os depoimentos prestados pelo denunciado *Antonio Pascoal* são no sentido de ter sido feita a gravação a mando do Ex-Prefeito Municipal no interior de prédio público.

O fato de ter sido realizada por terceiro não identificado não torna ilegal a prova, haja vista que, à luz do princípio da divisibilidade da ação penal de iniciativa pública, a identificação e eventual responsabilização do agente que agiu em nome e a mando do acusado *Antonio Pascoal* pode ser feita em momento posterior.

Em comentário específico sobre o tema, Julio F. Mirabete ensina: “Por esse princípio, o processo pode ser desmembrado, o oferecimento de denúncia contra um acusado não exclui a possibilidade de ação penal contra outros, permite-se o aditamento da denúncia com a inclusão de co-réu a qualquer tempo ou a propositura de nova ação penal contra co-autor não incluído em processo já sentenciado etc.” (Processo Penal. São Paulo Atlas. P. 112).

Refuto, portanto, a preliminar de ilegalidade da prova.

II - PRELIMINAR SUSCITADA PELO DENUNCIADO NIZAN GOMES CUNHA NETO

INQUÉRITO INSTAURADO COM BASE EM DENUNCIA ANÔNIMA

O acusado *Nizan Gomes*, na resposta apresentada, defende a ilegalidade da prova (gravação ambiental), sob o argumento de ilegitimidade da investigação preliminar, por ter ocorrido em razão de denúncia anônima (art. 5º da CF/1988).

Sobre a questão da *notitia criminis* anônima o STF, a partir do julgamento de Questão de Ordem no Inq n. 1.957-PR (rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 11.5.2005), firmou entendimento de que o inquérito policial não pode ser instaurado com base exclusivamente em denúncia anônima, salvo quando o documento em questão tiver sido produzido pelo acusado, ou constituir o próprio corpo de delito.

Em judicioso voto, o Ministro Celso de Mello acompanhou o relator, Min. Carlos Velloso, e fixou diretrizes que passaram a ser adotadas como norte no tema da *notitia criminis* anônima. Transcrevo nessa oportunidade:

(a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da persecutio criminis, eis que peças

*apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o “*crimen falsi*”, p. ex.);*

*(b) nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (disque-denúncia p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discricção”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciadas, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “*persecutio criminis*”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento em relação às peças apócrifas;*

(c) o Ministério Público, de outro lado, independente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua *opinio delicti* com apoio em outros elementos de convicção que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de sua autoria, desde que os dados informativos que são suporte à acusação penal não tenham, como único fundamento causal, documentos ou escritos anônimos.

Após esta decisão histórica fato novo ocorreu na legislação, eis que o Brasil, pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, veio a incorporar ao ordenamento nacional a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida. O mencionado decreto, no artigo 13 deixa clara a intenção de dar ênfase e garantir o valor das informações populares no combate à corrupção quando enuncia:

(...)

2. Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção. e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de qualquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente convenção.”

(Informação colhida do voto vogal do Conselheiro Wellington Cabral Saraiva, no PP n. 0007384-92.2010.0000).

Mais recentemente o STF vem reafirmando a aceitação da denúncia anônima, com as necessárias cautelas diante da previsão contida no inciso IV do artigo 5º, da Constituição Federal (“IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”). É o que nos mostram os últimos julgamentos,

dentre os quais o *Habeas Corpus* n. 98.345-RJ, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Dias Toffoli, restando vencido o relator originário Ministro Marco Aurélio, julgado em 16 de janeiro de 2010 (Diário de Justiça Eletrônico n. 173, pub. 17 de set. 2010; Lex STF, volume 32, n. 382, p. 337-363 e o HC n. 99.490-SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 23 de nov. 2010, unânime, DJ n. 20, pub. 1º de fev. 2011, cujas ementas foram assim redigidas, respectivamente:

Constitucional e Processo Penal. *Habeas corpus*. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Inexistência de constrangimento ilegal.

1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC n. 84.827-TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23.11.2007), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. *Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa “denúncia” são materialmente verdadeiros, para só então, iniciar as investigações.*

2. *No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais civis diligenciaram no sentido de apurar eventual existência de irregularidades cartorárias que pudessem conferir indícios de verossimilhança aos fatos.* Portanto, o procedimento tomado pelos policiais está em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.

3. Ordem denegada.

Habeas corpus. “Denúncia anônima” seguida de investigações em inquérito policial. Interceptações telefônicas e ações penais não decorrentes de “denúncia anônima”. Licitude da prova colhida e das ações penais iniciadas. Ordem denegada.

Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (n. 86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.8.2008; n. 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.3.2010; e HC n. 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe. de 30.4.2010) No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada “notícia anônima”, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. A alegação de que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei n. 9.296/1996, não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico. Ordem denegada.

O STJ tem seguido a orientação firmada pela Suprema Corte (item **b** do voto prolatado pelo Min. Celso de Mello), como demonstram os seguintes precedentes:

Processual Penal e Constitucional. Princípio do juiz natural. Compreensão. Art. 33, parágrafo único, da Loman. Interpretação. Interceptação telefônica autorizada por decisão judicial devidamente fundamentada. *Notitia criminis* anônima. Orientação firmada pelo STF. Autoridade com foro privilegiado perante o STJ. Validade dos atos praticados pelo TRF.

(...)

4. A autoridade, antes de determinar a instauração do Inquérito, empreendeu diligências no sentido de verificar a idoneidade dos fatos narrados na notitia criminis anônima. Conduta que se amolda à orientação fixada pelo STF na QO no Inq n. 1.957-PR (rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 11.5.2005).

5. Eventuais indícios da prática de crime por parte de autoridade com foro privilegiado perante esta Corte somente surgiram no curso da investigação preliminar, oportunidade em que a Procuradoria Regional da República da 1ª Região suscitou questão de pronto acolhida pela Corte Especial do TRF da 1ª Região, que deliberou pela remessa dos autos do inquérito ao STJ.

6. Agravos regimentais não providos.

(AgRg na APn n. 626-DF, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 6.10.2010, DJe 11.11.2010).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Formação de quadrilha. Lavagem de dinheiro. Interceptações telefônicas. Nulidade da prova. Deficiência da instrução. Falta de juntada da decisão impugnada. Ônus que incumbia ao impetrante. Advogado constituído. Inquérito policial instaurado a partir de denúncia anônima. Informações que contrariam essa tese. *Denúncia* anônima que deu ensejo tão-somente às diligências preliminares, cujo resultado possibilitou a instauração do inquérito. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

(...)

3. Mostra-se irrelevante, in casu, qualquer discussão a respeito da validade de denúncia anônima como notitia criminis, pois os elementos constantes nos autos demonstram que o inquérito policial impugnado somente foi instaurado depois da realização de diligências preliminares que resultaram na colheita de elementos mínimos de convicção sobre a suposta prática de crimes.

4. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC n. 119.702-PE, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Sexta Turma, julgado em 6.2.2009, DJe 2.3.2009).

Na espécie em julgamento a Subprocuradora-Geral da República agiu nos estritos limites definidos nos precedentes do STF, tendo requisitado a instauração do Inq. n. 631-BA (fl. 02-10) somente após constatada a realização de diligências preliminares (levadas a termo pela Comissão Temporária de Desembargadores designada pelo TJ-BA) que, num juízo sumário, apuraram a idoneidade da notícia.

Assim sendo, adotando a jurisprudência da Corte, rejeito a preliminar suscitada.

III - PRELIMINAR SUSCITADA PELOS DENUNCIADOS RUBEM DÁRIO PEREGRINO CUNHA E ANTONIO PASCOAL BATISTA

INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA

Rejeito a preliminar de inépcia da denúncia suscitada pelos denunciados *Rubem Dário Peregrino Cunha* e *Antonio Pascoal Batista*. A peça acusatória atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, na medida em que houve a exposição do fato considerado criminoso, as suas circunstâncias, a qualificação dos denunciados e a classificação dos crimes imputados, elementos essenciais e estruturais da denúncia.

Conforme se depreende dos julgados abaixo colacionados, eventual inépcia da exordial acusatória somente pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, impedindo a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do representado, o que não se vislumbra no presente caso. Este é o sentido da jurisprudência como demonstram os arestos seguintes:

Criminal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Atos infracionais análogos aos crimes de estupro e ameaça. Estatuto da Criança e dos Adolescente. Representação que narra ano em que o ato infracional teria ocorrido. Trancamento da ação penal. Inépcia. Inexistência. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recurso desprovido.

I. O trancamento de ação penal por meio de habeas corpus é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

II. A peça acusatória atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, na medida em que houve a exposição do fato considerado criminoso, com suas circunstâncias, assim como se deu a devida qualificação do representado, a classificação do crime, além do oferecimento do rol de testemunhas.

III. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do representado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP - o que não se vislumbra no caso dos autos.

IV. Na hipótese, a denúncia abarcou todas as circunstâncias do ato infracional, especificando, pelo menos, o ano do ocorrido, não havendo se falar em prejuízo ao representado, que poderá defender-se amplamente dos fatos alegados, inclusive, quanto à eventual ocorrência de prescrição.

V. Recurso desprovido.

(RHC n. 29.573-MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 2.8.2011, DJe 17.8.2011).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Formação de quadrilha, corrupção passiva e corrupção passiva majorada em continuidade delitiva (art. 288, 317, *caput* e 317, § 1º. c.c. o art. 71, todos do CPB). Pretensão de trancamento da ação penal por inépcia da denúncia. Inadmissibilidade. Inicial acusatória que descreve de forma pormenorizada a ação delituosa, identificando os autores e as vítimas, e explicitando como se deram os fatos, com a menção a todas as circunstâncias indispensáveis ao pleno exercício do direito de defesa. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso desprovido.

1. O trancamento da Ação Penal por meio de Habeas Corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. O reconhecimento da inépcia da denúncia, por sua vez, pressupõe falta total de exposição do fato criminoso, de forma a macular o exercício do direito da ampla defesa.

3. É certo que a peça denunciatória tem de trazer no seu próprio contexto os elementos que demonstram a certeza da acusação e a seriedade da imputação, não se admitindo expressões genéricas, abstratas ou meramente opinativas, o que induz a sua peremptória inaceitabilidade; porém, neste caso, ao contrário do que se afirma, a denúncia atende aos requisitos elencados no art. 41 do CPP, pois, ainda que limitada pela natural circunstância da multiplicidade de agentes, o fato é que, na hipótese, não se constata qualquer mácula na peça acusatória, que contém a exposição clara dos fatos tidos como delituosos, a qualificação dos acusados com a indicação de suas condutas, a classificação dos crimes e o nexo de causalidade, de maneira a permitir a mais ampla articulação defensiva.

4. Recurso desprovido, em consonância com o parecer ministerial.

(RHC n. 22.922-RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 31.5.2011, DJe 27.6.2011).

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. Apropriação indébita previdenciária e sonegação previdenciária. Pagamento integral do débito. Efeitos penais regidos

pelo art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. Extinção da punibilidade. Inépcia da denúncia. Pacientes gestores e administradores da empresa. Ordem parcialmente concedida.

(...).

3. Não se pode ter por inepta a denúncia que descreve fatos penalmente típicos e aponta, mesmo que de forma geral, as condutas dos pacientes, o resultado, a subsunção, o nexa causal (teorias causalista e finalista) e o nexa de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), oferecendo condições para o pleno exercício do direito de defesa, máxime se tratando de crime societário onde a jurisprudência tem abrandado a exigência de uma descrição pormenorizada das condutas.

4. Ordem parcialmente concedida para determinar o trancamento da ação penal, exclusivamente, em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária. (HC n. 84.798-GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 3.11.2009).

Na hipótese em julgamento o MPF imputou ao denunciado *Rubem Dário* a prática do crime de corrupção passiva (tipificado no art. 317, § 1º, do Código Penal), tendo exposto de forma minuciosa o meio empregado para a prática da suposta conduta delituosa.

O *parquet*, ao atribuir ao acusado *Antonio Pascoal* o cometimento do delito de corrupção ativa (infração prevista no art. 333, parágrafo único, do Código Penal), indicou os elementos indiciários utilizados para embasar a acusação formulada contra o Ex-Prefeito Municipal e narrou a conduta a ele imputada de forma a permitir o exercício da ampla defesa (fato que será novamente analisado quando do capítulo deste voto que trata da conduta do denunciado *Antonio Pascoal*).

Rejeito a preliminar suscitada.

IV - PRELIMINAR SUSCITADA PELO DENUNCIADO ANTONIO PASCOAL

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

Alega o denunciado *Antonio Pascoal Batista* que a gravação ambiental não pode ser utilizada como subsídio para imputar-lhe a prática do crime de corrupção ativa, tipificado no art. 333, *caput*, do Código Penal, sob o argumento de que, ao determinar a realização da gravação, agiu em legítima defesa, com o fim de proteger-se da investida do acusado *Nizan Gomes*.

Invoca em sua defesa o princípio da não auto-incriminação, aduzindo que, caso se concluisse pela prática do delito de corrupção ativa, estar-se-ia admitindo contra o denunciado *Antonio Pascoal* prova por ele mesmo produzida.

Considero despicienda a argumentação, a partir de algumas premissas conceituais acerca do princípio da não auto-incriminação.

Doutrinariamente Luiz Flávio Gomes preceitua:

Significado: o privilégio ou princípio (a garantia) da não auto-incriminação (*Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou *Nemo tenetur se ipsum prodere*) *significa que ninguém é obrigado a se auto-incriminar ou a produzir prova contra si mesmo* (nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.). Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente.

Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. São intoleráveis a fraude, a coação, física ou moral, a pressão, os artíficosismos etc. Nada disso é válido para a obtenção da prova. A garantia de não declarar contra si mesmo (que está contida no art. 14.3, **g**, do PIDCP, assim como no art. 8º, 2, **g**, da CADH) tem significado amplo. O não declarar deve ser entendido como qualquer tipo de manifestação (ativa) do agente, seja oral, documental, material etc.

(in GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010).

No mesmo sentido lição de Eugenio Pacelli de Oliveira:

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio e à não auto-incriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, *como impede que ele seja **compelido** a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária a seu interesse.*

(Curso de Processo Penal. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 27).

O princípio da não auto-incriminação veda seja o acusado (ou investigado) coagido (tanto física quanto moral mente) a produzir prova contrária aos seus interesses, fato diverso do que ocorreu nestes autos.

Na espécie em apreciação o denunciado *Antonio Pascoal*, de forma voluntária (conforme demonstram os depoimentos transcritos em capítulo anterior deste

voto), determinou a gravação ambiental de conversa de negociação para a prática de crime contra a Administração Pública.

A prova da prática delituosa mostra-se plenamente válida (fato já demonstrado em trecho anterior deste voto) e pode ser utilizada em processo penal eventualmente instaurado contra o acusado, sob pena de estímulo à prática delituosa de que nos fala a denúncia.

Neste ponto, entendo oportuno citar interessante regra fixada por Eugenio Pacelli de Oliveira para concluir, à luz do princípio da proporcionalidade, pela admissibilidade de utilização, em favor da acusação, de prova considerada, em tese, ilícita:

Mas, voltando à questão do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, diríamos que o critério da proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade potencial e finalística estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, da CF. *Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.*

(Curso de Processo Penal. 7. ed. P. 326).

O entendimento jurídico aqui lembrado, encontra plena aplicabilidade na hipótese em apreciação. Primeiro porque (como já demonstrado em trecho anterior deste voto) a gravação ambiental foi realizada por um dos interlocutores e registrou suposta prática de crime de corrupção passiva ocorrido no interior de prédio público, fato que retirou da prova o caráter de ilicitude e; segundo porque a prática da suposta conduta infracional imputada ao denunciado foi produzida por particular e não por agente estatal incumbido da persecução penal. Este último elemento afasta eventual alegação de iliciedade.

Rejeito, portanto mais esta preliminar.

V - MÉRITO DA ACUSAÇÃO

Diante do concurso de pessoas, como descrito na denúncia, em relação ao crime tipificado no art. 317, § 1º, do Código Penal, examinarei no mesmo capítulo as condutas imputadas aos denunciados *Rubem Dário Peregrino Cunha* e *Nizan Gomes Cunha Neto*.

A) DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317, § 1º, DO CÓDIGO PENAL)

Conforme consignado no relatório, o *parquet* atribuiu aos denunciados *Rubem Dário Peregrino Cunha* e *Nizan Gomes Cunha Neto* (advogado e filho do primeiro), a prática do delito previsto no art. 317, § 1º, (corrupção passiva) do Código Penal, cuja tipicidade está assim descrita:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

O *parquet* afirma que o denunciado *Rubem Dário Peregrino Cunha*, valendo-se da intermediação do acusado *Nizan Gomes Cunha Neto* teria solicitado e recebido de *Antonio Pascoal Batista*, então Prefeito Municipal de São Francisco do Conde-BA, vantagem indevida para retardar, até o mês de maio de 2007, o andamento da Ação Penal Originária n. 1.441-4/2007, movida pelo Ministério Público Estadual contra o 3º (terceiro) denunciado.

Segundo o MPF, o denunciado *Rubem Dário*, valendo-se da intermediação do seu filho *Nizan Gomes Cunha Neto*, procurou, em março de 2007, pessoas da equipe administrativa do denunciado *Antonio Pascoal* e solicitou o pagamento de vantagem indevida no valor de R\$ 400.000,00 e a nomeação de uma namorada do advogado para cargo em comissão prometendo, em retribuição, protelar o andamento da ação penal que estava sob a relatoria do seu pai, até o final do mês de maio de 2007.

Consta da denúncia que o denunciado *Antonio Pascoal*, em depoimento prestado à Comissão de Desembargadores do TJ-BA, declarou ter concordado com o pedido, repassando ao denunciado *Rubem Dário*, por intermédio do seu filho *Nizan Gomes*, a importância de R\$ 350.000,00.

Examinando-se a prova dos autos (gravação ambiental e depoimentos prestados perante a Comissão Temporária de Desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia), tenho como demonstrada a presença de indícios de prática de crime de corrupção passiva por parte dos denunciados.

Antonio Pascoal, em depoimento prestado perante a Comissão Temporária de Desembargadores do TJ-BA, reconheceu a voz do denunciado *Nizan* e confirmou a autenticidade da gravação, sendo textual:

que um dia estava em seu gabinete na Prefeitura quando soube que o filho do Desembargador Rubem Dário, chamado Nizan, estava a sua procura e lhe pediu emprego para sua namorada, pedindo que fosse nomeada no setor de comunicação em cargo de confiança, e foi nomeada; que o depoente reconhece a sua voz na gravação e a voz do filho do Desembargador, sem sombra de dúvidas; que não deseja identificar a voz da terceira pessoa por se tratar de uma pessoa amiga, mas reconhece o conteúdo integral da fita e as conversas gravadas como verdadeiras; que não assistiu quando Nizan recebeu os cinquenta mil reais do seu interlocutor porque chegou depois ao seu gabinete na Prefeitura;

(...)

que o pagamento recebido do interlocutor da gravação foi de trezentos e cinquenta mil reais a ser pago; (...) que ouviu falar que o filho do Desembargador era dado a tal procedimento;

(fl. 160-161).

Posteriormente, prestando depoimento perante o Ministério Público Federal no Estado da Bahia, declarou *Antonio Pascoal* ser o acusado *Rubem Dário* sabedor das tratativas do filho. Disse também que *Nizan Gomes Cunha Neto* demonstrava ter bastante influência sobre seu pai, o desembargador denunciado, sendo enfático e preciso ao declarar o seguinte:

que o depoente, tendo ouvido a gravação na data de ontem, reconheceu a sua própria voz e a voz do Sr. Nizan; (...) que, entretanto, pessoas da equipe administrativa do depoente relataram investidas do Sr. Nizan, filho do Desembargador Rubem Dário, no sentido de solicitar pagamentos; que o depoente, na época da gravação, já tinha conhecimento de que pessoas de sua equipe vinham efetuando pagamentos ao Sr. Nizan, embora não soubesse precisar o valor;

(...)

que o Sr. Nizan demonstrava ter influência na condução do processo; que o teor da conversa dava a entender que o Sr. Nizan tinha bastante influência em relação ao pai e à condução do processo; que, pelo pouco que o depoente conversou com o Sr. Nizan, lhe pareceu claro que o Des. Rubem Dário tinha conhecimento das tratativas do filho;

(fl. 138-139).

É importante colocar em destaque as circunstâncias fáticas da tramitação da ação penal contra *Antonio Pascoal*, de relatoria do Desembargador Rubem Dário, aqui denunciado:

1) no dia 10.1.2007 O Ministério Público do Estado ofereceu denúncia contra o então Prefeito *Antonio Pascoal e outros*, indicando como incurso nas sanções do art. 1º, I, do Dec. Lei n. 201/1967 (peculato-desvio) e dos arts. 297, § 1º (falsificação de documento público) e 304 do Código Penal (uso de documento falso), na forma do art. 69, *caput*, do mesmo Código, afirmando terem os denunciados desviado dos cofres municipais importância superior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

2) pediu o *parquet* fosse a denúncia distribuída por prevenção ao Des. *Rubem Dário*, por ter conhecido de medida cautelar de quebra de sigilo fiscal contra a empresa indicada na denúncia como beneficiada, na qual figuravam 02 (dois) dos denunciados como sócios. Pediu a realização de perícia grafotécnica em documentos utilizados como suporte para oferecimento da denúncia, expedição de ofícios, afastamento cautelar e a prisão dos denunciados, na forma do art. 2º, II, do Dec. Lei n. 201/1967 (fl. 332-340).

3) distribuída a denúncia como pleiteada, no dia 27.2.2007 o Desembargador *Rubem Dário* determinou a notificação dos denunciados para apresentar defesa, expediu os ofícios requisitados, mas não examinou o pedido de prisão formulado pelo *parquet*. (fl. 346-347);

4) por força de mudança regimental, provocada pela Lei Estadual n. 10.433/2006, deixou de existir a Câmara Especializada em julgamento de crimes praticados por Prefeitos, ao voltarem os autos para despacho, cumpridas as determinações do relator em 13.3.2007, foi o processo redistribuído, cabendo a relatoria à Des. Zaudith Silva Santos;

5) em decisão datada de 2.5.2007, a Des. Zaudith Silva Santos considerou que, apesar da mudança competencial, o Des. *Rubem Dário* estava prevento para o processo e encaminhou os autos (fl. 369-371);

6) o Des. *Rubem Dário* despachou no dia 17.5.2007, determinando que os autos permanecessem em cartório no aguardo das respostas preliminares para um mês depois, em 15.6.2007, determinar a prisão preventiva dos denunciados, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal (fl. 391-405).

Os fatos aqui destacados permitem concluir, com base nos elementos colhidos no curso da investigação preliminar, em juízo sumário de cognição, mas com forte prova indiciária, que a decretação da ordem prisional coincide exatamente com as tratativas de *Nizan Gomes Cunha Neto*, exigindo vantagem indevida com o fim de protelar o andamento da ação penal ajuizada contra o Prefeito *Antonio Pascoal Batista*, e que estava sob a relatoria do Desembargador *Rubem Dário*.

Com base nas informações trocadas na gravação ambiental citada na denúncia, tem-se que o denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto* tinha ciência de todo o trâmite do feito, revelando detalhes do processo, tais como a quantidade de ofícios expedidos pelo magistrado ora denunciado, o motivo da redistribuição do processo para a Desa. Zaudith Santos e até a prematura informação de que o processo retornaria para as mãos do Des. *Rubem Dário*.

Observa-se dos trechos da gravação que serão transcritos ao longo deste voto, que *Nizan Gomes Cunha Neto* confirma e reafirma em várias oportunidades que o acordo feito com o então Prefeito *Antonio Pascoal*, no sentido de postergar o andamento da ação penal de relatoria do Des. *Rubem Dário* até o mês de maio de 2007, seria cumprido pelos 02 (dois) primeiros denunciados.

Apesar do denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto* ter se recusado a fornecer padrão de voz para realização da perícia (fl. 586), em nenhum momento de sua resposta questionou a autenticidade de sua voz, reconhecida pelo denunciado *Antonio Pascoal* em seus depoimentos (conferir docs. de fl. 138-139; 160-161; 566-567 dos autos).

Registro que o padrão de voz fornecido por *Antonio Pascoal* foi examinado pelo Departamento de Polícia Técnica do Estado da Bahia, tendo o laudo de fl. 472-486 confirmado que a “Voz masculina 4” (constante da degravação mencionada na exordial acusatória) pertence ao Ex-Prefeito Municipal.

Na gravação ambiental a “Voz Masculina 1” pertence a *Nizan Gomes Cunha Neto* (conforme reconhecido pelo acusado *Antonio Pascoal*), a “Voz Masculina 2 e 3” pertencem a pessoas da equipe administrativa do então Prefeito Municipal e a “Voz masculina 4” pertence ao denunciado *Antonio Pascoal*. Vejamos:

Voz Masculina 2: E seu pai botou?

Voz Masculina 1: (...) a melhor coisa que aconteceu, pra ele, foi isso. Porque (...)

Voz Masculina 2: Tem gente aí?

Voz Masculina 1: Não, não. (pode ficar tranquilo) (...)

Voz Masculina 2: Seu pai botou (...)

Voz Masculina 1: É (...)

Voz Masculina 2: (...) alguma coisas travando. Você? viu?

Voz Masculina 1: () tem três diligências pro fazer.

Voz Masculina 2: Ou foi você?

Voz Masculina 1: Imagine.

Voz Masculina 2: ; Foi você que é danado.

Voz Masculina 1: Tem três diligências para fazer. E essas diligências só vão começar depois que os processos forem re (...) recadastrados.

Voz Masculina 2: (Viu o que eu lhe disse?)

Voz Masculina 1: Ou seja, vai demorar um mês ainda (esse processo).

Voz Masculina 2: Fica uma pressão em cima dele lá, dizendo que eu estou mentindo (...)

Voz Masculina 1: Pro você ter uma ideia (...) Pra você ler uma idéia, não teve agora. A Câmara ira ser hoje. que ia se reunir.

Voz Masculina 2: Hum.

Voz Masculina 1: Não teve. Hoje foi a instalação da Quinta Câmara Cível. Semana que vem não vai ter sessão, de novo, terça-feira. Então, agora, (...) ..

Voz Masculina 2: (Vai) mais de uma semana.

Voz Masculina 1: (...) os processos vão ser encaminhados para o Tribunal pleno e para a Quinta Câmara (). (...) pra Quinta Câmara Cível, pro poder ser reautuado processo por processo. São quase três mil e quinhentos processo.

Então (...)

Voz Masculina 2: Não vai dar.

Voz Masculina 1: vai demorar uns três meses (li.

Voz Masculina 3: Três mil e quinhentos.

Voz Masculina 1: São três (...) É (...)

(fl. 805).

Neste ponto do diálogo, o denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto* fala da alteração regimental do TJ-BA, explicando que a instalação da Quinta Câmara Cível causaria demora no andamento dos processos que tramitavam perante a Câmara Especializada para julgamento de Prefeitos, sob o argumento de que os feitos (cerca de 3.500) teriam que ser redistribuídos.

Em trecho posterior do diálogo, Nizan informa que o seu pai, como relator, determinou a realização de diversas diligências com o fim de protelar o andamento feito, inclusive com expedição de ofícios às Justiças Estadual, Federal e ao TRE. Veja-se:

Voz Masculina 2: Você viu como o seu pai botou?

Voz Masculina 1: É (...)

Voz Masculina 2: Ele botou assim (...) Eu li naquele papelzinho que você.

Voz Masculina 1: É.

Voz Masculina 2: Pediu pra Justiça Federal, pediu pro Justiça Estadual, (...)

Voz Masculina 1: Pro T.R.E.

Voz Masculina 2: Pro TR.E. Pediu pro (...) Eu disse pro ele. Expliquei que o povo fica mentindo dizendo que eu não (...) que a informação nosso é errada.!!

Voz Masculina 1: () fazer aquilo depois que o processo for reautuado.

Voz Masculina 2: E, daquilo que vai, daqui que seja intimado (...)

Voz Masculina 1: E (...)

Voz Masculina 2: para ele prestar esclarecimento, (...)

Voz Masculina 1: ()

Voz Masculina 2: porque ele ainda não foi intimado, né?

Voz Masculina 1: Ele não foi. Ele só (...)

Voz Masculina 2: Tem quinze dias (...)

Voz Masculina 1: Ele tem quinze dias de quando ele foi citado.

Voz Masculina 2: Citado. Desculpe, é que eu não entendo.

entendo."

Voz Masculina 1: É.

Voz Masculina 2: Aí eu explicarei tudo pro ele o que você me falou. Aí foi massa que ele ficou tranquilo.

Voz Masculina 1: Agora (...) depois que ele for citado, que apresentar defesa, aí a gente vai ver como foi que ficou e correr atrás de novo, mas, por enquanto ta tranquilo.

(fl. 806).

Com efeito, o que foi dito na gravação ocorreu, como comprovado no documento de fl. 346, ou seja: distribuída a denúncia, o relator *Rubem Dário* determinou a expedição de ofícios solicitando informações sobre a existência ou não de processos de natureza penal ou eleitoral intentadas contra os denunciados.

Em outro momento da conversa, *Nizan* trata com integrante da equipe administrativa do acusado *Antonio Pascoal* sobre as vantagens negociadas com o Prefeito Municipal (contratação da namorada do advogado para cargo em comissão e repasse de R\$ 400.000,00). Servidor da Prefeitura, da equipe do Ex-Prefeito, solicita os documentos da namorada do denunciado *Nizan* e entrega a ele R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), frisando já ter entregue R\$ 300.000,00 ao advogado, faltando apenas o repasse de R\$ 50.000,00 para o implemento do ajuste. Confira-se a gravação:

Voz Masculina 2: Cadê os documentos de sua (...) de sua namorada?

Voz Masculina 1: Ta.

Voz Masculina 2: Me dê isso aí para eu não esquecer porque eu vou terminar esquecendo.

Voz masculina 1: (Ficou em casa) que eu saí apressado, mas, eu lhe dou (...) eu lhe dou no trabalho.

Voz Masculina 2: Guarde isso aqui com você.

Voz Masculina 1: Eu vou com ela lá.

Voz Masculina 2: Ah, quando eu descer eu vou lhe dar um negócio lá. Você desce comigo?

Voz Masculina 1: Desço.

Voz Masculina 2: Aqui Ó. Eu dou cinquenta aqui. Porque eu voltei logo, amanhã ou depois eu vou lhe trazer mais () porque eu lenho que pegar mais vinte lá em São Sebastião. Guarde aí. Olhe aí, olhe aí se tá direito, é melhor. Sem reserva, meu irmão. **Ai tem cinquenta mil.**

Voz Masculina 1: Humhum.

Voz Masculina 2: Olhe o pacotinho. Eu peguei logo. se eu fosse lá ia demorar, não ia dar tempo. Eu vou lhe dando.

Voz Masculina 1: E que horas é que a gente vai levar?

Voz Masculina 2: Então eu lhe dei (...)

Voz Masculina 1: Porque o negócio é o seguinte: Eu não vou deixar ela sozinha (...)

Voz Masculina 2: Oi (...)

Voz Masculina 1: (...) porque ela (...)

Voz Masculina 2: Não. Ele (...)

Voz Masculina 1: (...) é uma menina nova (...) e aí posso deixar ela sozinha.

Voz Masculina 2: Aí no caso foi du (...) Daquela outra etapa foi duzentos mil. Te dei mais cem e agora mais cinquenta.

Voz Masculina 1: **Certo. Ta faltando cinquenta.**

Voz Masculina 2: Daqui pra sexta eu lhe dou (cinquenta). Amanhã lhe dou mais vinte, na (...) na (...) que eu vou pegando de um e outro. Que neguinho fica dizendo que eu (...) querendo jogar areia. Você sabe como é.

Voz Masculina 1: Hunhum.

Voz Masculina 2: Querendo ir por trás dizendo que tem outras pessoas lá. Não existe outras pessoas.

Voz Masculina 1: ; (Não existe) ninguém.

Voz Masculina 2: Quem mexe com seu pai é você mesmo e acabou. Não é verdade?

Voz Masculina 1: É verdade (...)

(fl. 808).

Os interlocutores, então, voltam a discutir sobre o andamento do feito, instante em que um dos integrantes da equipe do denunciado *Antonio Pascoal* demonstra indignação com a alteração da relatoria do processo, momento em que o acusado *Nizan Gomes Cunha Neto* noticia que o feito passou à relatoria da Des. Zaudith Santos em virtude de alteração regimental, mas assegura que o processo retornará à relatoria do denunciado *Rubem Dário* em razão de prevenção e que o pacto celebrado será cumprido, com a conseqüente protelação do andamento do feito até o mês de maio de 2007. Vejamos a gravação:

Voz Masculina 1: Agora Vai (...) vai fazer as diligências agora.

Voz Masculina 2: Hã.

Voz Masculina 1: Agora vai demorar uns dois, três meses.

Voz Masculina 2: Pronto. Ai depois também teve (...) é (...) essa entrada e saída aí disseram: Ah, mas, ele já saiu, tem que ler quinze (...) vai ter que (...). Rapaz, daqui que vá citar você (...)

Voz Masculina 1: Vai ler quinze dias quando ele for citado.

Voz Masculina 2: Ora (...) ta (...) Uma pessoa certa.

Voz Masculina 1: Que agora não vai (...) não vai ser citado agora fá (...) ta tendo isso tudo.

(...)

Voz Masculina 1: (...) como a gente (...) A gente não linha prometido até maio?

Voz masculina 2: Mas. você tinha dito que seu pai (...)

Voz Masculina 1: Mas (...)

Voz Masculina 2: (...) ia segurar até maio.

Voz Masculina 1: Mas (...) Mas (...) ia segurar até maio.

Voz Masculina 2: Hum.

(...)

Voz Masculina 1: Mas eu vou lhe explicar o que Ela é fácil. Os prazos não tão correndo. O presidente baixou uma resolução (...)

Voz Masculina 2: Hã (...) ,.

Voz Masculina 1: (...) que até nove de abril.

Voz masculina 2: Ela ().

Voz Masculina 1: (...) ta tudo parado. Pronto

Voz Masculina 2: (É pro você) explicar certo.

Voz Masculina 1: Não (...)

Voz Masculina 2: Me arruma um papel aí (...)

Voz Masculina 1: Tou sem papel agora.

Voz Masculina 2: Tem que me ajudar porque como é que a gente vai é (...)

Voz Masculina 1: Certo.

Voz Masculina 2: A gente combinou lima coisa.

Voz Masculina 1: Humhum.

Voz Masculina 2: Ele seu/ou com (...) com você lá.

Voz Masculina 1: Lógico.

Voz Masculina 2: Aí (...) porra. Mudou?

Voz Masculina 1: Não mudou.

Voz Masculino 2: Ta na mão de outro.

Voz Masculino 1: Na nossa não mudou.

Voz Masculina 2: Da outra pessoa.

Voz Masculina 1: O problema foi o presidente.

Voz Masculina 1: O problema foi o presidente.

Voz Masculina 2: É isso.

Voz Masculino J: O problema foi o presidente.

Voz Masculina 2: Mas, tem algum jeito que você pode fazer?

Voz Masculina 1: Tem. Mas é isso que eu tou lhe dizendo.

Voz Masculina 2: Porque o acerto (...)

Voz Masculina J: Não vai acontecer nada.

Voz Masculina 2: O nosso acerto foi (...)

Voz Masculina 1: Não vai acontecer nada.

Voz Masculina 2: O nosso acerto foi é (...) fevereiro, março, abril e maio.

Voz Masculina 1: Justamente. Antes de maio não vai acontecer nada. É isso que eu estou tentando lhe dizer. Porque em abril, os prazos estão parados até abril.

Voz Masculina 2: Mas como é que você pode garantir segurar isso.

Voz Masculina 1: porque os prazos estão parado até abril. Não lá correndo.

Voz Masculina 2: Por quê?

Voz Masculina J: Porque o presidente baixou uma resolução. Então os prazos na verdade (...)

Voz Masculina 2: () porra. Pra me ajudar.

Voz Masculina 1: Depois de nove de abril vai ter quinze dias pro vocês se manifestarem. Depois vai voltar pro Ministério Público. O Ministério Público tem mais quinze dias pra talar. Depois você vai voltar pro desembargador pro desembargador pedir voto ou não.

Voz Masculina 2: E você tem acesso à pessoa que lá agora?

Voz Masculina 1: Tem. Tem sim. Claro.

Voz Masculina 2: Chegar lá e (...)

Voz Masculina 1: Posso conversar com ela, mas (...)

Voz Masculina 2: Então é isso.

Voz Masculina 1: não. Eu sei quem é a (pessoa) (...)

*Voz Masculina 2: Deixe eu anotar. Me arranje um papel lá vá, pra eu anotar (...)
Tenho que expressar isso porque você entende.*

Voz Masculina 1: Não (...) ()

Voz Masculina 2: Eu não entendi. Ele ficou preocupado porque.

Voz Masculina J: É lógico. Tem que ficar preocupado porque (...)

Voz Masculina 2: A gente faz um acordo.

Voz Masculina J: mas aconteceu uma.

Voz Masculina 2: A gente fica um acerto que não foi pouco (...)

Voz Masculina J: Então. Não sei se você.

Voz Masculina 2: (...) foi porrada pra gente.

(...)

Voz Masculina 2: Nosso acerto foi (...) Nosso acerto foi (...)

Voz Masculina 1: Até maio.

Voz Masculina 2: Meu acerto foi até maio.

Voz Masculina 1: Foi.

Voz Masculina 2: Até seis de maio. Então ótimo. Fevereiro (...)

Voz Masculina 1: Marco. abril e maio.

Voz Masculina 2: É só eu explicar porque (...)

Voz Masculina 1: Até maio.

Voz Masculina 2: Até maio. Trinta. E os prazos?

Voz Masculina 2: Estão parados.

Voz Masculina 1: Até nove de abril.

Voz Masculina 2: até nove de abril.

*Voz Masculina 1: Diga Aí rapaz. Beleza. Tudo bom? Depois vai ler a defesa dele.
Vocês tão com o material que ele fez,...*

Voz Masculina 2: Depois (...)

Voz Masculina 1: exame grafotécnico, não sei o que, não sei o quê (...)

Voz Masculina 2: vai ler (...)

Voz Masculina 1: A defesa.

Voz Masculina 2: A defesa. Aonde (...) Aonde (...) Aonde ele pediu (...)

Voz Masculina 1: Sua defesa É.

Voz Masculina 2: Aonde ele pediu (...)

Voz Masculina 1: Quinze dias.

Voz Masculina 2: Aonde e/e pediu quinze dias.

Voz Masculina 1: É. Vocês vão ter de defesa.

Voz Masculina 2: Aonde seu pai pediu aqueles negócios do (...)

Voz Masculina 1: E depois da defesa ainda tem as diligências. Paralelamente vai estar correndo as diligências. O que é que acontece?

Voz Masculina 1: Depois (...)

Voz Masculina 1: Oficiar T.R.E., oficiar não sei o quê (...)

Voz Masculina 2: Depois da defesa?!!

Voz Masculina 1: Tem as diligências.

Voz Masculina 2: As diligências.

Voz Masculina 1: Isso. Depois volta pro Ministério Público. Público. Depois volta pro relator, que é essa agora que é (Zaudite).

Voz Masculina 2: Mas nem seu pai/oi o relator.

Voz Masculina 1: Porque (...) É isso. Porque eles pegaram (...) O processo era para voltar pra meu pai (...)

Voz Masculina 2: (Eles pegaram) (...)

Voz Masculina J: (...) pro meu pai dar um despacho dizendo: “para distribuir”. Só que nem isso eles fizeram. O presidente mandou redistribuir sem (...) sem conversar. É por isso que se seu advogado quiser ele pode entrar com uma reclamação constitucional (...)

(...)

Voz Masculina 1: (...) dá um despacho num processo ele fica vinculado. Principalmente nesse processo de vocês. Eu (...) Esse processo de meu pai (...) foi pra meu pai. Foi um presente porque meu pai. Não foi nem distribuído esse processo. sabia?

Voz Masculina 2: Hã.

Voz Masculina 1: Porque (...) a (...) o (...) Como meu pai já tinha despachado num processo anterior de vocês. o pro (...) o provedor de Justiça entrou com esse processo direto na mão de meu pai.

(fl. 810-815).

Mais uma vez *Nizan* tranquiliza o interlocutor (pessoa integrante da equipe do denunciado *Antonio Pascoal*), esclarecendo que a nova relatora (Desa. Zaudith Santos) não poderá determinar o afastamento do então Prefeito até que fossem cumpridas as diligências determinadas pelo denunciado *Rubem Dário*:

Voz Masculina 2: Eu sou (...) sou seu amigo, pô.

Voz Masculina 1: Com certeza.

Voz Masculina 2: É verdade.

Voz Masculina 1: Hã.

Voz Masculina 2: Ai o que é que eu faço? Como é que eu pego? Digo a ele: “Me dê quatrocentos” e (...)

Voz Masculino 1: Mas é isso. O nosso acordo a gente tez.

Voz Masculina 2: Até maio.

Voz Masculina 1: Porque, se não, ele já fava afastado a muito tempo.

Voz Masculina 2: Não. O nosso acórdão (...)

Voz Masculina 1: ()

Voz Masculina 2: O certo é certo. É até maio.

Voz Masculino 1: Então. Mas eu tou dizendo (...)

Voz Masculina 2: Pro depois era outro (...)

Voz Masculina 1: , (...) mas, teria se afastado a dois atrás. Entendeu?

Voz Masculino 2: Ta.

Voz Masculina 1: Do jeito (...) Se meu pai não tivesse dado aquele despacho que ele deu, a Juíza podia afastar ele logo. Só que como ele deu esse despacho dizendo que tem que ocorrer todas essas diligências ela não pode desfazer isso. Ela vai ter que respeitar aquele prazo.

Voz Masculina 2: Porque (), rapaz, isso.

Voz Masculina 1: O que?

Voz Masculina 2: O que a gente começou.

Voz Masculina 1: Porra. tem mais de dois meses.

(...)

Voz Masculina J: Mas você é que tá nervoso. Não é para ficar nervoso ainda.

Voz Masculina 2: Não. Não tou nervoso não.

Voz Masculina 1: Não é pra ficar nervoso ainda. Porque (...)

Voz Masculina 2: Não tou nervoso não. É (...) É um amigo meu, porra. Você é meu amigo, ele também.

Voz Masculina 1: Mas, é isso. É isso. Se fosse pro ficar nervoso eu diria.

Voz Masculina 2: Como é que eu vou deixar um amigo preocupado? Não posso.

Voz Masculina 1: Não (...) É isso. É isso. Se fosse pro () ficar nervoso eu diria. O processo foi redistribuído (...)

(fl. 817).

Posteriormente *Nizan* volta a tranquilizar a equipe do Prefeito, com o intuito de assegurar o cumprimento do ajuste. Informa ter contato com a Des. Zaudith Santos e condições de conversar com ela sobre o processo movido contra *Antonio Pascoal*. Registra a gravação:

Voz Masculina 2: E com essa desembargadora você tem acesso?

Voz Masculina 1: O que aconteceu hoje foi uma coisa que realmente a gente não esperava.

Voz Masculina 2: Essa desembargadora você depois pode conversar com ela?

Voz Masculina 3: Tem acesso a quem () por onde ()(...)

Voz Masculina 2: Daqui a quatro meses.

Voz Masculina 1: Tenho. Inclusive esse de Pojuca foi com ela. Foi com e/a que eu/ui conversar. O de Pojuca que você me pediu.

Voz Masculina 1: É a mesma?

Voz Masculina J: É a mesma. Entendeu? Que você disse, é a (Zaudite) que foi ao aniversário com vocês. Eu fui conversar com ela que fez esse processo.

Voz Masculina 3: (Foi mesmo?)

Voz Masculina I: Ela que tinha me dito: “A hora que você quiser meu filho, aqui eu sei que você é um filho pra mim”. Ela me disse isso. Só que quando eu {ou envolvido nessas coisas a gente não sabe se ela vai ter interesse pessoal de ir lá no (), entendeu?

Voz Masculina 2: É. É. Lógico. Mas ai você chega primeira.

Voz Masculina I: Mas eu tenho como chegar (...) nela. Agora, não é hora de chegar ainda.

Voz Masculina 2: Ela lhe falou “meu filho” tal (...)

Voz Masculina 1: Foi, porque ela gosta muito de meu pai, Entendeu?

(fl. 819).

Na oportunidade, *Nizan* relembra ao interlocutor o que ainda faltava pagar da negociação: contratação da sua namorada e o repasse de R\$ 50.000,00:

Voz Masculina 1: São cinco ou seis ofícios que ele pediu. Entendeu?

Voz Masculina 2: Então eu vou lá agora. Eu vou ter que conversar. Qualquer coisa eu lhe ligo pra você (...)

Voz Masculino 1: *Me ligue.*

Voz Masculina 2: *Fique com Deus.*

Voz Masculina 1: *Tranquilo. Mas tem aquela parte que tá faltando (...)*

Voz Masculina 2: *Sim. Lógico.*

Voz Masculina 1: *(...) e tinha um emprego que você falou.*

Voz Masculina 3: *ta tudo certo.*

Voz Masculina 2: *Olhe o emprego ele já (...) ele fez esses documentos que eu lhe pedi.*

Voz Masculina 1:(...) Pronto.

(fl. 820).

Ao final da gravação há registro de conversa do prefeito denunciado, *Antonio Pascoal*, o qual fornece mais elementos capazes de identificar qual o processo negociado, não restando dúvida de que se trata do processo distribuído ao Desembargador *Rubem Dário*. O prefeito se diz indignado com a denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual, e declara a *Nizan* que a verba supostamente desviada dos cofres públicos municipais, segundo o MP, foi repassada à empresa que tinha autorização do hospital para receber o pagamento. Esta revelação vai ao encontro do que consta da denúncia oferecida ao TJ-BA (fl. 329), quando o Ministério Público baiano acusou o Ex-Prefeito *Antonio Pascoal* de, juntamente com mais 03 (três) acusados, desviar, em prol de determinada empresa, verba que deveria ter sido destinada ao pagamento de dívida contraída pela Prefeitura com o Hospital São Rafael. Eis o diálogo mantido entre os denunciados *Nizan Gomes* e *Antonio Pascoal*:

Voz Masculina 1: Até que enfim. Né?

Voz Masculina 4: E aí rapaz?

Voz Masculina 1: (}falar com você.

Voz Masculina 4: Desculpe a instalação aqui, viu?

Voz Masculina /: Nada.

(...)

Voz Masculina 4: Não. Ta tudo tranquilo.

Voz Masculina 1: Ah, então pronto. É pra ficar tranqüilo mesmo.

(...)

Voz Masculina 1: *Aí eu falei. "Eu nunca () pro ninguém".*

Voz Masculina 4: Rapaz, eu falei muito consciente. Eu vou lhe ser muito sério. Eu tou muito consciente. Não (...) Não participei de nenhuma marmelada. Tou muito consciente. Se alguém fez marmelada foi depois que eu paguei (...)

Voz Masculina 2: É de lado a lado.

Voz Masculino 4: (...) a empresa. A empresa linha contrato para receber, então, paguei alguém que tava sendo autorizado por (...) pelo (...) pelo hospital para receber. Da (...) De lá, depois que recebeu, se ele diz que é marmelada, é um problema dele. Mas, fizeram uma coisa aí danada, é um interesse (...) aii muito interesse político por fora ah (...)

Voz Masculina 1: Tem (...)

Voz Masculina 4: Muito, muito. Muito (...) e a gente (...) se eu recuo eles passavam por cima de mim.

Voz Masculina 1: Ai agora tá tranquilo. O senhor () mais nada.

(fl. 820-821).

O denunciado *Rubem Dário* alega, em sua defesa:

a) que decretou a prisão do Ex-Prefeito Municipal, não havendo registro, em momento algum da investigação, de contato entre ele e o Ex-Prefeito, *Antonio Pascoal*;

b) que a prisão de *Antonio Pascoal* não foi decretada em momento anterior, porque a jurisprudência do TJ-BA é no sentido de só afastar o prefeito quando do recebimento da denúncia pelo Colegiado do Tribunal.

As alegações não são suficientes para afastar a prova indiciária, a qual aponta autoria e materialidade da prática do delito imputado na denúncia. Afinal há gravação indicativa de que:

a) o denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto* celebrou acordo com o acusado *Antonio Pascoal*, tendo por escopo propiciar o retardamento da ação penal de relatoria do Des. *Rubem Dário* até o mês de maio de 2007;

b) pelas gravações foi possível identificar o processo “negociado” - aquele ajuizado contra o então Prefeito Municipal e relatado pelo Des. *Rubem Dário*;

c) o relator, Des. *Rubem Dário* esteve com os autos pela primeira vez no dia 27.2.2007 e novamente voltou a despachar o processo no dia 17.5.2007 (conforme consignado na p. 37 deste voto), mas o pedido de prisão do denunciado *Antonio Pascoal* somente foi examinado e deferido em 15.6.2007 - após o término do prazo supostamente ajustado com o Prefeito Municipal - fl. 391-405;

d) diferente do alegado pelo denunciado *Rubem Dário*, a prisão do Ex-Prefeito Municipal foi por ele decretada, monocraticamente, antes do recebimento da denúncia pelo Colegiado do Tribunal;

c) o decreto prisional veio, segundo afirmação do *parquet*, como represália à gravação da conversa (fl. 824);

d) o denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto*, ao longo da gravação, forneceu diversos detalhes acerca do trâmite do processo, chegando a assegurar que o feito retornaria à relatoria do Des. *Rubem Dário* e que as diligências foram determinadas propositadamente para protelar o exame do pedido de prisão formulado pelo *parquet*; Também deixou registrado que, com os pedidos de diligências, ficaria o processo a salvo de ir para outro relator;

d) a Comissão Temporária de Desembargadores, formada pelo Tribunal de Justiça da Bahia com a finalidade de apurar a idoneidade da notícia de conduta infracional usualmente cometida pelo denunciado *Rubem Dário*, colheu diversos depoimentos de Prefeitos e Ex-Prefeitos os quais declararam ser corriqueira a prática imputada na denúncia aos acusados *Rubem Dário* e *Nizan Gomes*. Assim foi a declaração de *Rui Rei Matos Macedo* às fl. 118:

que é Prefeito Municipal de Jacobina e já foi Deputado Estadual por dois mandatos; que, na qualidade de Prefeito foi denunciado pelo Ministério Público em algumas Ações Penais Originárias, nenhuma delas sob acusação grave;

(...)

que a Câmara Especializada era conhecida como “Câmara de Gás” e todos os Prefeitos tinham medo, principalmente do Desembargador *Rubem Dário*, que era o Presidente da Câmara; que todos os prefeitos tinham medo porque predominava o boato de que ele cobrava dos prefeitos para não afastá-los;

(...)

que quando a Câmara de Gás foi extinta todos os prefeitos ficaram contentes porque passariam a ter um julgamento mais correto e isento;

No mesmo sentido declarou *Márcia Cavalcanti Carneiro Dias* às fl. 174-175:

que a declarante responde a algumas ações penais originárias neste Tribunal de Justiça e, no final de sua segunda gestão de Prefeita do Município de Mata de São João foi procurada por um indivíduo que apenas se identificou por Antônio, quando a declarante saía do gabinete do seu tio Desembargador Marinaldo Bastos; ao ser abordada pelo citado indivíduo este se apresentou como sendo

amigo de Nizanzinho, filho do Desembargador Rubem Dário, afirmando que a declarante estava com problemas relacionados com processos e que tinha condições de ajudá-la (...)

(...)

conforme combinado recebeu dita pessoa em sua casa mencionada, e lá ele lhe exigiu o pagamento da quantia de duzentos e vinte mil reais para resolver os processos da declarante, afirmando que o Desembargador Rubem Dário, com esse pagamento, voltaria atrás, tornando sem efeito o afastamento da declarante do cargo de Prefeita de Mata do São João;

Jânio Natal Andrade Borges declarou às fl. 243-244:

que respondeu a uma ação penal por fato ocorrido quando era Prefeito de Belmonte (...)

(...)

que o relator da ação era o Desembargador Rubem Dário e quando já era Prefeito de Porto Seguro recebeu ligação de um advogado chamado André ou Fred que lhe falou que o depoente tinha um processo cujo relator era o Desembargador Rubem Dário e se o depoente quisesse ajuda ele estaria à disposição porque havia a iminência do depoente ser afastado;

(...)

que quando era Deputado na Assembléia Legislativa sempre teve conhecimento de comentários sobre o comportamento inadequado do Desembargador Rubem Dário e de seu filho, haviam cochichos na Assembléia, nos restaurantes, na UPB, e que a Bahia toda sabia;

Aroldo Guedes Pereira prestou depoimento às fl. 466-467 e relatou que:

foi Secretário de Finanças da Prefeitura Municipal de São Francisco do Conde de 22 de fevereiro de 2006 a janeiro de 2007;

(...)

que não conhecia Nizan mas tinha conhecimento do trabalho que ele fazia junto aos Prefeitos para intermediar tramitação e retardamento de processos no Gabinete do pai, Desembargador Rubem Dário;

Entendo, portanto, que o exame em conjunto do acervo probatório produzido na fase preliminar da persecução criminal permite concluir, em juízo de admissibilidade da exordial acusatória, que os denunciados *Rubem Dário Peregrino Cunha* e *Nizan Gomes Cunha Neto* negociaram vantagem indevida com o fim de retardar o andamento da ação penal originária em trâmite perante

o TJ-BA, praticando, em tese, o delito tipificado no art. 317, § 1º, do Código Penal. Neste momento processual eventual dúvida se resolve em favor da instauração do processo criminal, sede própria para o exame aprofundado das condutas eventualmente praticadas pelos acusados.

Ressalto que a tipicidade indicada pelo MPF na denúncia, não exige resultado quanto ao fim visado pelo agente, como bem ensina Cezar Roberto Bittencourt, ao discorrer especificamente sobre o tipo subjetivo do art. 317 do Código Penal:

O tipo subjetivo é representado pelo dolo, que é constituído pela vontade consciente de solicitar, receber ou aceitar, direta ou indiretamente, vantagem indevida do sujeito passivo da infração penal. É necessário que o agente saiba que se trata de vantagem indevida e que o faz em razão da função que exerce ou assumirá, isto é, que tenha consciência dessa circunstância.

*O elemento subjetivo especial do tipo é representado pela finalidade da ação que visa vantagem indevida, para si ou para outrem. **Tratando-se de elemento subjetivo especial, não é necessário que se concretize**, isto é, que a vantagem seja efetivamente alcançada pelo destinatário - para si ou para outrem -, sendo suficiente que essa seja a finalidade orientadora da conduta do agente.*

(...)

*A corrupção passiva **consoma-se instantaneamente, isto é, com a simples solicitação da vantagem indevida, recebimento** desta ou com a aceitação da mera promessa daquela.*

(Tratado de Direito Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva. P. 91).

Por fim, consigno que o fato de não ser o denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto* funcionário público (nos termos do art. 327 do Código Penal), não impede o seu enquadramento penal quanto à prática do crime de corrupção passiva, em concurso de pessoas, conforme doutrina de de Julio F. Mirabete: “Sujeito ativo do crime de corrupção passiva é o funcionário público, em sua acepção de direito penal. (...) *Responde em concurso de agentes o particular que colabora na prática da conduta típica.*” (Código Penal Interpretado. 6. ed. p. 2.407).

Esta é a orientação da jurisprudência da Corte, como demonstra o precedente trazido à colação:

Recurso ordinário de “*habeas corpus*”. Trancamento de ação penal. Participação de particular em corrupção passiva. Comunicabilidade da circunstância elementar do tipo. Lei n. 9.099/1995. Consideração da causa de aumento para a avaliação do requisito objetivo. Recurso improvido.

I. É possível a participação de particular no delito de corrupção passiva, face a comunicabilidade das condições de caráter pessoal elementares do crime.

(...)

III. Recurso ao qual se nega provimento.

(RHC n. 7.717-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.9.1998, DJ 19.10.1998, p. 115).

Neste ponto ressalto que, apesar do postulado que prega a independência das instâncias administrativa e penal, considero oportuno mencionar que o Pleno do CNJ examinou os fatos ora postos à apreciação desta Corte Especial e determinou, em decisão unânime, a instauração de processo administrativo disciplinar contra o Des. *Rubem Dário*.

Confira-se a ementa do julgado relatado pelo então Corregedor Nacional, Min. Gilson Dipp:

Reclamação disciplinar. Dispensa de sindicância. Indicativos de violações aos deveres funcionais. Instauração de processo administrativo disciplinar.

I - A sindicância, por ser mero procedimento preparatório do processo administrativo disciplinar, é dispensável quando já existirem elementos suficientes para a instauração daquele processo.

II - O legislador constituinte, ao criar o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu uma legitimidade ordinária autônoma concorrente entre o Órgão censor nacional e os demais órgãos do Poder Judiciário - artigo 103 - B. § 4º, 111 da Constituição Federal e artigo 19 do Regimento Interno do CNJ. Desse modo, se o Tribunal de Justiça, após concluir a sindicância em face de um de seus membros, delibera por remeter o expediente ao CNJ, ao argumento de que neste órgão o exame dos fatos seria mais isento, tem o CNJ competência para conhecer, desde logo, dos fatos.

III - A sindicância é procedimento apuratório prévio, desprovido de maior rigor formal, não havendo vedação a que seja procedida por uma comissão de desembargadores, na forma autorizada pelo Regimento Interno do Tribunal.

IV - A chegada ao órgão público da notícia de possível infração por parte de um de seus membros determina a deflagração de procedimento para sua apuração. Se, em virtude das diligências empreendidas são alcançados indícios da ocorrência de infração, não há violação à regra constitucional que veda o anonimato.

V - Não é ilícita a gravação ambiental levada a efeito no interior de órgão público.

VI - *Havendo indicativos de grave violação aos deveres funcionais praticada por Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com a adoção de postura incompatível com o exercício da magistratura, consubstanciando, em tese,*

violação à Lei Complementar n. 35/1979 - Loman, mostra-se necessária a instauração de processo administrativo disciplinar, a fim de que sejam esclarecidos os fatos e aplicadas as penalidades eventualmente cabíveis.

(RD n. 2009.10.00.005124-8, DJ 29.9.2009).

Instaurado o procedimento administrativo, ainda se aguarda o julgamento naquele Tribunal administrativo.

Ante o exposto, voto pelo recebimento da denúncia oferecida contra os acusados *Rubem Dário Peregrino Cunha* e *Nizan Gomes Cunha Neto* por entender configurado, em tese, a prática do crime tipificado no art. 317, § 1º, do Código Penal, na forma do art. 29, *caput*, do Estatuto Repressivo pátrio.

B) DELITO DE CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 333, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL)

O MPF atribui ao denunciado *Antonio Pascoal* a prática do crime de corrupção ativa tipificado no art. 333, parágrafo único, do Código Penal, alegando que o Ex-Prefeito Municipal teria oferecido (ou prometido) vantagem indevida a *Rubem Dário Peregrino Cunha* e *Nizan Gomes Cunha Neto*, com o fim de protelar o andamento da ação penal instaurada contra o Ex-Prefeito Municipal perante o TJ-BA.

Confira-se o texto do art. 333, parágrafo único, do Código Penal:

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Alterado pela L - 010.763-2003).

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Conforme restou exaustivamente demonstrado no capítulo anterior deste voto, a gravação ambiental produzida a mando do ora acusado registrou, em tese, tratativas levadas a termo pelos denunciados com o fim de retardar o andamento de processo criminal instaurado contra o Ex-Prefeito Municipal perante o TJ-BA.

Como consignado na gravação, integrantes da equipe do Ex-Prefeito, ora denunciado, repassaram ao denunciado *Nizan Gomes Cunha Neto* a quantia

de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) para que o seu pai, o Des. *Rubem Dário*, retardasse o andamento do feito e assim burlasse o pedido de prisão preventiva formulado pelo MP.

A análise em torno da identificação do processo “negociado” e a finalidade do repasse da vantagem indevida já foram examinados com detalhes neste voto, quando analisada a participação do denunciado *Antonio Pascoal*.

Nesta oportunidade quero realçar mais uma vez que o denunciado *Antonio Pascoal* tinha ciência das tratativas mantidas entre integrantes de sua equipe e os acusados *Rubem Dário* e *Nizan Gomes*. Aliás, ele próprio revelou ter determinado a nomeação da namorada do denunciado *Nizan Gomes* para exercer cargo em comissão junto à Prefeitura de São Francisco do Conde-BA:

que o depoente, tendo ouvido a gravação na data de ontem, reconheceu a sua própria voz e a voz do Sr. Nizan; (...) que, entretanto, pessoas da equipe administrativa do depoente relataram investidas do Sr. Nizan, filho do Desembargador Rubem Dário, no sentido de solicitar pagamentos; *que o depoente, na época da gravação, já tinha conhecimento de que pessoas de sua equipe vinham efetuando pagamentos ao Sr. Nizan, embora não soubesse precisar o valor;*

(...)

que o Sr. Nizan demonstrava ter influência na condução do processo; que o teor da conversa dava a entender que o Sr. Nizan tinha bastante influência em relação ao pai e à condução do processo; que, pelo pouco que o depoente conversou com o Sr. Nizan, lhe pareceu claro que o Des. Rubem Dário tinha conhecimento das tratativas do filho;

(fl. 138-139).

(...)

que Nizan foi ao seu gabinete em São Francisco do Conde, cerca de três meses antes da determinação de sua prisão preventiva pelo Desembargador Rubem Dário onde conversaram por cerca de dez minutos;

(...)

*que na ocasião Nizan estava com uma jovem, cujo nome o depoente não se recorda e que Nizan disse ser sua namorada e precisava de emprego na Prefeitura e inclusive lhe pediu um cargo para esta; **que depois de alguns dias nomeou a moça para um cargo em comissão;***

(...)

que reconhece a sua voz na conversa reproduzida nos autos (...);

(...)

que desconfiou que Nizan foi ao seu gabinete com o intuito de extorsão e mandou gravar a conversa porque tinha ouvido falar que o filho do Desembargador Rubem Dário, Nizan, “criava dificuldades para vender facilidades”, eis que isso era voz corrente no meio político; que este comportamento de Nizan era “público e notório”; que se reserva a não informar o nome da outra pessoa que estava em seu gabinete e lá deu continuidade à conversa por questões de segurança; que não fez as tratativas financeiras com Nizan pessoalmente; que a negociação foi entabulada com a terceira pessoa que se encontrava na sala, a mesma que gravou a conversa;

(...)

que acredita que a decretação da sua prisão pelo Desembargador Rubem Dário tem relação com a visita de Nizan; que acredita que o interlocutor da conversa pode não ter cumprido o acordo financeiro feito com Nizan e que a prisão pode ter sido decretada, além dos interesses políticos envolvidos, em razão do descumprimento do aludido acordo;

(fl. 879-882).

O denunciado alega, em sua defesa, que a prova utilizada como fundamento para deflagração da investigação preliminar não pode ser utilizada contra ele porque tal proceder violaria o princípio da não auto-incriminação.

Esta tese da defesa já foi examinada por ocasião em que refutei as preliminares (item IV do voto). Na oportunidade deixei registrado que o meu entendimento, embasado na doutrina e na jurisprudência, é no sentido de que, a partir do momento em que a gravação ambiental (produzida por particulares, com indicativo de elementos delitivos) tornou-se de domínio público, nada impede seja iniciada investigação e instaurado processo criminal com o fim de buscar a responsabilização penal pelos atos infracionais registrados.

Em sentido contrário poder-se-ia imaginar o registro, por particulares, de tortura a terceiras pessoas. Caso a gravação viesse a público ficaria a autoridade policial impedida de instaurar inquérito policial e iniciar investigação? Creio que não.

Da defesa, o único ponto merecedor de resposta é este, eis que o acusado afirma ter apenas aceitado a concussão praticada pelos demais denunciados, o que segundo entende afasta o crime de corrupção ativa.

Não me convenci da tese, a partir da descrição do tipo indicado pelo MPF, corrupção ativa, assim descrito na doutrina do Professor Julio F. Mirabete: “*A primeira conduta típica é oferecer, ou seja, colocar à disposição, exhibir, expor a vantagem indevida.* A segunda é a de prometer, fazer a promessa de fornecê-la. É necessário que a oferta ou promessa tenha por finalidade que o funcionário pratique, omita ou retarde ato de ofício.” (Código Penal Interpretado. 6. ed. P. 2.529).

Por fim, registro que o exame aprofundado da tese da defesa somente poderá ser alcançado após a instrução criminal.

Até aqui tem-se robusta prova indiciária de que o denunciado *Antonio Pascoal*, com o fim de retardar o andamento do feito contra si instaurado perante o TJ-BA, repassou voluntariamente o valor de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) aos denunciados *Rubem Dário Peregrino Cunha* e *Nizan Gomes Cunha Neto*. Depois resolveu divulgar as gravações das conversas que os seus servidores tiveram com o intermediário do desembargador incumbido da condução da ação penal a que responde perante o Tribunal de Justiça.

Ora, saber se o Ex-Prefeito foi vítima de crime de concussão ou se, pelo contrário, praticou o delito de corrupção ativa, é conclusão que somente poderá ser tomada ao final da instrução probatória.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo *recebimento* da denúncia em relação aos acusados *Rubem Dário Peregrino Cunha* e *Nizan Gomes Cunha Neto* por entender configurado, em tese, a prática do crime tipificado no art. 317, § 1º, do Código Penal, na forma do art. 29 do Estatuto Repressivo pátrio.

Considerando não só a gravidade da infração imputada ao Des. *Rubem Dário*, mas também a circunstância do suposto delito ter sido cometido no exercício da judicatura proponho, nos termos do art. 29 da Loman (LC n. 35/1979), o seu afastamento das funções de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia pelo prazo que perdurar a instrução criminal.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes da Corte Especial do STJ:

Penal e Processo Penal. Peculato, lavagem de dinheiro e quadrilha. Conselheiro do Tribunal de Contas. Instauração de processo criminal com base em inquérito civil. Possibilidade. Excesso prazal na investigação. Irregularidade que não contamina a ação penal. Inquérito civil presidido por promotor de justiça. Possibilidade. Denúncia que não descreve adequadamente o crime de quadrilha. Rejeição. Quanto às demais condutas, a peça inaugural preenche os requisitos do art. 41 do CPP. Afastamento do cargo. Possibilidade. Precedentes. Denúncia parcialmente recebida.

(...)

VII - Recebida parcialmente a denúncia, e dada a natureza das imputações e o cargo exercido pelo réu, impõe-se seu afastamento preventivo das funções pelo prazo de um ano.

VIII - Denúncia parcialmente recebida, afastando-se a imputação pelo crime de quadrilha, e também afastando-se preventivamente o denunciado do cargo que exerce, pelo prazo de um ano.

(APn n. 548-MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 16.3.2011, DJe 9.5.2011).

Penal. Recebimento da denúncia. Concussão. Crime de responsabilidade. Interceptação de comunicações telefônicas. Requisitos. Denúncia recebida em parte.

1. O crime de concussão tem natureza formal, sendo suficiente, para sua configuração, a exigência da vantagem indevida. O efetivo auferimento do benefício é mero exaurimento do crime.

2. Nos crimes de responsabilidade, a conduta descrita no art. 39, IV da Lei n. 1.079/1950 traz como sujeito ativo os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Não é legítima a aplicação analógica ou extensiva dessa norma incriminadora a desembargadores de Tribunais de justiça. Precedente: APn n. 329, Corte Especial, Min. Hamilton Carvalhido, DJ 23.4.2007.

3. É ilícita a prova obtida por interceptação de comunicação telefônica autorizada por fundamentação genérica, sem a especificação das circunstâncias e a limitação de prazo exigidas nos artigos 4º e 5º da Lei n. 9.296/1996. Chancelar decisões com superficialidade de fundamentação representaria banalizar a intromissão dos órgãos estatais de investigação na intimidade das pessoas (não só dos investigados, mas de tantos quantos com eles mantém interlocução), violando o direito fundamental à privacidade, tão superlativamente resguardado pela Constituição.

4. Relativamente a dois dos fatos descritos como crime de concussão, a denúncia identificou agentes, indicou, individualmente, a conduta de cada um, apontando as circunstâncias necessárias à configuração do ilícito. Relativamente a esses fatos, estão preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP, havendo suporte probatório de autoria e materialidade suficiente para o juízo de recebimento da denúncia.

5. Denúncia recebida em parte, com afastamento do desembargador acusado do exercício do cargo.

(APn n. 422-RR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 19.5.2010, DJe 25.8.2010).

Ressalto que o afastamento decretado pelo CNJ, quando da instauração do retrocitado processo administrativo disciplinar, não prejudica a presente proposta tendo em vista a possibilidade de modificação do *status quo* na instância administrativa.

Voto ainda pelo *recebimento* da denúncia oferecida contra o acusado *Antonio Pascoal Batista* pela prática, em tese, do delito tipificado no art. 333, parágrafo único, do Código Penal.

É o voto.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanho o voto da eminente Relatora, apenas gostaria de ressaltar o que foi dito, inclusive com realce e muito bem, por Sua Excelência, no que diz respeito à denúncia anônima, que é um fato muito mal compreendido, sobretudo por quem quer interpretar, fora do Judiciário, as nossas decisões.

A eminente Relatora aceitou, aqui, a denúncia anônima, ante as particularidades do caso, que se ajustam perfeitamente, com absoluta harmonia, às peculiaridades que são postas também nos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Não é o mero recebimento da denúncia anônima que permite já, só e só por isso, o início de um procedimento de natureza penal. Tudo isso foi dito pela Sra. Ministra Relatora, apenas quero realçar, para que não se entenda que uma decisão do Superior Tribunal de Justiça seja contraditória com tantos precedentes nossos, que, antes de determinar a instauração do inquérito sejam empreendidas diligências no sentido de verificar a idoneidade dos fatos narrados, como aqui foi dito por Sua Excelência.

Depois, há que, também como ressaltado pela eminente Relatora – estou lendo do próprio voto, destacando, aqui, sobretudo o precedente da relatoria do Sr. Ministro Dias Toffoli:

É que, também aqui, foram, quando do recebimento da denúncia, realizadas diligências preliminares que resultaram na colheita de elementos mínimos de convicção sobre a suposta prática de crime.

Estou fazendo esse destaque apenas e tão somente – não faço esse destaque para nós, que estamos aqui julgando – para ressaltar que a aceitação dessa denúncia anônima ocorre como em muitos outros precedentes nossos: com cautela, desde que haja verossimilhança com relação aos fatos e que haja outros elementos contundentes que permitam a persecução penal, como, aliás, o que está em nossos precedentes e naqueles do Supremo Tribunal Federal, precedentes esses que servem de inspiração para o próprio Superior Tribunal

de Justiça, inclusive quando não é aceita a denúncia anônima quando tais elementos não estão presentes.

Assim, com esse destaque, apenas realçando tudo o que já foi dito pela eminente Relatora, acompanho Sua Excelência nas preliminares.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 1.425-DF (2011/0184444-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: Lundbeck A/S

Advogado: Luiz Leonardos e outro(s)

Agravante: Lundbeck Brasil Ltda.

Advogados: Luiz Alberto Bettiol e outro(s)

Luiz Paulo Campos Lemos e outro(s)

Márcio Cruz Nunes de Carvalho e outro(s)

Agravado: Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa

Procurador: Felipe D G Cavalcanti e outro(s)

Requerido: Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Interessado: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos - Pró Genéricos

Advogado: Gustavo Persch Holzbach e outro(s)

Interessado: Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A

Interessado: Biosintética Farmacêutica Ltda.

Advogado: Alexandre Muller Buarque Viveiros e outro(s)

Interessado: Abifina - Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina Biotecnologia e suas Especialidades

Advogado: Pedro Marques Nunes Barbosa e outro(s)

Interessado: Interfarma - Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa - "amicus curiae"

Advogado: Eduardo Antonio Lucho Ferrão e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental em suspensão de liminar e de sentença. Tutela antecipada em sentença. Cumprimento. Suspensão da fabricação e comercialização de medicamentos similares a medicamento de referência no mercado. Ameaça de grave lesão à saúde e à economia públicas. Risco à política pública de medicamentos genéricos. Contracautela deferida. Agravo regimental desprovido.

I - A suspensão de execução de sentença pressupõe manifesto interesse público, consubstanciado na potencialidade lesiva à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas (cf. art. 4º da Lei n. 8.437/1992).

II - *In casu*, o cumprimento imediato de tutela antecipada, deferida em sentença cujo objeto é o questionamento da própria sistemática adotada para a autorização do registro e comercialização de medicamentos genéricos e similares, coloca em risco a economia e a saúde públicas (Precedente: AgRg na SLS n. 818-DF, *Corte Especial*, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJe de 6.8.2009).

III - Assim, a execução imediata da decisão objurgada - sem o respectivo trânsito em julgado -, além de potencializar o efeito multiplicador de demandas e decisões de mesma natureza, fragiliza a política nacional dos genéricos, na medida em que inviabiliza, ainda que temporariamente, a produção e comercialização de medicamentos antidepressivos genéricos ou similares de última geração.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki dando provimento ao agravo regimental, e o voto do Sr. Ministro Marco Buzzi acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, negar provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Impedidos os Srs. Ministros Ari Pargendler, Castro Meira, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Massami Uyeda e Humberto Martins.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 19.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravos regimentais interpostos por *Lundbeck A/S e Lundbeck Brasil Ltda.* contra a decisão de fls. 3.329-3.332, por meio da qual determinei, a requerimento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, a suspensão da execução de sentença proferida nos autos da Ação Ordinária n. 2008.34.00.016643-4, em trâmite na Seção Judiciária do Distrito Federal, ao fundamento de se evitar grave lesão à saúde e economia públicas, especialmente no que tange ao programa de medicamentos genéricos do país.

Naquela oportunidade, assinalei, firme em precedente desta e. *Corte Especial* (AgRg na SLS n. 818-DF, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJe de 6.8.2009), que a execução imediata da decisão objurgada, sem o respectivo trânsito em julgado, poderia trazer consequências adversas para o sistema de saúde pública, em decorrência da proibição, ainda que temporária, do ingresso de outros fabricantes interessados na produção de medicamentos genéricos ou similares do medicamento de referência disponível no mercado, cujos preços são praticados em patamares mais acessíveis à população.

Além dessa preocupação, a decisão agravada também teve por objetivo inibir o potencial efeito multiplicador de demandas de mesma natureza e decisões de idêntico teor que poderiam resultar, em última análise, sem o respectivo trânsito em julgado, na paralisação da oferta de genéricos ou similares, produzidos até

mesmo a partir de outras entidades químicas, colocando em xeque a política pública de medicamentos genéricos adotada no país, inquestionavelmente valiosa à população, sobretudo à parcela de menor poder aquisitivo.

A *Lundbeck A/S*, em seu agravo regimental de fls. 4.314-4.336, assevera que não haveria impacto sobre a quantidade de medicamentos genéricos para a população se a legislação fosse respeitada. Isso porque, segundo a agravante, apenas 1,5% dos 399 medicamentos genéricos registrados seriam afetados.

Afirma que a decisão agravada deveria ser reformada, já que não teria considerado os dados apresentados pelas requeridas, ora agravantes, e que a arguição da Anvisa seria “meramente retórica, e não se baseia em nenhum dado concreto, mas apenas na genérica alegação de que a ‘política pública de saúde’ sofrerá com a sentença e com um eventual efeito multiplicador dela advindo” (fl. 4.318).

A agravante aduz não haver efeito multiplicador, haja vista que “não há qualquer risco para a população no que toca o acesso aos medicamentos mais baratos (apenas dois medicamentos, dentre todos os constantes da lista do SUS, poderiam se beneficiar do entendimento da sentença). Dos 1.941 medicamentos mais importantes do Brasil, (dentre quase 20.000) apenas 30 poderiam se beneficiar do regime jurídico”. Acrescenta que “não se pode imaginar uma ‘Política Pública’ ou um interesse público primário que *contrário ao ordenamento jurídico*, em analogia ao crime, como nos autos” (fl. 4.318, grifo no original).

Insurge-se a recorrente contra a utilização do precedente contido na Suspensão de Segurança n. 818 para a fundamentação do *decisum* atacado, porque, naquele, tratava-se de Direito Exclusivo de Comercialização - DEC, ao passo que a r. sentença objeto da decisão agravada teria como base outros direitos de propriedade industrial, distintos do DEC.

Alega que a sentença teria “limites objetivos bem estabelecidos, determinando a retirada do mercado dos medicamentos das empresas do Grupo Aché, pelo que se torna evidente que, para o interesse público, nada vai mudar. Apenas as próprias empresas privadas que compõem o Grupo Aché sofrerão algum prejuízo” (fl. 4.320).

Ressalta, ainda, para justificar a ausência de interesse público, que, para as cinco patologias tratadas com o oxalato de escitalopram - princípio ativo do *Lexapro* e das “cópias das empresas Aché e Biosintética” -, haveria, pelo menos, cinco outros princípios ativos, considerados como tratamento de primeira linha, e que todos esses outros medicamentos teriam similares no mercado, “sendo

vendidos a preços inferiores aos das cópias do escitalopram”. Nessa mesma linha argumentativa, aduz que “o próprio Governo brasileiro, através de suas listas oficiais, não indica o *Lexapro*, mas outros medicamentos, para o tratamento da depressão” (fl. 4.320) e que, por isso, a sentença cuja execução foi suspensa não poderia ter qualquer impacto na saúde pública.

Noutro giro, refuta a ocorrência de dano à saúde e à economia públicas, asseverando não ter a *Anvisa* apresentado qualquer dado concreto, número ou documento que o comprovasse. Afirma que, em sede de suspensão de segurança, há necessidade de a Administração comprovar suas alegações, sob pena de banalização do instituto.

A agravante refere-se, ainda, à “fragilidade do argumento do efeito multiplicador” e afirma que “aceitar o mero temor de novas demandas como argumento para retirar do jurisdicionado, que obteve sua tutela após sentença de mérito, sua garantia constitucional à prestação jurisdicional efetiva não é razoável” (fl. 4.326).

Diz a recorrente que a proteção dos dados jamais colocará em xeque a política de genéricos e, sim, dará forte incentivo para a pesquisa e o desenvolvimento de drogas mais eficazes (fls. 4.328-4.329). Acrescenta que “a aplicação da lei federal, reconhecendo a proteção do *data package* não levaria ao fim da indústria de genéricos ou mesmo obrigaria que as empresas desse tipo tivessem que passar a realizar os caríssimos testes de segurança. (...) Essas empresas poderiam esperar que expirasse o prazo de proteção de 10 anos (...) ou licenciar o uso do *data package* diretamente com seu titular, remunerando-o por isso” (fl. 4.331).

Por outro lado, a *Lundbeck Brasil Ltda.*, em suas razões (fls. 4.456-4.479), alega que “sem a indispensável prova de grave lesão aos bens tutelados pela norma de regência, impõe-se a rejeição da suspensão” (fl. 4.459), consoante, alega, precedentes desta e. Corte.

Acrescenta que proteção aos dados não significa exclusividade ou reserva de mercado e que as empresas interessadas têm totais condições de utilizar os dados produzidos pela agravante mediante justa retribuição em contrato de licenciamento, obedecido o prazo legal de proteção de 10 anos, a vencer em 2012.

Aduz que “analisados cada um dos medicamentos genéricos registrados (total de 399), observa-se que a tese de proteção aos dados amparada pela sentença afetaria apenas 1,5% dos produtos, inexistindo, portanto, risco de

feito multiplicador” (fl. 4.462). Por esse mesmo motivo, somado ao fato do tabelamento de preços dos medicamentos e multiplicidade de alternativas de tratamento, argumenta que seria mínima a repercussão econômica.

Segundo a agravante, a decisão atacada não teria realizado o juízo próprio da medida de contracautela para o caso concreto, considerando a realidade de mercado do *Lexapro*, e que “generalizou, a não mais poder, acreditando que a Anvisa possa estar com o bom propósito de defender o sistema de genéricos e não o interesse de duas empresas por ela beneficiadas com a quebra da proteção de dados da *Lundbrek*”. Afirma, outrossim, que “o que está em jogo, efetivamente, é saber se *para manter a política de genéricos é realmente necessário* admitir a *multiplicação de condutas ilícitas inclusive penalmente*, ou se há um *equilíbrio possível* de ser alcançado num *juízo de ponderação (proporcionalidade)*” (fl. 4.463, destaques no original).

Ao final, questiona: “não é de se considerar que o menoscabo à proteção aos dados (e ao crime cometido por quem o viola) poderá gerar, no médio prazo, um desestímulo à pesquisa e inovação em matéria de fármacos (busca de remédios mais eficientes), prejudicando a saúde da população brasileira?” (fl. 4.464).

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à e. Corte Especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Cuida-se, na origem, de demanda ajuizada pelas ora agravantes, com pedido de antecipação de tutela, objetivando fosse determinado à Anvisa *que se abstivesse de conceder registro a terceiros não autorizados pelas autoras*, utilizando-se do dossiê submetido por *Lundbeck Brasil* para obtenção do registro sanitário do medicamento *Lexapro* (Registro n. 1.0475.0044), *bem como declarar a nulidade de todo e qualquer registro sanitário concedido pela Anvisa para medicamentos que explorem ou utilizem o dossiê com resultado de testes e outros dados não divulgados, entregues à Anvisa como requisito para o registro sanitário do medicamento Lexapro*.

Foi concedida antecipação dos efeitos da tutela “para determinar à Anvisa que se [abstivesse] de conceder registro sanitário em favor de terceiros não autorizados pela autoras, utilizando-se do dossiê submetido à Anvisa para obtenção do registro sanitário do medicamento *Lexapro*, *ou que viole os direitos conferidos pelos artigos 195, XIV da Lei n. 9.279/1995 e 39.3 do Decreto n. 1.355/1994 sobre os dados confidenciais (segredos de indústria)*” (fls. 285-286).

Contra essa decisão, foi interposto agravo de instrumento (fl. 493), desprovido, com trânsito em julgado verificado em 13.1.2010, de acordo com informações obtidas no sítio do e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Posteriormente, o pedido foi julgado procedente “para determinar à Anvisa *que se abstenha* de conceder registro a terceiros não autorizados pelas Autoras utilizando-se dos resultados dos testes e dados contidos no dossiê submetido por *Lundbeck Brasil* para obtenção do registro sanitário do medicamento *Lexapro* (Registro n. 1.0475.0044), *bem como declare a nulidade* de todo e qualquer registro sanitário concedido com base nesse dossiê, especialmente os registros sanitários n. 1.0573.0379, n. 1.0573.0380 e n. 1.1213.0402” (fl. 2.258).

Naquela oportunidade, foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela para suspender, de imediato, os citados registros sanitários, outorgados pela Resolução - RE n. 2.229 de 5.6.2009 às litisconsortes passivas *Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A* e à *Biosintética Farmacêutica Ltda.*, sob pena de multa diária.

Interposta apelação pela Anvisa, foi recebida apenas no efeito devolutivo (conf. fls. 2.527; 3.307-3.308; 3.310-3.314; 3.317), nos termos do art. 520, inciso VII, do CPC.

Então, requereu a Anvisa, perante o e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *a suspensão da sentença* (fls. 2.531-2.567), cujo pedido foi indeferido às fls. 3.255-3.260, encontrando-se *pendente de julgamento agravo regimental*.

O pleito foi renovado neste e. Superior Tribunal de Justiça e por mim deferido, por meio da decisão de fls. 3.329-3.332, publicada aos 19.8.2011.

Feito esse relato processual, passo às minhas considerações.

Inicialmente, volto a ressaltar que a suspensão de execução de sentença pressupõe *manifesto interesse público*, consubstanciado *na potencialidade lesiva* à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, conforme disposto no art. 4º da Lei n. 8.437/1992.

Dessa forma, toda a argumentação veiculada nos agravos regimentais, inclusive aquela lançada com base em estatísticas, para que se reconheça a proteção dos dados tidos por sigilosos, deverá ser enfrentada *no bojo da demanda ordinária*, na via recursal própria, porquanto *excede o âmbito de análise para a suspensão de liminar e de sentença*.

A propósito:

Agravo regimental. Suspensão de segurança. ICMS. Não incidência sobre a “reserva de demanda de energia elétrica contratada”.

– Os temas diretamente relacionados com o mérito da demanda principal não podem ser examinados na presente via, que não substitui o recurso próprio. A suspensão de liminar, de sentença e de segurança, como cediço, limita-se a averiguar a possibilidade de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas.

– Ausência de efetiva demonstração de grave lesão aos bens juridicamente tutelados pela lei de regência.

Agravo regimental improvido. (g.n.).

(AgRg na SS n. 2.367-RN, Corte Especial, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.9.2010).

Agravo regimental. Suspensão de liminar e de sentença acolhida apenas parcialmente. Energia elétrica. Índice de reajuste de tarifa. Devolução de importâncias pela agravante já afastada na decisão agravada. Exame de questões jurídicas de mérito. Impossibilidade.

– As questões relacionadas à legalidade das decisões de segundo grau constituem temas jurídicos de mérito, os quais ultrapassam os limites traçados para a suspensão de liminar, de sentença ou de segurança, cujo objetivo é afastar a concreta possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A via da suspensão, como é cediço, não substitui os recursos processuais adequados.

Agravo regimental improvido. (g.n.).

(AgRg na SLS n. 1.255-SP, Corte Especial, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 14.9.2010).

Foi partindo dessa premissa que anotei, *in casu*, que a questão veiculada no pedido de contracautela, para além daquela debatida nos autos da demanda ordinária, estaria intrinsecamente ligada à própria política nacional de saúde, seus contornos e sua validade, mais especificamente em relação à gestão dos medicamentos genéricos e similares.

Isso porque o objeto daquela demanda, segundo constou da r. sentença, diz respeito “à própria sistemática adotada para a autorização dos medicamentos genéricos e similares”, tendo sido fixado como ponto controvertido saber “se a aceitação apenas dos testes de bioequivalência e biodisponibilidade para fins de registro de medicamentos genéricos e similares, por ‘basearem-se em’ conclusões obtidas a partir dos testes realizados pela autora para aprovação do medicamento de referência, implicaria a ‘utilização’ dos seus dados confidenciais. Ou, em outros termos, se o art. 195, XIV, da Lei n. 9.279/1996 constitui óbice à sistemática adotada pela Lei n. 6.360/1976 para o registro de medicamentos genéricos e similares” (fl. 2.246).

Nesse compasso, registrei que esta e. *Corte Superior* já teve oportunidade de enfrentar, em suspensão de segurança, tema *análogo* ao ora examinado, quando do julgamento da SLS n. 818-DF, da relatoria do em. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, cuja ementa é a seguinte:

Agravo regimental. Suspensão de liminar e de sentença. Exclusividade de comercialização de medicamento. Suspensão deferida.

- A manutenção da decisão que antecipou os efeitos da tutela em ação proposta contra a Anvisa, para determinar que esta se abstenha de conceder novos registros e/ou cancelar os registros já concedidos para a produção e comercialização de medicamento destinado ao tratamento de câncer de mama encerra grave potencial lesivo à ordem e à saúde públicas.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na SLS n. 818-DF, *Corte Especial*, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJe de 6.8.2009).

Registrei, ainda, que não obstante se referisse a medicamento destinado ao tratamento de moléstia distinta (câncer de mama), já naquela oportunidade o e. Superior Tribunal de Justiça consignava a *preocupação com as consequências adversas para o sistema de saúde pública*, decorrentes da *proibição, ainda que temporária*, do ingresso de outros fármacos genéricos ou similares do medicamento de referência no mercado.

Nesse sentido, fiz constar, na decisão agravada, excerto do voto do em. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, à época Presidente deste Sodalício, *verbis*:

[...] a manutenção da decisão que impede novos registros de medicamentos do *Gemzar* pode ensejar a utilização de produtos de menor eficácia, com delonga e insucesso no tratamento, maior custo e menor sobrevida dos pacientes.

Entendi, por conseguinte, que o mesmo raciocínio devesse ser aplicado ao caso *sub examine*, porque, sem embargo, a manutenção do r. *decisum* de primeiro grau implica, além do risco da oferta de produtos “de menor eficácia, com delonga e insucesso no tratamento”, o efeito negativo de se erigirem barreiras à participação dos fabricantes interessados na produção de medicamentos similares ou genéricos, cujos preços são praticados em patamares mais acessíveis à população.

Ademais, e a reverberar a eficácia da tutela outorgada no referido precedente, ainda considero que esta suspensão de segurança vem impedir, também, o

potencial efeito multiplicador receado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no sentido de se proliferarem demandas e decisões de igual teor que, *sem o respectivo trânsito em julgado*, resultem na paralização da oferta de genéricos ou similares, produzidos, até mesmo, a partir de outras entidades químicas.

Dessa forma, o provimento jurisdicional objurgado intervém na *política pública dos medicamentos genéricos*, adotada no Brasil, revelando a ameaça de grave risco de lesão à saúde e à economia públicas, *em razão da proibição, ainda que temporária*, do ingresso de outros fármacos genéricos ou similares do medicamento de referência no mercado.

Por tudo, a meu ver, o deferimento da presente contracautela é medida que se impõe, a fim de se afastar o risco de *enfraquecimento da política pública dos medicamentos genéricos* adotada no país, inquestionavelmente valiosa à população, sobretudo à parcela de menor poder aquisitivo.

Não obstante os fundamentos da decisão agravada permaneçam, a meu juízo, inabaláveis aos argumentos lançados nas razões dos agravos regimentais - em sua maioria meritórios e, por isso mesmo, insindicáveis na presente via -, considero oportuno tecer algumas considerações a respeito deles, em especial num juízo de delibação mínima, que tem sido admitido nessa quadra processual, inclusive, para alguns, erigido a verdadeiro requisito de *fumus boni juris*.

Primeiramente, destaco que não se vislumbra dos autos que o medicamento de referência, produzido pelos laboratórios ora agravantes, tenha sido submetido ao processo de registro de patente no órgão brasileiro competente, nos termos dos artigos 229 e ss. da Lei n. 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial - LPI).

De outro lado, a legislação brasileira *não ampara o direito de exclusividade* quanto aos *resultados de testes ou outros dados* apresentados às autoridades competentes com relação a produtos farmacêuticos de *uso humano*.

Apesar de essa condição ter sido expressamente reconhecida pela r. sentença hostilizada (fl. 2.252), foi aplicado, por analogia, o prazo de 10 (dez) anos, disposto no artigo 4º, inciso I, Lei n. 10.603/2002, que dispõe sobre a *proteção dos dados sigilosos apresentados para a aprovação de medicamentos, porém, de uso veterinário, fertilizantes, agrotóxicos, seus componentes e afins* (fls. 2.255-2.256).

Partindo dessa premissa, o d. Juiz singular concluiu que o “procedimento da Anvisa de autorizar o registro de medicamento genérico e similar, com base nos resultados dos testes previamente apresentados pelo detentor do

medicamento de referência, constitui violação à diretriz contida no art. 39.3 do anexo do Decreto n. 1.355/1994 e favorecimento à concorrência desleal, conforme tipificado no art. 195, XIV, da Lei n. 9.279/1996” (fl. 2.251).

Em primeiro lugar, estranha a conduta das agravantes que, apesar de apontarem como causa de pedir da ação ordinária o *favorecimento à concorrência desleal*, tipo penal previsto no art. 195, inciso XIV, da Lei n. 9.279/1996, nada fizeram, ao que tudo indica, para promover a responsabilização criminal dos sujeitos envolvidos no suposto delito, de cujo direito de queixa, inclusive, nos termos do *caput* do artigo 38 do CPP, já teriam as agravantes até mesmo decaído.

Na realidade, não houve, na petição inicial da demanda ordinária, qualquer imputação de conduta específica, que fosse concretamente vedada (a exemplo de espionagem industrial, divulgação de segredo etc.). Assim, nada se revelou de peculiar, particular.

A insurgência das agravantes, a bem da verdade, como afirmado na r. sentença, volta-se mesmo *é contra o procedimento utilizado pela Anvisa* para o registro de medicamentos genéricos e similares (disposto nas Resoluções RDC n. 16 e n. 17/2007-Anvisa), o qual se desenvolve de acordo com a *política de medicamentos genéricos* adotada no país (*conf. Lei n. 6.360/1976, com as alterações promovidas pela Lei n. 9.787/1999*).

Assim, não foi impugnada especificamente a produção dos medicamentos similares por parte dos laboratórios *interessados*, mas *todo o procedimento de registro da produção e autorização para comercialização realizado pela Anvisa*, a ser desenvolvido em *qualquer relação medicamento de referência/medicamento genérico-similar*.

É nessa perspectiva que os efeitos da decisão antecipatória da tutela *transcendem os limites objetivos do processo* em que foi proferida, com potencial risco de efeito multiplicador, dada a imponência econômico-financeira dos laboratórios farmacêuticos, em prejuízo, a meu sentir, da política pública de medicamentos genéricos.

Assim, não se cuida, como argumentam as agravantes, de apenas 1,5% (um e meio por cento) de produtos constantes da lista de medicamentos genéricos, mas *a discussão – e daí a importância desse pedido de suspensão de sentença – acerca da forma como são concedidos todos os registros dos medicamentos genéricos/similares, bem como a sua relevância para a política de saúde pública nacional*. Ou seja, *não é só pelo percentual de alcance imediato da r. sentença que se poderia verificar*

a presença dos requisitos previstos na Lei n. 8.437/1992, mas pelas potenciais consequências danosas à economia e à saúde públicas *daí decorrentes*.

Sob esse contexto, a vingar, de pronto, esse entendimento, todo fármaco estaria protegido pelo argumento contido no ato atacado, impedindo, no campo de sua utilização prática, a comercialização de qualquer medicamento genérico ou similar pertinente.

Por conseguinte, isso evidentemente traria um desdobramento frontalmente contrário ao uso dos genéricos, pois não se poderia mais falar *de apenas um argumento* ou de *uma situação limitada*. Tal raciocínio poderia, pura e simplesmente, indiscriminadamente, replicar-se na proteção de qualquer fármaco que se encontrasse na relação *medicamento de referência/medicamento genérico-similar*.

Ora, é evidente que os genéricos foram adotados para tornar mais acessíveis à população medicamentos importantes para a política pública de saúde.

Nessa linha de raciocínio é que, por ocasião da conversão da Medida Provisória n. 69/2002 na Lei n. 10.603/2002, após intensa discussão no Senado Federal, *foi aprovada emenda supressiva da proteção, contra o uso comercial desleal, de informação relativa aos resultados de testes e outros dados não divulgados apresentados às autoridades competentes como condição para a comercialização de produtos farmacêuticos de uso humano* (antes prevista na medida provisória, *mas suprimida* quando da sua conversão *em lei, que abarcou apenas a proteção dos produtos farmacêuticos de uso veterinário, fertilizantes, agrotóxicos, seus componentes e afins*).

A propósito, confira-se trecho do discurso proferido pelo Senador *José Serra* a respeito dessa questão:

Sr. Presidente, Sras. e Srs. Senadores, muito brevemente, manifesto a minha concordância enfática com as emendas do Senador Osmar Dias. *A supressão, no caso dos produtos de uso humano - portanto, farmacêuticos - é fundamental. Do contrário, o Congresso Nacional estaria abrindo uma janela para a contestação dos medicamentos genéricos, inclusive pela retroatividade imposta no que se refere aos genéricos já existentes e aos futuros. Criar-se-ia, então, uma restrição e um pretexto para contestações judiciais, até de retirada de circulação. (...) Estar-se-ia criando, portanto, uma restrição que obrigaria o laboratório produtor de genérico a gastar muito, seja na repetição de experiências, seja na contestação e na alegação de que se violou ou não um segredo. Assim, torna-se imperativa a supressão dos dispositivos - ou trechos de dispositivos - relacionados aos produtos de uso humano. No que tange aos agrotóxicos, a medida é benéfica e não prejudicial. Entretanto, quanto aos medicamentos - produtos de uso humano -, a alternativa seria lesiva*

e comprometeria o desenvolvimento do programa de genéricos no Brasil. Desse modo, apoio enfaticamente as emendas do Senador Osmar Dias no que se refere a essa supressão. Chamo a atenção das Sras. e dos Srs. Senadores para a importância desta questão: este projeto, do jeito que veio da Câmara, comprometeria o programa de genéricos no Brasil, questão que não foi percebida por muitos - havia gente que pensava que fortaleceria, muito pelo contrário, representaria um retrocesso e criaria muitas dificuldades. (Publicado no Diário do Senado Federal de 21.11.2002; g.n.).

Consequentemente, é bem de ver que, em se tratando de emenda supressiva, exaustivamente discutida e fundamentada perante o Parlamento brasileiro, não se poderia sequer cogitar de uma *lacuna involuntária da lei*, como afirmado na r. sentença de primeiro grau. Há, na realidade, uma *lacuna intencional* que *não pode ser suprida - e isso é elementar - por analogia*, ainda mais se levarmos em conta que *a analogia foi feita em relação às regras do próprio texto legal ao final aprovado (que, reforce-se, suprimiu expressamente do projeto a abrangência da regra para a situação específica dos autos!)*.

Com essas considerações, observo, por fim, que a pecha lançada pelas agravantes de que decisão agravada, em última análise, estaria a fazer “apologia” ao tipo penal de favorecimento à concorrência desleal é, no mínimo, desarrazoada, infundada e fica veementemente repelida.

Ante o exposto, *nego provimento* aos agravos regimentais.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): É evidente a relevância da questão posta à apreciação nos autos da Ação Ordinária n. 2008.34.00.016643-4-DF, em trâmite na 7.^a Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, onde foi prolatada a sentença que julgou procedente o pedido para reconhecer o direito das Autoras, ora Agravantes, à proteção das informações relativas ao medicamento *Lexapro*, por entender que essas informações estão abarcadas pela Lei n. 10.603/2002.

Ao que se tem, salvo melhor juízo, na mencionada ação ordinária se colocam em conflitos dois institutos, *de um lado*, a proteção de informações não divulgadas submetidas às autoridades competentes para obtenção ou manutenção da comercialização de medicamentos de uso humano, *e de outro*, a manutenção da política nacional de medicamentos, mormente a relativa aos medicamentos “genéricos e similares”.

A Anvisa - Agência Nacional de Vigilância Sanitária ingressou com a presente suspensão de sentença buscando suspender os efeitos da mencionada sentença até o seu trânsito em julgado.

O eminente Ministro Relator Felix Fischer, na decisão ora atacada, deferiu o pedido para sobrestar a execução da sentença prolatada na Ação Ordinária n. 2008.34.00.016643-4-DF, ao fundamento de que “por detrás da questão veiculada no pedido de contracautela, sobreleva-se discussão maior, atinente à própria política nacional de saúde, seus contornos e sua validade. Também verifico, sob essa perspectiva, que a decisão a ser exarada nestes autos, recai, especificamente, sobre a gestão dos medicamentos genéricos e similares, donde se justifica um olhar mais cuidadoso sobre a matéria”.

Dito isso, acompanho na íntegra o bem lançado voto do ilustre Ministro Felix Fischer, que examinou a questão nos estreitos limites impostos pelo art. 4.º da Lei n. 8.437/1992 ao instituto da suspensão de sentença.

Filio-me ao entendimento de que a proibição imposta pela sentença, ainda que temporária, do ingresso de outros medicamentos genéricos ou similares ao fármaco que se busca proteger revela a ameaça de grave risco de lesão à saúde e à economia públicas, o que é suficiente para o deferimento do pedido de suspensão de sentença.

Além disso, em sede juízo perfunctório, permitido nessa seara, impressionou-me o fundamento do voto do ilustre Ministro Relator de que, na conversão da Medida Provisória n. 69/2002 na Lei n. 10.603/2002, por meio de emenda supressiva do Senado Federal, foram excluídas da proteção prevista na referida lei as informações relativas a resultados de testes e outros dados não divulgados apresentados às autoridades competentes como condição para comercialização de produtos farmacêuticos de uso humano; sendo certo que apenas os produtos de uso veterinário, fertilizantes, agrotóxicos seus componentes e afins foram abarcados pela referida proteção.

De outra parte, após a leitura dos memoriais apresentados pelas partes, entendo que os argumentos contidos nos estudos técnicos, que concluíram que a sentença prolatada na ação ordinária não tem impacto na saúde pública, ordem pública, ou na política farmacêutica, não se sustentam, pois baseiam-se apenas na atual lista de medicamentos genéricos e similares, da qual foram excluídos aqueles que estão protegidos por patente concedidas e que já ultrapassaram o prazo de proteção, para concluir que, do total geral de medicamentos genéricos, apenas um pequeno percentual poderia se valer da proteção prevista na Lei n. 10.603/2002.

Por fim, mister ressaltar que, ao que consta das informações trazidas pelas partes, o medicamento objeto da ação ordinária, *Lexapro*, não está abarcado pela proteção da patente.

Com essas considerações, *acompanho* integralmente o voto do Ministro Relator Felix Fischer.

É como voto.

VOTO-ANTECIPADO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, tendo em vista que acompanhei a leitura do voto do Sr. Ministro Relator e não sei se estarei presente no prosseguimento do julgamento, gostaria de pedir vênias ao Sr. Ministro Teori Albino Zavascki para também antecipar o meu voto de plena concordância com o do Sr. Ministro Relator.

Com efeito, controverte-se nos autos de origem não um procedimento administrativo que tenha sido adotado com relação a esse medicamento específico, mas o próprio sistema legal e regulamentar adotado para a autorização dos medicamentos genéricos e similares.

A vingar a tese esposada pela sentença, a própria adoção do medicamento de referência para efeito de registro de genéricos e similares, princípio basilar estabelecido na Lei n. 9.787/1999, durante os dez anos tomados por analogia da Lei n. 10.603/2002, ficaria impossibilitada.

Anoto que medicamento em causa não tem proteção patentária.

A Lei n. 9.787/1999 prevê que a partir do reconhecimento de determinado medicamento como de referência, poderão ser registrados medicamentos genéricos e similares, mediante testes de bioequivalência e biodisponibilidade. Esses testes permitem concluir que o medicamento genérico contém o mesmo princípio ativo, na quantidade adequada e com o veículo adequado para produzir o mesmo efeito que o medicamento de referência.

Não se exige sejam exibidos, pelas empresas postulantes de registros de genéricos, os mesmos estudos clínicos apresentados pela empresa que desenvolveu o medicamento de referência, com a finalidade de provar a eficácia e os efeitos colaterais daquele determinado princípio ativo. Já havendo prova da eficácia da substância não teria utilidade alguma, serviria apenas para encarecer o desenvolvimento de medicamentos genéricos, exigir que a empresa interessada em produzir genéricos repetisse todos os testes, submetendo nova parcela da

população a testes clínicos, para provar o que já está provado e aceito pela Anvisa, ou seja, que aquele determinado princípio ativo é eficaz para o fim proposto.

A empresa produtora do genérico não se vale de informações confidenciais entregues à Anvisa pela empresa que obteve o registro do medicamento de referência. Ela, a partir dos dados constantes da lista de medicamentos de referência publicada pela Anvisa, dos dados constantes da bula e de análises do produto de referência adquirido no mercado, fabrica medicamento que entende equivalente, e deve provar esta equivalência, mediante os testes de bioequivalência e biodisponibilidade previstos em lei. Este é o sistema da Lei n. 9.787/1999, o qual permite a política de medicamentos genéricos, com preços inferiores aos de referência.

A pretendida exigência de que sejam os testes clínicos repetidos - ou adquiridos da empresa titular do registro do medicamento de referência - parece subverter o sistema da Lei n. 9.787/1999.

Observo que a proteção de dados por dez anos, tomada por analogia da Lei n. 10.603/2002, não se aplica a medicamentos para uso humano, mas apenas para produtos veterinários e agrotóxicos. Não houve omissão da lei, mas supressão, pelo Legislativo, de dispositivo contido na redação original da medida provisória que estendia tal prazo de proteção de dados para produtos farmacêuticos de uso humano.

A razão de ser dos genéricos é baratear o preço dos medicamentos. Assim, tendo em vista que a Anvisa já aceita determinada substância ativa como eficaz, e, no caso de não ser a substância patenteada para aquele determinado fim, as empresas interessadas na produção de genéricos e similares têm apenas que provar a biodisponibilidade e a bioequivalência do seu produto com o produto de referência.

Portanto, penso, como ressaltado no voto do Relator, que a tese esposada pela sentença tem potencial multiplicador de liminares e sentenças do mesmo gênero, as quais podem afetar o próprio sistema legal que permite a produção de medicamentos genéricos e similares, tomando por base a referência.

Então, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental em pedido de suspensão de liminar e de sentença. Antecipação de tutela

concedida por juiz de primeiro grau em sentença. Pedido de suspensão negado pela presidência do Tribunal local. “Novo pedido” ao STJ. Necessidade de esgotamento da atividade jurisdicional em relação ao primeiro pedido de suspensão. Possibilidade de intervenção imediata do STJ apenas em hipóteses excepcionais, desde que evidenciadas (a) a iminência de risco aos bens jurídicos tutelados e (b) a demora do Tribunal local em julgar o agravo a que se refere o § 3º da Lei n. 8.437/1992. Fabricação e comercialização de medicamentos similares a medicamento de referência no mercado. Não configuração dos pressupostos autorizadores do deferimento do pedido de suspensão.

Agravo regimental provido, divergindo do relator.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Cuidam os autos de pedido de suspensão de execução de sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal na Ação n. 2008.34.00.016643-4, que julgou procedente o pedido formulado pela *Lundbeck Brasil Ltda.* “para determinar à Anvisa que se abstenha de conceder registro a terceiros não autorizados pelas Autoras utilizando-se dos resultados dos testes e dados contidos no dossiê submetido por *Lundbeck Brasil* para obtenção do registro sanitário do medicamento *Lexapro* (Registro n. 1.0475.0044), bem como declare a nulidade de todo e qualquer registro sanitário concedido com base nesse dossiê, especialmente os Registros Sanitários n. 1.0573.0379, n. 1.0573.0380 e n. 1.1213.0402 (Resolução - RE n. 2.229 de 5.6.2009)” (fl. 2.258). Houve, no curso do processo (em junho de 2008), o deferimento de antecipação de tutela, o que foi reiterado na sentença que julgou a causa.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa formulou, inicialmente, pedido de suspensão de sentença perante o Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (n. 0028831-10.2011.4.01.0000-DF), que foi indeferido por decisão de junho de 2011.

Agora, formulou novo pedido à presidência do STJ, com idênticos fundamentos, aduzindo, em síntese, que a decisão impugnada “conferiu equivocada interpretação ao regime jurídico de proteção do medicamento de referência, bem como a toda a política implementada pelo Governo Federal com relação aos medicamentos genéricos, trazendo, em consequência, efeitos imediatos de *grave lesão à saúde pública*, bem assim à *ordem pública* e à *economia pública*, a justificar o presente Pedido de Suspensão” (fl. 9).

Em decisão de fls. 3.329-3.332, o relator, Min. Felix Fischer, deferiu o pedido para o fim de “(...) sobrestar a execução da r. sentença prolatada nos autos da Ação Ordinária n. 2008.34.00.016643-4 pelo d. Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal”.

Irresignadas, a *Lundbeck A/S* e a *Lundbeck Brasil Ltda.* interpuseram agravos regimentais (fls. 4.314-4.336), os quais foram relatados pelo Min. Felix Fischer do seguinte modo:

A *Lundbeck A/S*, em seu agravo regimental de fls. 4.314-4.336, assevera que não haveria impacto sobre a quantidade de medicamentos genéricos para a população se a legislação fosse respeitada. Isso porque, segundo a agravante, apenas 1,5% dos 399 medicamentos genéricos registrados seriam afetados.

Afirma que a decisão agravada deveria ser reformada, já que não teria considerado os dados apresentados pelas requeridas, ora agravantes, e que a arguição da Anvisa seria “meramente retórica, e não se baseia em nenhum dado concreto, mas apenas na genérica alegação de que a ‘política pública de saúde’ sofrerá com a sentença e com um eventual efeito multiplicador dela advindo” (fl. 4.318).

A agravante aduz não haver efeito multiplicador, haja vista que “não há qualquer risco para a população no que toca o acesso aos medicamentos mais baratos (apenas dois medicamentos, dentre todos os constantes da lista do SUS, poderiam se beneficiar do entendimento da sentença). Dos 1.941 medicamentos mais importantes do Brasil, (dentre quase 20.000) apenas 30 poderiam se beneficiar do regime jurídico”. Acrescenta que “não se pode imaginar uma ‘Política Pública’ ou um interesse público primário que contrário ao ordenamento jurídico, em apologia ao crime, como nos autos” (fl. 4.318, grifo no original).

Insurge-se a recorrente contra a utilização do precedente contido na Suspensão de Segurança n. 818 para a fundamentação do *decisum* atacado, porque, naquele, tratava-se de Direito Exclusivo de Comercialização - DEC, ao passo que a r. sentença objeto da decisão agravada teria como base outros direitos de propriedade industrial, distintos do DEC.

Alega que a sentença teria “limites objetivos bem estabelecidos, determinando a retirada do mercado dos medicamentos das empresas do Grupo Ache, pelo que se torna evidente que, para o interesse público, nada vai mudar. Apenas as próprias empresas privadas que compõem o Grupo Ache sofrerão algum prejuízo” (fl. 4.320).

Ressalta, ainda, para justificar a ausência de interesse público, que, para as cinco patologias tratadas com o oxalato de escitalopram - princípio ativo do *Lexapro* e das “cópias das empresas Ache e Biosintética” -, haveria, pelo menos, cinco outros princípios ativos, considerados como tratamento de primeira linha,

e que todos esses outros medicamentos teriam similares no mercado, “sendo vendidos a preços inferiores aos das cópias do escitalopram”. Nessa mesma linha argumentativa, aduz que “o próprio Governo brasileiro, através de suas listas oficiais, não indica o *Lexapro*, mas outros medicamentos, para o tratamento da depressão” (fl. 4.320) e que, por isso, a sentença cuja execução foi suspensa não poderia ter qualquer impacto na saúde pública.

Noutro giro, refuta a ocorrência de dano à saúde e à economia públicas, asseverando não ter a Anvisa apresentado qualquer dado concreto, número ou documento que o comprovasse. Afirma que, em sede de suspensão de segurança, há necessidade de a Administração comprovar suas alegações, sob pena de banalização do instituto.

A agravante refere-se, ainda, à “fragilidade do argumento do efeito multiplicador” e afirma que “aceitar o mero temor de novas demandas como argumento para retirar do jurisdicionado, que obteve sua tutela após sentença de mérito, sua garantia constitucional à prestação jurisdicional efetiva não é razoável” (fl. 4.326).

Diz a recorrente que a proteção dos dados jamais colocará em xeque a política de genéricos e, sim, dará forte incentivo para a pesquisa e o desenvolvimento de drogas mais eficazes (fls. 4.328-4.329). Acrescenta que “a aplicação da lei federal, reconhecendo a proteção do *data package* não levaria ao fim da indústria de genéricos ou mesmo obrigaria que as empresas desse tipo tivessem que passar a realizar os caríssimos testes de segurança. (...) Essas empresas poderiam esperar que expirasse o prazo de proteção de 10 anos (...) ou licenciar o uso do *data package* diretamente com seu titular, remunerando-o por isso” (fl. 4.331).

Por outro lado, a *Lundbeck Brasil Ltda.*, em suas razões (fls. 4.456-4.479), alega que “sem a indispensável prova de grave lesão aos bens tutelados pela norma de regência, impõe-se a rejeição da suspensão” (fl. 4.459), consoante, alega, precedentes desta e. Corte.

Acrescenta que proteção aos dados não significa exclusividade ou reserva de mercado e que as empresas interessadas têm totais condições de utilizar os dados produzidos pela agravante mediante justa retribuição em contrato de licenciamento, obedecido o prazo legal de proteção de 10 anos, a vencer em 2012.

Aduz que “analisados cada um dos medicamentos genéricos registrados (total de 399), observa-se que a tese de proteção aos dados amparada pela sentença afetaria apenas 1,5% dos produtos, inexistindo, portanto, risco de feito multiplicador” (fl. 4.462). Por esse mesmo motivo, somado ao fato do tabelamento de preços dos medicamentos e multiplicidade de alternativas de tratamento, argumenta que seria mínima a repercussão econômica.

Segundo a agravante, a decisão atacada não teria realizado o juízo próprio da medida de contracautela para o caso concreto, considerando a realidade de

mercado do *Lexapro*, e que “generalizou, a não mais poder, acreditando que a Anvisa possa estar com o bom propósito de defender o sistema de genéricos e não o interesse de duas empresas por ela beneficiadas com a quebra da proteção de dados da *Lundbreck* Afirma, outrossim, que o que está em jogo, efetivamente, é saber se para manter a política de genéricos é realmente necessário admitir a multiplicação de condutas ilícitas inclusive penalmente, ou se há um equilíbrio possível de ser alcançado num juízo de ponderação (proporcionalidade)” (fl. 4.463, destaques no original).

Ao final, questiona: “não é de se considerar que o menoscabo à proteção aos dados (e ao crime cometido por quem o viola) poderá gerar, no médio prazo, um desestímulo à pesquisa e inovação em matéria de fármacos (busca de remédios mais eficientes), prejudicando a saúde da população brasileira?” (fl. 4.464).

Na sessão do dia 5.10.2011, o relator votou pelo improvimento dos agravos regimentais, nos termos da seguinte ementa:

Agravo regimental em suspensão de liminar e de sentença. Tutela antecipada em sentença. Cumprimento. Suspensão da fabricação e comercialização de medicamentos similares a medicamento de referência no mercado. Ameaça de grave lesão à saúde e à economia públicas. Risco à política pública de medicamentos genéricos. Contracautela deferida. Agravo regimental desprovido.

I - A suspensão de execução de sentença pressupõe manifesto interesse público, consubstanciado na potencialidade lesiva à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (cf. art. 4º da Lei n. 8.437/1992).

II - *In casu*, o cumprimento imediato de tutela antecipada, deferida em sentença cujo objeto é o questionamento da própria sistemática adotada para a autorização do registro e comercialização de medicamentos genéricos e similares, coloca em risco a economia e a saúde públicas (Precedente: AgRg na SLS n. 818-DF, Corte Especial, Rei. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 6.8.2009).

III - Assim, a execução imediata da decisão objurgada - sem o respectivo trânsito em julgado -, além de potencializar o efeito multiplicador de demandas e decisões de mesma natureza, fragiliza a política nacional dos genéricos, na medida em que inviabiliza, ainda que temporariamente, a produção e comercialização de medicamentos antidepressivos genéricos ou similares de última geração.

Agravo regimental desprovido.

Foi acompanhado pelos Min. Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti. *Pedi vista.*

2. Ninguém desconhece a natureza excepcional do incidente de suspensão, que é admissível apenas em hipóteses estritas, a saber: “em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem,

à saúde, à segurança e à economia públicas.” (art. 4º da Lei n. 8.437/1992). Justamente porque se trata de medida de exceção no sistema ordinário de prestação de tutela jurisdicional, o pedido de suspensão está sujeito, mais do que qualquer outro provimento, aos limites da legalidade estrita, não podendo ser simplesmente transformado em substitutivo recursal, nem ser adotado além das hipóteses, que são inelásticas, autorizadas em lei. Conforme a jurisprudência clássica do STF sobre a natureza dessa espécie de incidente, trata-se de “medida excepcional” em defesa de “interesses superiores”, de “altos valores protegidos pela norma” (SS n. 137, Min. Cordeiro Guerra, RTJ 118/861). Embora reconheça a constitucionalidade da medida, mesmo após a Constituição de 1988, a Corte Suprema também recomenda que o instituto seja aplicado “com parcimônia” e à base de “interpretação estrita” (SS n. 432, Min. Sydney Sanches, RTJ 144/98-113).

3. O princípio da estrita legalidade deve ser observado, não apenas em relação aos requisitos materiais para a concessão da suspensão, mas também aos formais, nomeada e especificamente ao que diz respeito à observância do princípio do juiz natural. Entende-se por juiz natural aquele que está investido, por lei, de poderes para decidir a causa (ou o incidente). Ora, em se tratando de pedido de suspensão de decisão ou sentença proferida por juiz de primeiro grau, o juiz natural é o Presidente do Tribunal ao qual se acha vinculado o prolator da decisão. É o que determina o já referido art. 4º da Lei n. 8.347/1992:

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

Em situações assim, o Presidente do STJ (ou, se for o caso, do STF) somente se investe de competência se houver um “*novo pedido*” de suspensão, que será cabível quando o pedido originário não for atendido pelo Tribunal competente. Em se tratando de mandado de segurança (que não é o caso dos autos), a disciplina normativa do “novo pedido” é a do art. 15 e parágrafos da Lei n. 12.016/2009; nas demais ações movidas contra o Poder Público, o tratamento normativo é o dos §§ 3º e 4º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992:

§ 3º - Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

§ 4º - Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

É indubitoso, pois, que, nestes casos, o “novo pedido” de suspensão não pode ser formulado *per saltum* ao STJ enquanto o primitivo incidente estiver sujeito à jurisdição do Tribunal local. Nem teria sentido imaginar que o mesmo pedido, com os mesmos fundamentos, tratando da mesma questão, pudesse estar sujeito, ao mesmo tempo, à jurisdição de dois Tribunais diferentes, com a evidente possibilidade de decisões em sentido diferente uma da outra.

Assim, em suma: para efeito de definir a competência do STJ (ou, se for o caso, do STF), em pedidos de suspensão, deve-se distinguir o *pedido originário* do “novo pedido”. Há competência *originária* dos Tribunais superiores quando a decisão a ser suspensa tenha sido proferida por relator ou por órgão colegiado de Tribunal local, seja em processo de competência originária, seja de competência recursal do referido Tribunal. Por outro lado, relativamente a “novo pedido” de suspensão, a competência do STJ e do STF se estabelece quando o Tribunal local tiver esgotado sua atividade jurisdicional relativamente ao primeiro pedido. Ressalte-se: não se exige que o Tribunal local tenha esgotado sua competência para o julgamento dos *recursos ordinários* interpostos em face da decisão a ser suspensa; o que a lei exige é que se esgote a jurisdição local *em relação ao primitivo pedido* de suspensão ali formulado.

Esse é, portanto, o sistema normativo de fixação do juiz natural em casos dessa natureza, como, aliás, foi ressaltado em precedente desta Corte Especial:

Agravo regimental. Suspensão de liminar e de sentença. Decisão de primeiro grau. Indenização. Pensionamento.

– A regra geral é a de que a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar pedido de suspensão de liminar e de sentença está condicionada ao prévio exame da respectiva decisão, proferida em primeira instância, pelo Tribunal de segundo grau. Isso porque, nos termos do art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.437/1992, “compete ao presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes (...)”.

Agravo regimental improvido. (AgRg na SLS n. 1.035-RS, Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 17.12.2009).

O que foge à regra é exceção, e como tal deve ser tratada. Não se desconhece que, em situações excepcionais, mormente quando há iminente risco aos bens

jurídicos tutelados e reconhecida demora do Tribunal local em julgar a agravo a que se refere o § 3º, o STJ tem admitido que o “novo pedido” possa ser formulado diretamente à essa Corte, independentemente do julgamento do agravo pelo Tribunal local. Mesmo nessa hipótese, todavia, a mudança do juiz natural reclama, no mínimo, a devida justificativa, sob pena de transformar em regra a situação excepcional, o que representaria, na prática, a pura e simples usurpação de competência, com manifesta desobediência à lei, sem declarar a sua inconstitucionalidade. Casos assim enquadram-se na Súmula Vinculante n. 10-STF (“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”).

Ora, no caso, conforme reconhece a inicial, o pedido formulado perante o STJ ocorreu quando ainda pendente de julgamento o agravo da decisão do Presidente do TRF que indeferiu pedido idêntico. Não houve qualquer justificativa plausível para não atender ao devido processo legal estabelecido nos parágrafos 3º e 4º da Lei n. 8.347/1992. Aliás, o Tribunal local não estava em mora (o agravo regimental lá interposto o foi em 20.6.2011 e o pedido apresentado ao STJ está datado de 3.8.2011). Também não havia situação de urgência ou de risco iminente de dano que autorizasse afastar a incidência da lei. Afinal, a medida restritiva que se busca suspender já vigorava desde 2008, quando foi deferida a liminar, sendo simplesmente confirmada, em sua essência, pela sentença que julgou a causa. Assim, nada justificava, no caso, o desprezo ao juiz natural.

4. Por outro lado, ainda que fosse legítima a assunção da competência pelo STJ, é certo que não se poderia ignorar, como se não tivesse existido, a atividade jurisdicional desenvolvida perante o Tribunal local. No caso, o indeferimento da medida pelo Presidente do TRF está fundado em boas razões, aqui não infirmadas. Diz-se naquela decisão:

6. O instrumento de contracautela ora manejado tem o objetivo de proteger interesses públicos relevantes, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública, que não parecem presentes.

Como já dito, a sentença não impede o registro dos medicamentos que apresentem testes completos de segurança, eficácia e qualidade ou dos que obtenham autorização de utilização do detentor do direito de exclusividade sobre os dados confidenciais.

A sentença veda apenas o registro de medicamentos que tenham feito uso ou explorado o dossiê submetido à Anvisa para obtenção do Registro n. 1.0475.0044

para o medicamento *Lexapro*, estando livre a produção de medicamentos similares ou genéricos que não tenham feito uso dos dados daquele dossiê, sem falar que a proteção conferida pela sentença tem prazo certo – 18.9.2012. A sentença não estabelece nenhum monopólio.

Consta de estudo da Prof^a Maristela Basso, apresentado como memorial pelos laboratórios Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A e Biosintética Farmacêutica Ltda.:

(...) Em estudo recente do Tufts Center for the Study of Drug Development (Boston, Estados Unidos) calculou-se o valor médio atualizado para desenvolvimento de um novo produto farmacêutico. Em 1987, um novo produto farmacêutico consumia, em média, US\$ 231 milhões. Catorze anos mais tarde, na atualização do estudo de 1987 sobre os valores médios consumidos até o lançamento no mercado de um novo medicamento, o estudo do Tufts Center chegou à cifra de US\$ 802 milhões, devendo-se tal aumento aos custos cada vez mais pesados decorrentes dos testes pré-clínicos e clínicos que atestam a segurança e a eficácia das novas terapias. (Grifos nossos.)

Essas informações demonstram serem totalmente inviáveis e irracionais as exigências de duplicação de testes e dados pelas empresas de genéricos e similares – o que inviabilizaria por completo esta indústria no Brasil e o acesso a medicamentos.

(omissis)

Testes pré-clínicos e clínicos desempenham papel indiscutível para a proteção do consumidor e da saúde pública. Sem investimentos maciços não apenas na Pesquisa & Desenvolvimento de novas terapias, mas fundamentalmente na comprovação de sua eficácia para o uso humano, pesquisadores não poderiam estimar o completo potencial terapêutico de novos produtos farmacêuticos, adiar-se-ia o desenvolvimento de terapias mais eficientes e, por conseguinte, afetar-se-ia o direito dos pacientes de terem acesso a melhores tratamentos.

Indubitavelmente, o longo processo para obtenção de autorização para comercialização de novas terapias envolve custos elevadíssimos. Daí porque se não existissem meios legais que assegurassem ao desenvolvedor de novas terapias recuperar seus investimentos, teríamos sensível diminuição no ritmo de lançamento de novos medicamentos no mercado internacional.

É sob essa perspectiva que o Acordo Trips estabelece o equilíbrio entre interesses do público em geral: de ter acesso a melhores e mais seguras terapias, e os de natureza privada: de terem recompensados seus esforços e investimentos. O artigo 39.3 do Trips prevê “regras mínimas” de proteção dos testes e dados não divulgados (cuja elaboração envolva esforço considerável) imprescindíveis para a obtenção de autorização e comercialização de novos produtos farmacêuticos (...).

É de ver-se que, portanto, que aquele que investe alto em Pesquisa & Desenvolvimento, criando uma nova terapia, tenha a plena disponibilidade da respectiva propriedade intelectual – a propriedade, em virtude de preceito constitucional (art. 5º), é inviolável –, não podendo ser obrigado a, sem compensações, concordar que o órgão público que recebe e processa o pedido de registro, repasse a terceiros (no caso, dois laboratórios) os resultados dos testes e os dados contidos no dossiê que ilustra o pedido de registro.

Consta do memorial das requeridas que o *Lexapro* constitui um antidepressivo à base de Oxalato de Escitalopram, nunca antes utilizado em nenhum medicamento, e que tem no mercado brasileiro mais de 196 concorrentes, com cerca de 300 apresentações, que não serão afetadas pela sentença.

Em que pese a sentença ter ampliado a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar a suspensão dos Registros n. 1.0573.0379, n. 1.0573.0380 e n. 1.1213.0402 concedidos às empresas Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A e Biosintética Farmacêutica Ltda., o fato é que a vedação da concessão de registros sanitários para medicamentos genéricos e similares com uso dos resultados dos testes e dados contidos no dossiê para o registro do *Lexapro* já vem desde 5.6.2008, sem que a saúde pública tenha ido a pique!

É ilustrativa a circunstância de que o medicamento em questão não consta, atualmente, da lista de distribuição pelo SUS nem da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais do Ministério da Saúde (Rename). A sentença, decididamente, não causa, por si só, grave lesão à economia e/ou à públicas.

Vale observar, ainda, que medicamentos com a substância ativa oxalato de escitalopram estão sendo produzidos também pela Libbs Farmacêutica Ltda. (similar), Torrent do Brasil (similar) e pela Ranbaxy (genérico), existindo, pois, outras dezenas de alternativas de terapia. Não há falar-se, assim, em multiplicidade de ações idênticas em caso de manutenção da execução da presente decisão.

Essas razões permitem a formulação de duas constatações básicas. A primeira, que o presente caso não guarda semelhança com o do precedente citado na decisão agravada, julgado pela Corte Especial na SLS n. 818-DF. Aqui, ao contrário do que lá se passava, se trata de um medicamento que “tem no mercado brasileiro mais de 196 concorrentes, com cerca de 300 apresentações” e, ademais, “não consta, atualmente, da lista de distribuição pelo SUS nem da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais do Ministério da Saúde (Rename)”, sendo que “medicamentos com a substância ativa oxalato de escitalopram estão sendo produzidos também pela Libbs Farmacêutica Ltda. (similar), Torrent do Brasil (similar) e pela Ranbaxy (genérico), existindo, pois, outras dezenas de alternativas de terapia”. E a segunda constatação, decorrente dessas mesmas peculiares circunstâncias, é a de que não há como supor a

ocorrência de “efeito multiplicador” ou de dano à “política de medicamentos genéricos” com a manutenção da sentença, até o julgamento da apelação. O efeito multiplicador que se deve temer e inibir, porque nocivo ao devido processo legal de prestação de jurisdição consagrado nas vias ordinárias, é a da proliferação de incidentes de suspensão de liminares e sentenças para além das fronteiras excepcionais admitidas por lei.

5. Diante do exposto, por não estarem presentes, no caso, os indispensáveis pressupostos formais e materiais para atender ao pedido de suspensão, dou provimento ao agravo regimental, para manter a decisão do Presidente do TRF, que o indeferiu. É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Eminentes Ministros, do voto do eminente Relator destaco o que disse Sua Excelência, ao início do julgamento:

Registrei, ainda, à fls. 9 de 14 laudas, no terceiro parágrafo, “ainda que não obstante se referisse a medicamentos destinados ao tratamento de moléstia distinta (câncer de mama), já naquela oportunidade o velho Superior Tribunal de Justiça consignava: *‘A preocupação com as consequências adversas para o sistema de saúde pública, decorrentes da proibição, ainda que temporária, do ingresso de outros fármacos genéricos ou similares do medicamento de referência no mercado’*.”

À fls. 10, de 14 laudas, no terceiro parágrafo, também disse o eminente Relator:

Por tudo, a meu ver, o deferimento da presente contracautela é medida que se impõe, a fim de se afastar o risco de enfraquecimento da política pública dos medicamentos genéricos adotados no País, inquestionavelmente valiosa à população, sobretudo à parcela de menor poder aquisitivo.

À fls. 11, de 14 laudas, no primeiro parágrafo, prossegue o eminente Relator:

De outro lado, a legislação brasileira não ampara o direito de exclusividade quanto aos resultados de testes ou outros dados apresentados às autoridades competentes, com relação a produtos farmacêuticos de uso humano.

Destaco, ainda, à fls. 12 das 14 laudas, do voto do eminente Relator – primeiro, segundo e quarto parágrafos:

Não foi impugnada, especificamente, a produção dos medicamentos similares – como agora foi discutido pelo eminente Ministro Zavascki – por parte dos laboratórios interessados, mas todo o procedimento de registro da produção e autorização para a comercialização realizada pela Anvisa, a ser desenvolvido em qualquer relação medicamento de referência/medicamento genérico-similar; em qualquer relação, repito, de referência/medicamento genérico-similar. É nessa perspectiva que os efeitos da decisão antecipatória da tutela transcendem os limites objetivos do processo em que foi proferida, com potencial risco de efeito multiplicador – e aí temos, portanto, interesse público, ordem pública, digo eu –, dada a imponência econômico-financeira dos laboratórios farmacêuticos em prejuízo, a meu sentir, da política pública de medicamentos genéricos.

E, no quarto parágrafo da mesma lauda, n. 12:

Sob esse contexto, a vingar, de pronto, esse entendimento, todo fármaco estaria protegido pelo argumento contido no ato atacado, impedindo, no campo da sua utilização prática, a comercialização de qualquer medicamento genérico ou similar pertinente.

E concluí, portanto, por essas razões e outras mais, que há, sim, a potencialidade de lesão a interesse público; há, sim, exposição de todo o público que tem interesse na produção de medicamentos genéricos, que democratiza o acesso a esses(...) Aqui não é lazer; é remédio, saúde, muitas vezes – quase sempre –, destacadamente neste caso aqui em tela, a preservação da própria vida.

Portanto, eminente Ministro Teori Albino Zavascki, em que pese, como sempre, as brilhantes, inteligentes e muito bem colocadas razões lançadas por Vossa Excelência, ousou delas divergir para acompanhar o eminente Relator, no sentido de negar provimento aos agravos regimentais.

É o meu voto, Sr. Presidente.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA N. 2.482-
MA (2011/0139554-1)**

Relator: Ministro Ari Pargendler
Agravante: Estado do Maranhão
Procurador: Roberto Benedito Lima Gomes e outro(s)
Agravado: Ricardo Eletro Divinópolis Ltda.

Advogado: Fabio Brun Goldschmidt e outro(s)
Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

EMENTA

Pedido de suspensão de medida liminar. Cobrança de ICMS em comércio eletrônico. A suspensão da segurança nos casos de litígios em matéria tributária passa pelo exame do mérito da controvérsia, só justificando-se em casos extremos em que o tema já foi pacificado no âmbito jurisprudencial. Agravo regimental não provido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Nancy Andrichi. Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Sebastião Reis Júnior para compor quórum. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 31 de agosto de 2011 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 14.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O agravo regimental ataca a decisão de fl. 302-304, que indeferiu o pedido de suspensão à base da seguinte fundamentação:

A espécie é um dos tantos litígios comuns no cenário forense a respeito de tributos. A suspensão da segurança, nesses casos, passa, sim, pelo exame do mérito da controvérsia. Sendo indubitoso o crédito fiscal, o pedido deve ser deferido. Não é este o caso, em que o tema, pelo menos, é controverso (fl. 304).

A teor das razões, *in verbis*:

Inconformado, *data venia*, o agravante interpõe o presente agravo regimental a fim de que sejam reexaminadas as circunstâncias fáticas e jurídicas de que se reveste o presente caso, no intuito de evitar grave lesão à economia pública do Estado, que ficará privado da realização de suas finalidades, acaso persista a decisão que lhe impede de exigir o crédito tributário legitimamente constituído de ICMS.

(...)

Bem demonstrado na exordial do pedido de suspensão de segurança os riscos evidentes de grave lesão à economia pública do Estado do Maranhão, provocados pela decisão liminar em mandado de segurança deferida pelo Tribunal de Justiça.

Não pode ser negado o fato de que a medida concessiva de liminar causará, se persistir, incalculáveis prejuízos às finanças públicas do Estado. Ora, a decisão interfere de modo arriscado na capacidade do agravante de arrecadar o ICMS, seu principal imposto. Sem a receita deste imposto o Estado não poderá cumprir com suas obrigações financeiras e com os serviços públicos a que está obrigado a prestar, pois estará privado de receber créditos que foram legitimamente constituídos e que representam significativa quantia financeira, dado o volume de mercadorias comercializadas.

(...)

As restrições judiciais à arrecadação do ICMS ocasionam uma verdadeira sangria de recursos públicos que compromete a saúde financeira do Estado, e repercute na vida de todos os cidadãos maranhenses que serão privados dos serviços públicos essenciais e até o descumprimento de obrigações financeiras a que está obrigado.

Cumpre lembrar a consequência nefasta da manutenção do julgado ora questionado, sobre as ações de outros contribuintes que serão encorajados a buscar a mesma providência do Judiciário para não pagar o ICMS e outros impostos. O efeito multiplicador é inevitável acaso não haja a suspensão da decisão que está afetando a ordem econômico-financeira do Estado do Maranhão.

Daí se percebe estar presente o requisito necessário à concessão da suspensão de segurança, pois a ordem econômica está sendo lesada de forma incontestável. Surge, então, o imperativo de reforma da decisão indeferitória da suspensão de segurança, através do presente agravo regimental, em outra análise da ocorrência dos pressupostos autorizadores elencados na Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, art. 4º e Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1962, art. 4º, § 3º (fl. 308-313).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): O Estado do Maranhão pediu a suspensão da medida liminar deferida no mandado de segurança impetrado por Ricardo Eletro Divinópolis Ltda., que suspendeu “os efeitos do Protocolo ICMS n. 21/2011, determinando que a autoridade coatora se abstenha de exigir o pagamento do ICMS quando da entrada dos produtos vendidos pela autora aos consumidores finais deste Estado” (fl. 26).

Segundo a relatora do mandado de segurança “a fumaça do bom direito encontra-se consubstanciada no fato de que as alíquotas de ICMS para operações interestaduais devem obedecer às disposições inseridas no art. 155, § 2º, VII, **b**, da Constituição Federal. Logo, o Protocolo ICMS n. 21/2011 contraria o referido dispositivo constitucional, porquanto determina a cobrança do imposto na entrada da mercadoria no Estado, ainda que o destinatário seja o consumidor final” (fl. 26).

É bem de ver, portanto, que tal como dito na decisão agravada, a espécie é um dos tantos litígios comuns no cenário forense a respeito de tributos. A suspensão da segurança, nesses casos, passa, sim, pelo exame do mérito da controvérsia. Sendo indubitoso o crédito fiscal, o pedido deve ser deferido. Não é este o caso, em que o tema, pelo menos, é controverso.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça

Pedido de suspensão de medida liminar. Cobrança de ICMS em comércio eletrônico. Lesão à ordem e economia públicas. A suspensão da segurança nos casos de litígios envolvendo discussão tributária passa pelo exame do mérito da controvérsia. Sendo indubitoso o crédito fiscal, o pedido deve ser deferido. Não é este o caso, em que o tema é controverso. Agravo regimental não provido (AgRg na SS n. 2.450, BA, de minha relatoria, DJe de 2.8.2011).

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA N. 2.498-BA (2011/0178066-3)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Agravante: Dailton Raimundo de Jesus Filho

Advogado: Rodrigo Otavio Barbosa de Alencastro e outro(s)

Agravado: Anselmo Duarte Ambrozi da Silva

Advogado: Maria Cristina e Silva

Requerido: Desembargadora Relatora do Mandado de Segurança n.
986.552.201.180.500.000 do Tribunal de Justiça do Estado
da Bahia

EMENTA

Pedido de suspensão de segurança. Eleição da mesa diretora da Câmara de Vereadores. Lesão à ordem pública. O reconhecimento da lesão à ordem pública passa pelo juízo de quem são as autoridades regularmente constituídas para exercer as funções administrativas na Câmara Municipal de Madre de Deus, BA. Entretanto, os documentos que instruem o pedido dão conta de sucessivas medidas liminares ora assegurando direitos a uma das facções em que se divide aquela Casa Legislativa, ora garantindo idênticos direitos a outra e, no âmbito do pedido de suspensão, em que não há instrução probatória, e longe dos fatos, não há como firmar um convencimento acerca de quem tem razão, não sendo este de resto o propósito do instituto. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Nancy Andrighi. Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Sebastião Reis Júnior para compor quórum. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 31 de agosto de 2011 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 14.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O agravo regimental ataca a decisão de fl. 162-165, que indeferiu o pedido de suspensão à base da seguinte fundamentação:

Os documentos que instruem o pedido dão conta de sucessivas medidas liminares ora assegurando direitos a uma das facções em que se divide a Câmara Municipal de Madre de Deus, BA, ora garantindo idênticos direitos a outra.

No âmbito do pedido de suspensão, em que não há instrução probatória, e longe dos fatos, não há como firmar um convencimento acerca de quem tem razão, não sendo este de resto o propósito do instituto, que visa resguardar os valores protegidos pela Lei n. 12.016, de 2009 (art. 15).

O exercício da Presidência da Câmara Municipal de Madre de Deus, BA, e dos demais cargos de direção, determinado por ordem judicial, não afronta, em princípio, a ordem administrativa (fl. 164-165).

A teor das razões, *in verbis*:

(...) a decisão liminar que respaldou o exercício da presidência da Câmara de Madre de Deus e os demais cargos de direção, *data venia*, é flagrantemente teratológica, como exaustivamente demonstrado na inicial do pedido de suspensão de liminar em mandado de segurança, o que afronta a ordem pública, a ordem administrativa e a segurança jurídica.

Não se pretende, nem se pretendia, questionar a legitimidade da eleição da Mesa Diretora da Câmara de Madre de Deus, BA - já se viu que essa matéria foi objeto de ações que tramitam perante a 8ª Vara da Fazenda Pública de Salvador -, mas sim, e tão somente, suspender os efeitos da decisão impugnada, que ofende a ordem administrativa, pela sua flagrante ilegalidade, e atenta contra a ordem pública e a segurança jurídica.

Vários aspectos podem ser ressaltados para conduzir à concessão do pedido formulado pelo agravante, *data venia*, dentre eles: 1) o mandado de segurança impetrado pode ser admitido, nos moldes da Súmula n. 267 do STF, contra ato judicial irrecorrível, o que não corresponde ao caso dos autos, onde é cabível o recurso de apelação; 2) a decisão liminar proferida na madrugada do dia 18.7.2011

apenas poderia alcançar o impetrante, Vereador Anselmo Duarte Ambrozi da Silva, pretense vice-presidente, não os demais membros da sua pretensa chapa; 3) aplicada a tese defendida pela digna Desembargadora Plantonista, com a incidência do art. 47 do CPC, a sentença proferida contra Jeferson Andrade Batista na ação de reintegração de posse não poderia ser alcançada pela decisão liminar questionada, uma vez que ele não é parte no mandado de segurança, não figura como terceiro prejudicado e exerceu a ampla defesa e o contraditório na ação de reintegração de posse.

Não bastasse isso, ao se manifestar sobre o pedido de reconsideração promovido pelo agravante nos autos do *mandamus*, que tramita perante a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, a digna Relatora, para manter a decisão anterior, invocou, de forma equivocada, a Súmula n. 202 desse e. Superior Tribunal de Justiça, desconsiderando o fato de que os efeitos da sentença proferida na ação de reintegração de posse não deveriam ser suspensos em relação a Jeferson Andrade Batista, que foi devidamente citado no processo e exerceu o contraditório e a ampla defesa na ação reintegratória.

De outra parte, ainda que fosse possível sustentar o manejo do mandado de segurança como sucedâneo da apelação, o que se admite para argumentar, a decisão vergastada, com apoio na Súmula n. 202 do Superior Tribunal de Justiça, de um lado salvaguarda o impetrante Anselmo Duarte Ambrozi da Silva, sob o argumento de que este não constou no pólo passivo da ação de reintegração de posse e que, portanto, não poderia ser prejudicado pela sentença, e de outro lado, beneficia o réu da ação de reintegração, Jeferson, que foi devidamente acionado e, inclusive, exerceu o contraditório, a ampla defesa e que não constou no pólo ativo do *writ*.

Sendo assim, ainda que se admitisse a equivocada liminar concedida, os seus efeitos somente deveriam beneficiar o impetrante. Explica-se: a decisão liminar apenas poderia suspender os efeitos da sentença quanto ao impetrante, não em relação aos demais, que não figuraram no pólo ativo do *mandamus*, principalmente em relação a Jeferson, o qual foi devidamente acionado na ação de reintegração de posse.

(...)

A decisão cuja suspensão se requer fere a ordem pública na medida em que, por via transversa, modifica o resultado da eleição realizada para composição da respectiva Mesa Diretora da Câmara Municipal de Madre de Deus, BA, inviabilizando o exercício das funções administrativas pelas autoridades regularmente constituídas. *In casu*, o requerente foi regularmente eleito para ocupar o cargo de Presidente da Casa Legislativa e está suportando a esdrúxula situação de se ver impedido de exercer suas funções e prerrogativas, em razão de decisão liminar, *data maxima venia*, teratológica.

A decisão que se pretende ver suspensa fere frontalmente o ordenamento jurídico e, por conseguinte, a ordem pública, pois, como já visto, a utilização da via estreita do mandado de segurança como sucedâneo da apelação confronta com o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal e acompanhado por toda jurisprudência pátria, principalmente a partir da edição do Verbete n. 267-STF.

Portanto, além da flagrante lesão à ordem pública, a decisão liminar vergastada também vulnera o devido processo legal e a segurança jurídica na medida em que estende seus efeitos aos vereadores que não fizeram parte da relação processual e, o que é pior, suspende os efeitos da sentença da ação possessória também em relação ao vereador Jeferson Andrade, devidamente citado, que, inclusive, exerceu o contraditório, a ampla defesa e que não constou no pólo ativo do *writ* (fl. 169-175).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): A flagrante ilegitimidade da decisão autoriza o presidente do Tribunal a suspender os efeitos de medida liminar em ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes (L. n. 8.437/1992, art. 4º). Desse rol não faz parte o mandado de segurança, que tem regra própria (L. n. 12.016/2009, art. 15). As alegações, portanto, a respeito do não-cabimento do mandado de segurança e da extensão dos efeitos da medida liminar devem ser articuladas na via própria.

Por outro lado, a alegada lesão à ordem pública resultaria da circunstância de que a decisão cujos efeitos se quer suspender impediria “o exercício das funções administrativas pelas autoridades regularmente constituídas”. O reconhecimento do dano, portanto, passa pelo juízo de quem são as autoridades regularmente constituídas para exercer as funções administrativas na Câmara Municipal de Madre de Deus, BA. Entretanto, conforme está dito na decisão agravada, os documentos que instruem o pedido dão conta de sucessivas medidas liminares ora assegurando direitos a uma das facções em que se divide aquela Casa Legislativa, ora garantindo idênticos direitos a outra e, no âmbito do pedido de suspensão, em que não há instrução probatória, e longe dos fatos, não há como firmar um convencimento acerca de quem tem razão, não sendo este de resto o propósito do instituto, que visa resguardar os valores protegidos pela Lei n. 12.016, de 2009 (art. 15).

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.231.838-CE
(2011/0013407-2)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: LEF Linard Engenharia e Fundação Ltda.

Advogados: Marcelo Cama Proença Fernandes

Stelio Dias Magalhães e outro(s)

Agravado: Singer do Nordeste Indústria e Comércio Ltda. e outro

Advogado: Francisco Itaércio Bezerra Filho e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental no recurso extraordinário nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Arts. 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência de fundamentação. Inexistência. Sistemática da repercussão geral. Acórdão recorrido em consonância com julgamento do e. Supremo Tribunal Federal. Art. 543-B, § 3º, do CPC. Recurso extraordinário prejudicado. Aplicação de multa em razão de recurso protelatório. Ausência de repercussão geral. Art. 543-A, § 5º, do CPC. Inadmissibilidade do recurso extraordinário.

I - Nos autos do Agravo de Instrumento n. 791.292-PE, *Pleno*, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, DJe de 12.8.2010, o e. *Supremo Tribunal Federal*, em questão de ordem, com repercussão geral, pronunciou-se sobre a alegada ofensa ao art. 5º, incisos XXXV e LV, e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, ante a arguição de negativa de prestação jurisdicional, por ausência de fundamentação.

II - Naquela oportunidade, a e. Corte Suprema reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”.

III - Ainda no mencionado julgado, o Pretório Excelso destacou que “os Tribunais estão *autorizados* a adotar procedimentos relacionados à repercussão geral, principalmente a retratação das decisões ou a declaração de prejuízo dos recursos extraordinários, sempre que as decisões contrariarem ou confirmarem a jurisprudência ora reafirmada”.

IV - *In casu*, o v. acórdão recorrido está em consonância com o entendimento manifestado pelo e. STF, por ter se feito acompanhar da devida fundamentação. Por conseguinte, em vista do que prescreve o art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, o recurso extraordinário deve ser declarado prejudicado.

V - O e. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do AI n. 752.633-SP (*Pleno*, Rel. Min. *Cezar Peluso*, DJe de 18.12.2009), decidiu que a questão relativa à aplicação de multa em julgamento de embargos de declaração tidos por protelatórios *carece de repercussão geral*, ocasionando, no ponto, o *indeferimento liminar* do recurso extraordinário, a teor do disposto no art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Massami Uyeda.

Convocado o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior para compor quórum.

Brasília (DF), 5 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto por *LEF - Linard Engenharia e Fundação Ltda.* contra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário de fls. 1.118-1.132, e-STJ, pelos seguintes fundamentos:

Inicialmente, no que tange à apontada contrariedade ao art. 93, inciso IX, da CF, verifico que no julgamento do AI-RG-QO n. 791.292, PE, Relator o em. Ministro *Gilmar Mendes*, o e. *Supremo Tribunal Federal* assim decidiu:

Questão de ordem. Agravo de instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. *O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.* 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.

(STF, AI n. 791.292 QO-RG, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, DJe de 13.8.2010).

Na presente hipótese, sustenta a recorrente negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de que “a Corte regional simplesmente ignorou uma parcela substancial do complexo probatório produzido no feito ao fundamento de que seria ele irrelevante ao deslinde da controvérsia” (fl. 1.124, e-STJ).

Aduz, ainda, que o e. Tribunal de origem teria apreciado a lide com base em causa de pedir absolutamente inexistente, pois ao examinar as provas inferiu inexistir responsabilidade contratual das recorridas.

Ocorre, porém, que mediante uma leitura atenta do v. acórdão recorrido, constata-se que o recurso antes interposto sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade (incidência da Súmula n. 7-STJ). Nesses termos, inviável o reconhecimento de qualquer omissão no *decisum* impugnado relativamente às questões meritórias.

Dessa forma, o v. acórdão encontra-se em conformidade com o entendimento esposado pelo e. STF, na medida em que, embora contrário ao interesse da recorrente, está suficientemente motivado, ficando prejudicado, no ponto, o recurso extraordinário, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC.

Nesse sentido, já manifestou-se a e. *Suprema Corte*:

(...)

Quanto a alegada ofensa ao art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV da CF, o apelo extremo também não merece prosperar, uma vez que o e. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do AI n. 752.633-SP (*Pleno*, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18.12.2009), decidiu que a questão relativa à aplicação de multa em julgamento de embargos de declaração tidos por protelatórios *carece de repercussão geral*, ocasionando o indeferimento liminar do recurso extraordinário, a teor do disposto no art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, *nego sequimento* ao recurso extraordinário. (fls. 1.160-1.163, e-STJ).

Nas suas razões, alega a agravante que, quanto à alegada violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, “o ato decisório objeto do recurso extraordinário em verdade não se encontra em conformidade com a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal” (fl. 1.170, e-STJ).

E, quanto ao possível malferimento aos demais dispositivos constitucionais, afirma que “a temática em torno das graves questões constitucionais que emergem da indevida aplicação de multas por embargos supostamente protelatórios (CF, art. 5º, XXXV e LIV) ainda não foi definitivamente assentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal” (fl. 1.172, e-STJ).

Por manter a decisão impugnada, trago o recurso à deliberação desta e. Corte Especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Preliminarmente, cabe esclarecer que a Lei n. 11.418/2006, adaptando-se à reforma constitucional resultante da Emenda n. 45/2004, introduziu novos artigos ao Código de Processo Civil, dos quais se destacam os artigos 543-A e 543-B. Estes dispositivos regulamentaram a *repercussão geral*, novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

In casu, no que diz respeito à alegada contrariedade ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, não há como desconsiderar o quanto já decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 791.292-PE (*Tribunal Pleno*, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 12.8.2010). Naquela oportunidade, o e. Pretório Excelso reafirmou a sua jurisprudência no

sentido de que o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal exige que o “acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”.

Ainda no referido julgado, a e. *Corte Suprema* destacou que “os Tribunais estão autorizados a adotar procedimentos relacionados à repercussão geral, principalmente a retratação das decisões ou a declaração de prejuízo dos recursos extraordinários, sempre que as decisões contrariarem ou confirmarem a jurisprudência ora reafirmada”.

Na presente hipótese, sustenta a recorrente negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de que “a Corte regional simplesmente ignorou uma parcela substancial do complexo probatório produzido no feito ao fundamento de que seria ele irrelevante ao deslinde da controvérsia” (fl. 1.124, e-STJ).

Aduz, ainda, que o e. Tribunal de origem teria apreciado a lide com base em causa de pedir absolutamente inexistente, pois ao examinar as provas inferiu inexistir responsabilidade contratual das recorridas.

Ocorre, porém, que mediante uma leitura atenta do v. acórdão recorrido, constata-se que o recurso antes interposto sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade (incidência da Súmula n. 7-STJ). Nesses termos, inviável o reconhecimento de qualquer omissão no *decisum* impugnado relativamente às questões meritórias.

Dessa forma, o v. acórdão encontra-se em conformidade com o entendimento esposado pelo e. STF, na medida em que, embora contrário ao interesse da recorrente, está suficientemente motivado, ficando prejudicado, quanto a essa questão, o recurso extraordinário, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC.

Ademais, quanto a alegada ofensa ao art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV da CF, o apelo extremo também não merece prosperar, uma vez que o e. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do AI n. 752.633-SP (*Pleno*, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18.12.2009), decidiu que a questão relativa à aplicação de multa em julgamento de embargos de declaração tidos por protelatórios *carece de repercussão geral*, ocasionando, no ponto, o *indeferimento liminar* do recurso extraordinário, a teor do disposto no art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil.

Com essas considerações, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.243.887-PR (2011/0053415-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Banco Banestado S/A
Advogados: Adriana Tozo Marra
Konstantinos Jean Andreopoulos
Anselmo Moreira Gonzalez
Recorrido: Deonísio Rovina
Advogado: Renata Dequech e outro(s)

EMENTA

Direito Processual. Recurso Representativo de Controvérsia (art. 543-C, CPC). Direitos metaindividuais. Ação civil pública. Apadeco X Banestado. Expurgos inflacionários. Execução/liquidação individual. Foro competente. Alcance objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva. Limitação territorial. Impropriedade. Revisão jurisprudencial. Limitação aos associados. Inviabilidade. Ofensa à coisa julgada.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/1997.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

A Corte Especial, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedidos os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Massami Uyeda.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Eliana Calmon, Francisco Falcão e João Otávio de Noronha.

Convocados os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi para compor quórum.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 12.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. A Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - Apadeco, ajuizou ação civil pública em face do Banco Banestado S/A, em abril de 1998, tendo sido o feito (n. 38.765/98) distribuído à 1ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. A sentença, que transitou em julgado em 3.9.2002, julgou procedente o pedido deduzido na inicial para condenar a instituição financeira a pagar aos poupadores do Estado do Paraná, com contas em cadernetas de poupança mantidas junto à ré, as diferenças de correção monetária expurgadas em razão dos planos econômicos, entre junho de 1987 e janeiro de 1989.

Em razão do título executivo aperfeiçoado, Deonísio Rovina ajuizou execução individual na Comarca de Londrina-PR pleiteando a satisfação do que foi decidido na ação coletiva.

O Banco Banestado S/A teve sua impugnação rejeitada (fls. 85-86), decisão contra a qual foi interposto agravo de instrumento.

O agravo foi improvido nos termos da seguinte ementa:

Agravo. Art. 557, § 1º, CPC. Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento por ser manifestamente improcedente. Incompetência absoluta. Inocorrência. Ação civil pública. Execução de título judicial. Foro competente. Aplicação do disposto nos artigos 98, §§ 2º, inciso I, e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade da regra geral do artigo 575, II e 589, ambos do Código de Processo Civil. Artigo 16 da Lei n. 7.347/1985. Desnecessidade de autorização e identificação dos associados. Multa do art. 475-J do CPC. Cabimento. Agravo conhecido e desprovido.

O recurso especial, apoiado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sustenta, além de dissídio, ofensa ao art. 16 da Lei n. 7.347/1985, alterado pela Lei n. 9.494/1997 e arts. 575 e 589 do CPC, relativamente à tese recursal do alcance territorial e pessoal dos efeitos da coisa julgada formada em ação civil pública.

Entende o recorrente que os limites territoriais da sentença proferida em ação civil pública não pode ser todo o território do Estado do Paraná, mas somente o território de competência do órgão prolator da decisão, o que, no caso, é a comarca de Curitiba-PR. Assim, as liquidações/execuções individuais da sentença coletiva devem tramitar necessariamente no foro prolator da sentença liquidanda/exequenda.

Por outro lado, a sentença coletiva somente deve beneficiar os exequentes que comprovem o vínculo associativo com a Apadeco, à época da propositura da ação coletiva.

Aduz a recorrente, ademais, ofensa ao 475-J do CPC, porquanto a multa de 10% sobre o valor da condenação somente deve incidir quando o devedor permanecer inerte ou houver oposição de obstáculos processuais que dificulte a entrega da prestação jurisdicional. No caso, tendo a executada apresentado impugnação ao cumprimento da sentença, mediante oferecimento de bens à penhora, descabe a aplicação da multa do art. 475-J do CPC.

O recurso especial foi admitido (fls. 209-211) e, diante da multiplicidade de feitos que ascendem a esta Corte versando matéria semelhante, afetei o julgamento do recurso, pelo rito do art. 543-C do CPC, a esta colenda Corte Especial.

O Ministério Público Federal, mediante parecer subscrito pela Subprocuradora-Geral da República Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, nos termos a seguir sintetizados:

Recurso especial representativo da controvérsia. Arts. 16 da Lei n. 7.347/1985 e 2º-A da Lei n. 9.494/1997. Eficácia da decisão proferida em ação coletiva. Local da execução. Juízo prolator da decisão. Possibilidade de ampliação territorial para comarcas do domicílio do consumidor no mesmo Estado. Precedentes STJ.

1. “Considerando o princípio da instrumentalidade das formas e do amplo acesso à Justiça, desponta como um consectário natural dessa eficácia territorial a possibilidade de os agravados, consumidores titulares de direitos individuais homogêneos, beneficiários do título executivo havido na Ação Civil Pública, promoverem a liquidação e a execução individual desse título no foro da comarca de seu domicílio. Não há necessidade, pois, que as execuções individuais sejam propostas no Juízo ao qual distribuída a ação coletiva”. Precedentes STJ.

2. Manutenção deste entendimento consolidado para os casos repetitivos.

Multa. Art. 475-J. Parcial provimento. Adequação à jurisprudência do STJ.

3. Parecer pelo conhecimento e parcial provimento do nobre apelo, apenas para adequar a aplicação da multa do art. 475-J do CPC, ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

A Federação Brasileira de Bancos - Febraban, como *amicus curiae*, opina pelo provimento do recurso para que se declare a competência absoluta do juízo que proferiu a sentença da ação civil pública para processar e julgar as liquidações e execuções individuais (fls. 307-898).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. As razões do especial apresentam teses relativas a três questões controvertidas:

a) foro competente para a liquidação/execução individual de sentença proferida em sede de ação civil pública, entendendo o recorrente que essa deva ser proposta no juízo prolator da decisão;

b) alcance subjetivo da sentença proferida na ação civil pública, entendendo o recorrente haver necessidade de cada exequente comprovar ser filiado à associação autora da ação coletiva, bem como o seu domicílio, nos termos do que dispõe o art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997;

c) cabimento da multa prevista no art. 475-J do CPC.

3. Foro competente para a liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública

Saber qual o foro competente para a liquidação/execução individual de sentença coletiva tem sido tema recorrente no âmbito desta Corte Superior, obtendo solução em diversas Turmas, tanto nas de direito privado quanto nas de direito público.

A Quarta Turma, ressalte-se, é o único colegiado que possui precedente dissonante dos firmados pelas demais Turmas, no qual fiquei vencido.

Refiro-me ao REsp n. 1.113.198-PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 18.12.2009.

3.1. Porém, observada a devida *venia*, vincular o foro da liquidação/execução individual ao juízo no qual foi proferida a sentença coletiva, não me parece ser a solução mais consentânea com o sistema do Código de Defesa do Consumidor, o qual, como é de conhecimento cursivo, é também aplicado a ações civis públicas de natureza não consumerista.

Por força do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, é de se considerar, seguramente, que o Capítulo II do Título III do CDC e a Lei das Ações Civis Públicas formam, em conjunto, um microsistema próprio do processo coletivo, seja qual for a sua natureza, consumerista, ambiental ou administrativa.

Daí por que os mecanismos de facilitação de defesa do consumidor têm sido utilizados em ações de outro jaez, como corroboram os seguintes precedentes: REsp n. 972.902-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009; REsp n. 1.049.822-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.4.2009.

No que concerne ao foro competente para a liquidação/execução individual de sentença coletiva, não me impressiona a tese de que o parágrafo único do art. 97 do CDC fora vetado e por isso não se poderia admitir que o consumidor viesse a ajuizar a demanda em seu próprio domicílio, pois significaria a repriminção do dispositivo rechaçado pelo legislador.

O texto aprovado pelo Congresso Nacional era o seguinte:

Parágrafo único - A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão-só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante.

A mensagem do veto contou com os seguintes fundamentos:

Esse dispositivo dissocia, de forma arbitrária, o foro dos processos de conhecimento e de execução, rompendo o princípio da vinculação quanto à

competência entre esses processos, adotado pelo Código de Processo Civil (Art. 575) e defendido pela melhor doutrina. Ao despojar uma das partes da certeza quanto ao foro de execução, tal preceito lesa o princípio de ampla defesa assegurado pela Constituição (Art. 5º, LV).

A bem da verdade, o veto ao parágrafo único do art. 97 não possui o condão, a meu juízo, de alterar a competência para as execuções individuais da sentença coletiva, e não é o único que, se levado ao extremo, causaria a perplexidade sustentada.

Como exemplo, basta mencionar o inciso X do art. 39 do CDC, que previa ser vedado ao fornecedor “praticar outras condutas abusivas”, dispositivo também vetado pelo Executivo, o que poderia sinalizar que as práticas abusivas contidas no art. 39 seriam *numerus clausus*.

As razões do veto foram as seguintes:

O princípio do Estado de Direito (CF. art. 1º) exige que as normas legais sejam formuladas de forma clara e precisa, permitindo que os seus destinatários possam prever e avaliar as conseqüências jurídicas dos seus atos. É, portanto, inconstitucional a consagração de cláusulas imprecisas, sobretudo em dispositivo de natureza penal.

Porém, mesmo tendo sido vetada a fórmula ampliativa do inciso X - “outras cláusulas abusivas” -, são remansosas a doutrina e a jurisprudência que entendem que o art. 39 não lista, de forma exaustiva, mas exemplificativa, as práticas consideradas abusivas, exatamente porque remanesceu - no *caput* - fórmula semelhante, a saber: “dentre outras práticas abusivas”.

Confira-se, nesse sentido, por todos, a doutrina do Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover [et al]. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 374-375).

Tal fato ocorre, fundamentalmente, porque o veto presidencial, mantido pelo Congresso Nacional, revela, quando muito, a vontade do legislador historicamente considerado e congelado no tempo, e a reverência exacerbada e isolada ao veto não possui a virtualidade de alcançar traços da lei de elevada importância, como sua teleologia e dinamicidade, que decorre da realidade social subjacente ao ordenamento em que se insere.

A interpretação baseada exclusivamente em veto presidencial, a par de ser demasiado simplista, nega a ação das diferentes realidades temporalmente

identificadas e a formação de um “círculo hermenêutico”, em que o ordenamento jurídico e a experiência jurídica mutuamente se completam, esclarecem-se e se fecundam, negando-se, também, a interpretação finalística e sistemática da norma.

A filosofia do direito, ainda em lição clássica de Carlos Maximiliano, acusa de forma incisiva o descrédito da hermenêutica que busca a interpretação na investigação da vontade do legislador - *mens legislatoris* - em desprezo ao espírito da lei - *mens legis*.

Nesse sentido:

O aplicador moderno da lei antiga, se acaso se refere à intenção do legislador, obedece a um pendor *misonéista*, age sob o impulso do hábito inveterado, empresta as cores da realidade a uma figura que não vem ao caso, não cogitou do presente, não poderia prever tudo;

[...]

Em resumo: sob qualquer dos seus aspectos, a interpretação é antes sociológica do que individual. Vai caindo em vertiginoso descrédito a doutrina oposta, que se empenha em descobrir e revelar a vontade, a intenção, o pensamento do legislador. Despreza os postulados da Psicologia moderna, reduz, em demasia, o campo da Hermenêutica, assenta antes em ficções do que em verdades demonstráveis, força a pesquisas quase sempre inúteis e, em regra, não atinge a certeza colimada. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 21-25).

Nesse passo, a investigação pura e simples da vontade do legislador - parcialmente alcançada, por exemplo, com a leitura das mensagens de veto ou das exposições de motivos da lei - reduz a hermenêutica a apenas um elemento de interpretação, qual seja o histórico, olvidando-se de primado essencial à lógica jurídica, o de que o texto interpretado possui vida própria que se forma e se transforma constantemente a cada releitura.

Vale dizer, é criação que se desprende de seu criador tão logo veio ao mundo. E, por isso, “o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato da vida de outra pessoa” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p.p. 22).

Na mesma linha, o mestre Vicente Ráo, no seu clássico *O Direito e a vida dos direitos*, malgrado reconheça a importância das declarações legislativas na interpretação da norma - como vetos e exposição de motivos -, aconselha não

tomá-las com exclusividade, sob pena de o intérprete se afastar do real e social conteúdo da norma, bem como das condições sempre atuais de vida que a lei pretende regular.

Confira-se o seu sempre claro magistério:

Em síntese diremos: é da mais alta valia a investigação histórica para esclarecer, com o conteúdo da norma, os seus fins práticos e sociais e, conseqüentemente, o seu sentido jurídico; úteis também são, com caráter igualmente subsidiário e não decisivo, os antecedentes legislativos sobre a elaboração das leis, utilidade esta, que mais particularmente se manifesta quando estes trabalhos encontram expressão no conteúdo das leis; excelentes subsídios proporcionam, por sua vez, as declarações de motivos que aos textos legais se incorporam. Mas, nenhum desses elementos tem a força, por si só, de determinar um resultado único e irrecusável, na prática da interpretação.

E o abuso, bem como a exclusividade de uso do processo histórico, sob qualquer de suas modalidades, só pode causar más conseqüências, por afastar o intérprete do conteúdo real e social da norma, que lhe cumpre apurar, bem como de seu destino, que visa regular as condições atuais e sociais da vida individual e da vida coletiva. (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 (RT Clássicos), p. 523-524).

3.2. Precisamente no que concerne às técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor, deve-se levar em conta o art. 4º daquele diploma, o qual contém uma espécie de lente pela qual devem ser examinados os demais dispositivos, notadamente por estabelecer os *objetivos* da política nacional das relações de consumo - dos quais se destaca “o atendimento das necessidades dos consumidores” -, e *princípios* que devem ser respeitados - dos quais se eleva, em primazia, o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor”.

Com efeito, não pode ser aceita interpretação que contradiga essas diretrizes, destacadas no Código e alçadas a “objetivos” e “princípios” da política de proteção ao consumidor, sob pena de incongruência lógica com a própria razão de ser desse diploma, ou seja, sob pena de a norma que veio, por imposição constitucional, facilitar a defesa do consumidor, está a embaraçar o acesso do consumidor à jurisdição.

Nesse sentido é o escólio de Eros Roberto Graus acerca da interpretação do Código de Defesa do Consumidor:

[...] eu diria que o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor é uma norma-objeto, porque define os fins da política nacional das relações de consumo, quer dizer, ela define resultados a serem alcançados. Todas as normas de conduta e todas as normas de organização, que são as demais normas que compõem

o Código do Consumidor, instrumentam a realização desses objetivos, com base nos princípios enunciados no próprio art. 4º. Para que existem, por que existem essas normas? Para instrumentar a realização dos fins definidos no art. 4º. Assim, todas as normas de organização e conduta contidas no Código do Consumidor, devem ser interpretadas teleologicamente, finalisticamente, não por opção do intérprete, mas porque essa é uma imposição do próprio Código. O que significa isso? Sabemos que a interpretação não é uma ciência, é uma prudência. Nela chegamos a mais de uma solução correta, tendo de fazer uma opção por uma delas. A circunstância de existirem normas-objeto que determinam a interpretação de normas de organização e de conduta estreita terrivelmente a possibilidade dessa opção, porque a única interpretação correta é aquela que seja adequada à instrumentação da realização dos fins, no caso, os fins estipulados no art. 4º do CDC. (GRAU, Eros Roberto. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais, v. I), p. 165-166).

3.3. Assim, levando-se em conta os princípios norteadores para correta interpretação do Código em comento, sobretudo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, princípio esse que conduz ao subprincípio da facilitação de sua defesa em juízo, causa perplexidade determinar que o consumidor deva, necessariamente, deslocar-se ao juízo onde foi proferida a sentença coletiva, para só então promover a liquidação/execução individual.

Se o consumidor pretendesse ajuizar individualmente a ação de conhecimento, poderia fazê-lo em seu próprio domicílio, cuja execução também poderia nesse foro tramitar (art. 101, inciso I, e art. 98, § 2º, inciso I, do CDC).

O entendimento baseado exclusivamente no veto presidencial ao art. 97, parágrafo único, CDC, retira do consumidor esse benefício nos casos de execução individual de sentença coletiva.

Ou seja, o benfazejo instrumento da ação civil pública, que deve facilitar o acesso do consumidor à justiça, acabaria por dificultar ou mesmo inviabilizar por completo a defesa do consumidor em juízo, circunstância que, por si, desaconselha tal interpretação.

Ademais, caso todas as execuções individuais de ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores, ações essas que comportam, por vezes, milhares de consumidores prejudicados, tivessem de ser propostas no mesmo juízo em que proferida a sentença transitada em julgado, inviabilizar-se-ia o trabalho desse foro, com manifesto prejuízo à administração da justiça.

3.4. Com efeito, deve-se franquear ao consumidor o foro do seu próprio domicílio para o ajuizamento da liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública.

De fato, muito embora tenha sido vetado o parágrafo único do art. 97, permanece hígido o art. 98, o qual possui a seguinte redação:

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.3.1995).

§ 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.

§ 2º É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Ora, o só fato de o § 2º prever que é competente para a execução o juízo *ou da liquidação ou da ação condenatória* revela, seguramente, que o juízo da liquidação pode ser diverso do juízo da ação condenatória. O dispositivo perderia totalmente o sentido caso a liquidação de sentença devesse ser pleiteada, necessariamente, no juízo da condenação.

É claro, pois, que a melhor técnica interpretativa sugere que a lei não possui palavras inúteis.

Com efeito, havendo possibilidade de a liquidação tramitar em foro diverso da ação condenatória, não há dúvida de que esse foro diferente pode também ser o do domicílio do consumidor, levando-se em conta a existência dessa faculdade para a ação individual de conhecimento (art. 101, inciso I), bem como os princípios do próprio Código, dentre os quais se destacam o reconhecimento da vulnerabilidade (art. 4º), a garantia de facilitação de sua defesa em juízo e de acesso aos órgãos judiciários (art. 6º, incisos VII e VIII, do CDC).

Revela-se extreme de dúvidas que o dispositivo engendrou dois sistemas diversos de execução de sentença coletiva, um para o caso de execução individual, outro para o caso de execução também coletiva.

No caso de execução individual da sentença coletiva, levando-se em conta a vulnerabilidade do consumidor, há mais de um foro competente, inclusive o de

seu próprio domicílio, ao passo que no caso de execução coletiva, há somente o foro da sentença condenatória.

Confira-se, nesse sentido, a doutrina de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

O § 2º do art. 98 difere a execução coletiva da individual em matéria de competência para a execução. Em relação à execução individual, prevê a competência do juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória. Trata-se de regra que deve ser interpretada, como, de resto, todo o Código, em benefício do consumidor-exequente, de modo a atender seu direito básico de facilitação de acesso à justiça (art. 6º, VIII). Assim, parece-nos que, ao mencionar os dois, o CDC determina uma faculdade ao exequente, criando norma especial em matéria processual, a qual tem preferência em relação à regra geral do art. 575, II, do CPC. Trata-se de interpretação que contempla, mais uma vez, a razão de ser do CDC em matéria de ações coletivas, que é a de oferecer uma adequada tutela ao direito de grandes contingentes de consumidores lesados em razão de uma mesma conduta ilícita do consumidor. Admitir-se a prevalência da vinculação entre o juízo competente para o processo de conhecimento e para a execução seria desnaturar a essência das ações coletivas, permitindo situações esdrúxulas como a de um consumidor lesado que tenha domicílio em Manaus, que, para ter seu direito admitido, deveria interpor a respectiva execução em Porto Alegre, na hipótese de nesta cidade ter sido interposta a ação de conhecimento.

Esta situação foi criada, é verdade, pelo veto presidencial oferecido ao art. 97, parágrafo único do Código, que permitia a dissociação entre o juízo do processo de conhecimento e o da liquidação de sentença. Tivesse prevalecido a redação aprovada no Congresso Nacional, as duas possibilidades de foro competente para a execução estariam evidenciadas: o fora da ação de conhecimento ou o da liquidação, podendo este ser distinto a critério do consumidor. Com o veto ao art. 97, é preciso interpretar o art. 98 em conformidade com o espírito do CDC, que, como insistimos repetidas vezes, tem por idéia forçar a promoção do direito de acesso do consumidor à justiça. Assim, ao permitir ambos, e considerando que, em matéria de ação coletiva, a habilitação do consumidor equivale, em termos práticos, ao exercício da pretensão, nada mais correto do que interpretar-se este artigo em conformidade com o disposto no artigo, 101, I, do CDC, que admite o foro da ação individual no domicílio do consumidor. Trata-se não apenas de uma interpretação útil, mas coerente e sistemática das disposições do Código em matéria de competência. Se, nas ações individuais, admite-se expressamente, a regra do domicílio como foro competente, com igual ou maior razão deve-se admitir também para a liquidação das ações coletivas, sob pena de o consumidor, como mencionamos, ser obrigado a promover liquidação em foro completamente estranho a qualquer dos elementos de fato envolvidos na relação jurídica determinada pela conduta ilícita do fornecedor, e reconhecida pela

sentença em liquidação". (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 1.096-1.097).

Ada Pellegrini Grinover corrobora tal entendimento:

E se execução for individual? O inc. I do § 2º do dispositivo ligava-se aos dispositivo do parágrafo único do art. 97, que foi vetado. Este determinava que o foro competente para a liquidação da sentença poderia ser o do domicílio do liquidante, daí derivando a regra ora *sub examine*, no sentido de o juízo competente poder, correlatamente, ser o da liquidação da sentença ou da ação condenatória.

O fato é que, mesmo vetado o parágrafo único do art. 97, o inc. I, do § 2º do art. 98 permanece íntegro. A lei não pode conter disposições inúteis. É preciso dar conteúdo ao dispositivo em tela e a única interpretação capaz de fazê-lo parece ser aquela que, reportando-se ao disposto no art. 101, inc. I, e aplicando-o por analogia, extrai do sistema a regra de competência de foro do domicílio do liquidante, ora vetada. (GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004. p. 891).

3.5. A jurisprudência deste Sodalício também sufraga tal entendimento:

Recurso especial. Conflito de competência negativo. Execução individual de sentença proferida no julgamento de ação coletiva. Foro do domicílio do consumidor. Inexistência de prevenção do juízo que examinou o mérito da ação coletiva. Teleologia dos arts. 98, § 2º, II e 101, I, do CDC.

1. A execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral dos arts. 475-A e 575, II, do CPC, pois inexistente interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial.

2. A analogia com o art. 101, I, do CDC e a integração desta regra com a contida no art. 98, § 2º, I, do mesmo diploma legal garantem ao consumidor a prerrogativa processual do ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva no foro de seu domicílio.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.098.242-GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21.10.2010, DJe 28.10.2010).

Recurso especial. Art. 105, inciso III, alínea c, da CF. Cotejo analítico. Circunstâncias fáticas. Inexistência. Execução.

Competência. Domicílio do autor. Possibilidade.

1. Não se conhece do recurso especial, interposto com base no art. 105, inciso III, alínea c, da CF, quando o recorrente limita-se a transcrever ementas de julgados, enfatizando trechos e argumentos que se alinham ao pleito recursal, sem providenciar, porém, o necessário cotejo analítico, a fim de demonstrar a similitude fática entre os casos decididos, na forma dos artigos 541, parágrafo único, do CPC, e 255, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Precedentes.

2. Os artigos 98, inciso I, e 101, inciso I, ambos do Código de Defesa do Consumidor, permitem que a liquidação e execução de sentença coletiva sejam feitas no domicílio do autor.

3. Não se pode obrigar os beneficiários de sentença coletiva a liquidá-la e executá-la no foro em que a ação coletiva fora processada e julgada, sob pena de inviabilizar a tutela dos seus direitos.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp n. 1.122.292-GO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 21.9.2010, DJe 4.10.2010).

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Servidor público federal. Ação coletiva. Execução individual no domicílio do autor. Foro diverso do foro do processo de conhecimento. Possibilidade. Incidência das Leis n. 8.078/1990 e n. 7.347/1985. Conflito conhecido. Competência da Justiça Federal do Estado do Amazonas.

1. As ações coletivas *lato sensu* – ação civil pública ou ação coletiva ordinária – visam proteger o interesse público e buscar a realização dos objetivos da sociedade, tendo, como elementos essenciais de sua formação, o acesso à Justiça e a economia processual e, em segundo plano, mas não de somenos importância, a redução dos custos, a uniformização dos julgados e a segurança jurídica.

2. A sentença coletiva (condenação genérica, art. 95 do CDC), ao revés da sentença que é exarada em uma demanda individualizada de interesses (liquidez e certeza, art. 460 do CPC), unicamente determina que as vítimas de certo fato sejam indenizadas pelo seu agente, devendo, porém, ser ajuizadas demandas individuais a fim de se comprovar que realmente é vítima, que sofreu prejuízo e qual o seu valor.

3. O art. 98, I, do CDC permitiu expressamente que a liquidação e execução de sentença sejam feitas no domicílio do autor, em perfeita sintonia com o disposto no art. 101, I, do mesmo Código, que tem como objetivo garantir o acesso à Justiça.

4. Não se pode determinar que os beneficiários de sentença coletiva sejam obrigados a liquidá-la e executá-la no foro em que a ação coletiva fora processada

e julgada, sob pena de lhes inviabilizar a tutela dos direitos individuais, bem como congestionar o órgão jurisdicional.

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas-AM, o suscitado.

(CC n. 96.682-RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 10.2.2010, DJe 23.3.2010).

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Processo Civil. Ação civil pública. Execução. Competência. Foro que prolatou a sentença exequenda. Inexistência de obrigatoriedade. Escolha do foro do consumidor. Possibilidade. Princípios da instrumentalidade das formas e do amplo acesso à justiça.

1. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico de que a sentença proferida em ação civil pública (ACP) faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão julgador que a prolatou (art. 16 da Lei n. 7.347/1985, na redação dada pela Lei n. 9.494/1997).

2. A sentença proferida na ação civil pública proposta pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor (Apadeco) contra o *Banco do Brasil S/A* teve seus efeitos estendidos, pelo Tribunal Estadual, a todos os poupadores do Estado do Paraná que mantiveram contas de poupança iniciadas ou renovadas até 15.6.1987 e 15.1.1989.

3. A Terceira Turma deste Sodalício, levando em consideração os efeitos da sentença proferida na aludida ação, bem como aplicando os princípios da instrumentalidade das formas e do amplo acesso à Justiça, passou a entender não haver obrigatoriedade das execuções individuais serem propostas no mesmo Juízo ao qual distribuída a demanda coletiva, podendo o consumidor fazer uso do foro da comarca de seu domicílio.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 633.994-PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 8.6.2010, DJe 24.6.2010).

Ação civil pública. Apadeco. Eficácia territorial da sentença. Execuções individuais do título. Juízo competente.

I - A orientação fixada pela jurisprudência sobranceira desta Corte é no sentido de que a decisão proferida no julgamento de Ação Civil Pública faz coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão que a prolatou.

II - Dessa forma, se o órgão prolator da decisão é o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cumpre concluir que o acórdão tem eficácia em toda a extensão territorial daquela unidade da federação. Por outro lado, a eficácia subjetiva do aresto, estendeu-se à todos os poupadores do Estado que mantinham contas de poupança junto ao réu.

III - Considerando o princípio da instrumentalidade das formas e do amplo acesso à Justiça, desponta como um consectário natural dessa eficácia territorial a possibilidade de os agravados, consumidores titulares de direitos individuais homogêneos, beneficiários do título executivo havido na Ação Civil Pública, promoverem a liquidação e a execução individual desse título no foro da comarca de seu domicílio. Não há necessidade, pois, que as execuções individuais sejam propostas no Juízo ao qual distribuída a ação coletiva.

IV- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 755.429-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 18.12.2009).

Finalmente, é importante ressaltar que a Lei n. 11.323/2005, que acrescentou o art. 475-P ao CPC, no desiderato de facilitação e incremento de efetividade do processo de execução, franqueou ao vencedor optar, para o pedido de cumprimento de sentença, “pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado” (art. 475-P, parágrafo único, do CPC).

3.6. Com efeito, como ocorreu no caso dos autos, pode o consumidor ajuizar a liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública no foro do seu próprio domicílio, e não se há falar em limites territoriais da coisa julgada, como argumenta o recorrente.

Aduz o recorrente, nesse ponto, que o alcance territorial da coisa julgada se limita à comarca na qual tramitou a ação coletiva, mercê do art. 16 da Lei das Ações Cíveis Públicas (Lei n. 7.347/1985), *verbis*:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Tal interpretação, uma vez mais, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC). Assim, a prosperar a tese do recorrente, o efeito *erga omnes* próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão.

A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os

mais apressados, no sentido de que os “efeitos” ou a “eficácia” da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é “efeito” ou “eficácia” da sentença, mas *qualidade* que a ela se agrega de modo a torná-la “imutável e indiscutível”.

É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os “limites da lide e das questões decididas” (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*.

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela Justiça Estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.

A questão principal, portanto, é de alcance objetivo (“o que” se decidiu) e subjetivo (em relação “a quem” se decidiu), mas não de competência territorial.

Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado.

Nesse sentido é o magistério de Rodolfo de Camargo Macuso, alinhando-se às ácidas críticas de Nelson Nery e José Marcelo Menezes Vigilar:

Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STF [agora STJ]. Assim, as partes entre as quais foi dada a sentença estrangeira são atingidas por seus efeitos onde quer que estejam no planeta Terra. Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito.

Com efeito, o problema atinente a saber *quais pessoas* ficam atingidas pela *imutabilidade* do comando judicial insere-se na rubrica dos *limites subjetivos* desse instituto processual dito “coisa julgada”, e não sob a óptica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 322-323).

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual “a eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do Tribunal competente para julgar o recurso ordinário” (REsp n. 293.407-SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp n. 293.407-SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide.

Caso contrário, “esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial *em sua dimensão coletiva*, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* p. 325), “*atomizando*” as lides na contramão do moderno processo de “*molecularização*” das demanas.

Com efeito, como se disse anteriormente, por força do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, o Capítulo II do Título III do CDC e a Lei das Ações Cíveis Públicas formam, em conjunto, um microssistema próprio do processo coletivo, seja qual for a sua natureza, consumerista, ambiental ou administrativa.

Assim, com o propósito também de contornar a impropriedade técnico-processual cometida pelo art. 16 da LACP, a questão relativa ao alcance da sentença proferida em ações coletivas deve ser equacionada de modo a harmonizar os vários dispositivos aplicáveis ao tema.

Nessa linha, o alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor acerca da extensão do dano e da qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.

O norte, portanto, deve ser o que dispõem os arts. 93 e 103 do CDC, *verbis*:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Portanto, se o dano é de escala local, regional ou nacional, o juízo competente para proferir sentença, certamente, sob pena de ser inócuo o provimento, lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os beneficiários do comando, independentemente de limitação territorial.

Esse também é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

De início, os Tribunais não perceberam o verdadeiro alcance da coisa julgada *erga omnes*, limitando os efeitos da sentença e das liminares segundo critérios de competência. Logo afirmamos não fazer sentido, por exemplo, que ações em defesa dos interesses individuais homogêneos dos pensionistas e aposentados da Previdência Social ao recebimento da diferença de 147% fossem ajuizadas

nas capitais dos diversos Estados, a pretexto dos limites territoriais dos diversos órgãos da Justiça Federal. O problema não é de competência: o juiz federal, competente para processar e julgar a causa, emite um provimento (cautelar ou definitivo) que tem eficácia *erga omnes*, abrangendo todos os aposentados e pensionistas do Brasil. Ou a demanda é coletiva, ou não o é; ou a coisa julgada é *erga omnes*, ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá uma clara relação de litispendência entre as várias ações julgadas nos diversos Estados da Federação.

Por isso, sustentamos que a limitação operada por certos julgados afronta o art. 103, CDC, e despreza a orientação fornecida pelo art. 91, II, por onde se vê que a causa que verse sobre a reparação de danos de âmbito nacional ou regional deve ser proposta no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal, servindo, evidentemente, a decisão para todo o território nacional. Esse dispositivo aplica-se aos demais casos de interesses que alcancem grupos e categorias de indivíduos, mais ou menos determináveis, espalhados pelo território nacional. (GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 942).

Embora estacionada a jurisprudência em sentido contrário, houve precedentes a sufragar o entendimento ora proposto, o qual se retoma nesta oportunidade:

Processo Civil e Direito do Consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cardenetas de poupança.

Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido.

- A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.

- A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

- O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contem, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva

para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 411.529-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.6.2008, DJe 5.8.2008).

Processual Civil. Ação civil pública. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Possibilidade. Efeitos.

[...]

3. O efeito *erga omnes* da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 557.646-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.4.2004, DJ 30.6.2004, p. 314).

Finalmente, embora haja doutrina e precedentes que, para contornar o art. 16 da LACP, aduzam que o dispositivo somente possui operância quando se tratar de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, sendo inaplicável a direitos individuais homogêneos, o fato é que - para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito - é que está a maior dificuldade de aplicação da norma, porquanto supõem, por definição, titulares indeterminados ou indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, sendo imprópria a cisão dos efeitos da sentença em razão de alegada limitação territorial.

Esse é, por exemplo, o magistério de Teori Albino Zavascki, citado por Mancuso, para quem, no caso de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*:

[...] não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada. Observe-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no pólo ativo, é única e incindível (indivisível). Como tal, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente (circunstância do mundo físico) o juízo de certeza sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser de relação jurídica (que é fenômeno do mundo dos pensamentos). (*Apud*. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 320).

Enfim, por todos esses motivos, a tese recursal não pode ser acolhida para limitar o foro em que tramitará o cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública.

4. Alcance subjetivo da sentença proferida em ação civil pública (art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997)

Pretende o recorrente a aplicação do art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997 às execuções individuais de sentença proferida na ação civil pública ajuizada pela Apadeco, em *abril de 1998*, relativa às diferenças de correção em saldos de cadernetas de poupança, entre junho de 1987 e janeiro de 1989.

O dispositivo citado possui a seguinte redação:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001).

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001).

Cumprе ressaltar, primeiramente, que o mencionado artigo foi acrescentado à Lei n. 9.494/1997 por força da Medida Provisória n. 1.798-1, de *11 de fevereiro de 1999*, e que, somente depois de inúmeras outras medidas provisórias, o texto foi definitivamente consolidado pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001.

A limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei n. 9.494/1997, de que a sentença proferida “abrangerá apenas os substituídos que tenham, *na data da propositura da ação*, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”, evidentemente não pode ser aplicada aos casos em que a ação coletiva foi ajuizada antes da entrada em vigor do mencionado dispositivo, sob pena de perda retroativa do direito de ação das associações.

A jurisprudência, nesse sentido, é unânime:

Administrativo e Processual Civil. Ação rescisória. Incompetência do juízo prolator do acórdão rescindendo. Matéria analisada sob o prisma constitucional.

Limitação dos efeitos do acórdão rescindendo. Inviabilidade. Reajuste de 28,86%. Base de cálculo. Incidência sobre a RAV – Retribuição Adicional Variável. Possibilidade. Multa do art. 488, inciso II, do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade à Fazenda Pública.

[...]

2. As regras relativas à fixação da competência firmam-se na data do ajuizamento da demanda. No caso, é inaplicável o disposto no art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001, que limita os efeitos da decisão rescindenda, na medida em que a ação de conhecimento, cujo acórdão ora se busca rescindir, foi ajuizada antes de sua vigência.

[...]

(REsp n. 663.116-AL, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26.2.2008, DJe 24.3.2008).

Processo Civil. Ação coletiva. Exigências impostas pela Medida Provisória n. 1.781/1999 que alterou a Lei n. 9.494/1997. Ação ajuizada anteriormente. Irretroatividade. Precedentes.

As novas exigências impostas pela Medida Provisória n. 1.781/1999, que alterou a redação da Lei n. 9.494/1997, não podem retroagir para alcançar ação ajuizada antes de sua vigência. As normas processuais têm efeitos imediatos, mas não retroativos. Precedentes.

Recurso desprovido.

(REsp n. 537.620-PB, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26.10.2004, DJ 29.11.2004, p. 371).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor público. Associação. Legitimidade ativa como substituta processual. Possibilidade.

As associações possuem legitimidade para defender em juízo os direitos da categoria, quer nas ações ordinárias, quer nas coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual, sendo exigida a ata da assembleia geral e o rol de substituídos somente após a vigência da MP n. 2.180-35/01, que alterou a Lei n. 9.494/1997. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.153.499-GO, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27.10.2009, DJe 14.12.2009).

Por outro lado, na sentença proferida na ação civil pública ajuizada pela Apadeco, que condenara o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, não houve limitação subjetiva quanto aos associados, tampouco quanto aos domiciliados na Comarca de Curitiba-PR.

No caso dos autos, está-se a executar uma sentença que não limitou o seu alcance aos associados, mas irradiou seus efeitos a todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná.

Após o trânsito em julgado, descabe a alteração do seu alcance em sede de execução, sob pena de vulneração da coisa julgada.

Em situação semelhante, a eminente Ministra Nancy Andrighi sustentou entendimento idêntico:

A Lei n. 9.494/1997 disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Pelo seu art. 2º, dá nova redação ao art. 16 da Lei n. 7.347/1985, determinando que a sentença civil proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, salvo se o pedido for julgado improcedente.

E, pelo art. 2º-A, determina que *“a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data de propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”*.

Já o seu parágrafo único dispõe que, *“nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a data da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”*.

O TRF - 4ª Região, ao se pronunciar sobre a aplicação desses dispositivos legais ao caso concreto, assim se manifestou:

Com o advento da MP n. 1.798-1, inserida no mundo jurídico em 11 de fevereiro de 1999 e sucessivamente reeditada até a atual MP n. 2.102-32, de 21.6.2001, foi alterada a redação da Lei n. 9.494/1997, nos seguintes termos:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos de seus associados, abrangerá somente os substituídos que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente ser instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos seus respectivos endereços.

Entendo que o objetivo da decisão judicial, ora em debate, foi justamente, ante a existência de direitos individuais homogêneos, em um único feito, decidir a questão de forma justa, observando a equidade em julgar.

A ação civil pública em questão foi proposta perante a 5.ª Vara em 17.3.2000, ou seja, antes do surgimento da MP que limitou a representação processual das entidades associativas aos seus associados. Como se depreende do trecho a seguir transcrito, a sentença exequenda foi expressa ao beneficiar a todos os poupadores do Estado do Paraná e não limitou os efeitos da coisa julgada aos associados da Apadeco, verbis:

(...) a pagar aos *poupadores do Estado do Paraná*, nas contas de caderneta de poupança mantidas junto à ré, iniciadas ou renovadas até 15.6.1987 e 15.1.1989, o valor da diferença apurada entre o que foi efetivamente creditado em suas contas nos meses referidos com o que deveria ter sido pago de acordo com o IPC apurado no período - em junho/1987 e 42,72% em janeiro/1989 - (...) (grifei).

Interposta apelação, pela CEF, da decisão na ação de conhecimento, o acórdão proferido por este Regional foi improcedente e não houve interposição de recurso para instância superior que questionasse tal limitação. Assim, resta sem sentido, a polêmica trazida nesta ação de execução.

Conclui-se, pois, que no caso dos autos, outra não poderia ser a solução, haja vista que a inovação legislativa não tem o poder de dissolver a coisa julgada.

Inicialmente, há de se reconhecer que a sentença proferida na ação civil pública em questão estendeu os seus efeitos a todos os poupadores do Estado do Paraná que mantiveram junto à recorrente contas de caderneta de poupança iniciadas ou renovadas até 15.6.1987 e 15.1.1989, e não somente aos associados da Apadeco.

Dessa forma, para se evidenciar a legitimidade ativa do recorrido para a causa, basta que ele demonstre possuir domicílio nos limites da competência territorial do TRF-4ª Região, órgão que confirmou a sentença em segundo grau de jurisdição (art. 16 da Lei n. 7.347/1985), e também comprove ser titular de conta de poupança junto à recorrente em qualquer dos períodos aludidos.

Porquanto o art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997 limita os efeitos da coisa julgada aos associados somente quando a ação é proposta exclusivamente no interesse deles, é de se concluir que não se aplica à situação em exame, de modo que a todos os poupadores beneficiados com a sentença proferida, entre esses o recorrido, devem ser estendidos os efeitos da coisa julgada.

Ademais, há de se consignar que nas ações coletivas propostas por entidades associativas, o parágrafo único do art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997 só exige a apresentação da relação nominal e de endereços dos associados quando a ação

é proposta contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, por se tratar a recorrente de empresa pública, os efeitos do referido dispositivo legal a ela não se estendem.

Conclui-se, pois, pela inexistência de violação dos arts. 2º e 2º-A da Lei n. 9.494/1997.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Processual. Recurso especial. Ação de execução. Título executivo judicial. Sentença proferida em ação civil pública contra empresa pública, favoravelmente aos poupadores do Estado. Extensão da coisa julgada. Comprovação da legitimidade ativa do credor. Demonstração de vínculo associativo. Apresentação de relação nominal e de endereço dos associados. Desnecessidade.

- Porquanto a sentença proferida na ação civil pública estendeu os seus efeitos a todos os poupadores do Estado do Paraná que mantiveram contas de caderneta de poupança iniciadas ou renovadas até 15.6.1987 e 15.1.1989, a eles devem ser estendidos os efeitos da coisa julgada, e não somente aos poupadores vinculados à associação proponente da ação.

- Para a comprovação da legitimidade ativa de credor-poupador que propõe ação de execução com lastro no título executivo judicial exarado na ação civil pública, despidiendase se mostra a comprovação de vínculo com a associação proponente da ação ou a apresentação de relação nominal e de endereço dos associados.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 651.037-PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5.8.2004, DJ 13.9.2004, p. 241).

Com efeito, acolhendo as ponderações da maioria da Corte Especial, incorporo como razões do voto as conclusões do eminente Ministro Teori Zavascki: “havendo sentença, na ação civil pública coletiva proposta pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - Apadeco, afirmando que sua eficácia subjetiva abrange a todos os poupadores em cadernetas de poupança do Estado do Paraná, é absolutamente impertinente, em fase de liquidação e execução, qualquer novo questionamento a respeito, já que, tendo transitado em julgado, a referida sentença se tornou *imutável e indiscutível* (CPC, art. 467)”.

5. Incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC

No ponto, cuida-se de saber se a simples nomeação de bens à penhora pelo executado afasta a incidência da multa do art. 475-J do CPC.

Contudo, muito embora relevante a questão ora apresentada, a tese recursal de descabimento da multa, no particular, não foi objeto de deliberação pelo acórdão recorrido, circunstância que faz incidir a Súmula n. 282 e n. 356 do STF.

Aliás, a decisão monocrática do eminente Desembargador Relator, que negou seguimento ao agravo, é textual:

Preliminarmente, deixo de conhecer do pedido de afastamento da multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil, pois, ao nos atermos aos autos de execução de sentença, constata-se que não houve, por parte do d. juiz "a quo", a análise da incidência ou não da referida multa.

Denota-se, pois, que o agravante incorreu em flagrante inovação recursal quanto à matéria ora levantada, não podendo ser conhecido o recurso de agravo de instrumento nestes pontos, já que a apreciação de matéria não discutida perante o juiz singular implica em supressão de instância. (fl. 99).

Não se conhece do recurso especial no particular.

6. Conclusões

Com suporte na fundamentação ora apresentada, para efeitos do art. 543-C do CPC, encaminho as seguintes teses:

1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei n. 9.494/1997.

7. Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e nego-lhe provimento.

É como voto.

VOTO

Ementa: Processo Civil. Ação de cumprimento de sentença genérica proferida em ação coletiva movida pela Apadeco. Âmbito de eficácia executiva da sentença exequenda: coisa julgada. Competência de foro. Aplicação do regime geral.

1. Havendo sentença, na ação civil coletiva proposta pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - Apadeco, afirmando que sua eficácia subjetiva abrange a todos os poupadores em cadernetas de poupança do Estado do Paraná, é absolutamente impertinente, em fase de liquidação e execução, qualquer novo questionamento a respeito, já que, tendo transitado em julgado, a referida sentença se tornou “*imutável e indiscutível*” (CPC, art. 467).

2. A competência para a ação individual de cumprimento (“liquidação e execução” - art. 98, § 2º, I da Lei n. 8.078/1990) de sentença genérica proferida em ação coletiva é determinada pelas regras gerais do CPC, mais especificamente no seu Livro I, Título IV, como ocorre com a liquidação e execução da sentença penal condenatória, da sentença estrangeira, da sentença arbitral (CPC, art. 475-P, III) e dos títulos executivos extrajudiciais.

3. Recurso parcialmente conhecido e improvido, acompanhando, nas conclusões, o voto do Ministro relator.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Cuidam os autos originariamente de execução individual de sentença proposta por Deonísio Rovina na Comarca de Londrina-PR. Segundo a petição inicial dessa execução (fls. 30-33), a Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - Apadeco ajuizou “ação civil pública” n. 38.765/1998, em face do Banco Banestado S/A, que foi processada perante a 1ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, dela resultando a condenação da referida instituição financeira ao pagamento, aos titulares de contas-poupança do Estado do Paraná, das diferenças de correção monetária expurgadas em razão dos planos econômicos relativos a junho de 1987 e janeiro de 1989. Assim, com base nessa sentença, promoveu a execução, juntando memória de cálculo do valor que considerou devido. A execução foi proposta na Comarca de Londrina-PR, onde o exequente é domiciliado.

O Banco Banestado S/A apresentou impugnação à execução (fls. 62-76), que foi rejeitada em 1ª instância (fls. 85-86). Irresignado, o executado interpôs

agravo de instrumento (fls. 02-21), alegando, em síntese, que (a) a decisão emanada da ação civil pública produz efeitos somente nos limites da Comarca de Curitiba, que delimita a competência territorial do juízo de origem, sendo o exequente, por isso mesmo, parte ilegítima para figurar no polo ativo da ação executiva, já que não é poupador naquela Comarca; (b) o exequente não demonstrou possuir vínculos com a Apadeco, não podendo se beneficiar da sentença proferida na Ação Civil Pública; (c) é inaplicável ao caso a multa prevista no art. 475-J do CPC; (c) há excesso de execução, tendo em vista o índice de juros moratórios aplicado.

Em decisão monocrática (fls. 98-111), negou provimento ao recurso. Dessa decisão, houve a interposição de agravo regimental, o qual foi negado provimento, sob os seguintes fundamentos: (a) a sentença proferida na ação civil pública beneficia todos os detentores de caderneta de poupança do Estado, sem necessidade de comprovação de vínculo associativo com a Apadeco por parte do poupador (fls. 143-147); (b) “(...) os juros têm por termo inicial de contagem a citação do agravante para a ação de conhecimento, e não possui previsão legal a interpretação de que sejam limitados a 1 % ao ano” (fl. 148); (c) aplica-se à hipótese a disciplina prevista nos arts. 475-B e 475-J do CPC, já que a execução foi proposta quando vigente a Lei n. 11.232/2005.

No recurso especial, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos seguintes dispositivos: (a) arts. 575 e 589 do CPC, pois “(...) sendo a execução definitiva, esta deveria ser processada nos autos principais da causa, na mesma vara em que tramitou, ou seja, junto ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública, Falência e Concordata da Comarca de Curitiba” (fl. 162); (b) arts. 16 da Lei n. 7.347/1985, na medida em que os efeitos da sentença proferida devem se restringir aos limites de competência do órgão prolator - no caso, comarca de Curitiba-PR; (c) art. 475-J do CPC, na medida em que é descabida a aplicação multa quando a execução foi garantida por penhora dentro do prazo legal. Indica, ainda, dissídio jurisprudencial, sustentando a inaplicabilidade do CDC à hipótese, pois os contratos de caderneta de poupança foram celebrados antes da Lei Consumerista.

O recurso especial foi admitido (fls. 209-211) e submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC (fls. 222-223). Houve parecer do Ministério Público Federal, no qual opina pelo conhecimento e parcial provimento do recurso (fls. 294-300). Manifestaram-se a Federação Brasileira de Bancos - Febraban (fls. 307-898) e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

- Idec (fls. 911-914), ambos enfocando, com opiniões opostas, a questão da competência de foro.

O relator, Ministro Luis Felipe Salomão, votou no sentido de, preliminarmente, conhecer parcialmente do recurso especial, já que a discussão a respeito da aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC não está prequestionada; e, no mérito, negou provimento ao recurso.

2. Conforme se percebe, são três, a rigor, as pretensões deduzidas no recurso:

(a) a da limitação eficácia subjetiva da sentença proferida na ação coletiva (que, segundo o recorrente, beneficia apenas os associados da Apadeco domiciliados na Comarca de Curitiba, o que levaria à ilegitimidade ativa do recorrido, domiciliado em outra Comarca, a de Londrina-PR);

(b) a da competência de foro, que, no entender da recorrente, seria o juízo em que proferida a sentença na ação coletiva (e não o do domicílio do exequente); e

(c) a do não-cabimento da multa prevista no art. 475-J do CPC (que segundo a recorrente não se aplica ao caso).

Registre-se, quanto aos dois primeiros temas, que houve certa confusão do acórdão recorrido (fls. 141-156) que, ao tratar da extensão da eficácia subjetiva da sentença (para efeito de definir se ela beneficiou todos os poupadores do Estado do Paraná ou exclusivamente os de Curitiba), invocou, além de fundamentos próprios desse tema da eficácia subjetiva, também fundamentos, mormente a respeito do foro competente para a ação de “liquidação e execução”, de que trata o art. 98, § 2º, I da Lei n. 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor. Todavia, essas são questões distintas e inconfundíveis: a definição da eficácia subjetiva tem por consequência a afirmação ou não da existência de título executivo em favor do poupador exequente, acarretando, portanto, em caso negativo, a ilegitimidade ativa e a extinção do processo de execução; já a definição sobre competência de foro acarreta, na pior das hipóteses, apenas a remessa dos autos ao juiz competente. Tratam-se, portanto, de questões distintas, tendo sido corretamente enfrentadas e julgadas de modo distinto pela sentença de primeiro grau (fls. 85-86).

Feito esse esclarecimento, aqui os temas são tratados separadamente.

3. Quanto ao primeiro e ao terceiro ponto, as questões são semelhantes às desenvolvidas no REsp n. 1.247.150, também de relatoria do Min. Luis

Felipe Salomão, razão pela qual me reporto ao voto-vista lá apresentado, que, no particular, registrou:

3. Ora, assim delimitada a primeira questão, sua solução, no caso concreto, se apresenta evidente: trata-se de questão enfrentada e decidida na própria sentença proferida na ação coletiva, já transitada em julgado. Nela ficou declarado e reconhecido que a sua eficácia subjetiva abrangia à universalidade dos poupadores do Estado do Paraná. É o que registrou o voto do relator, Ministro Luis Felipe Salomão, invocando voto da Ministra Nancy Andrichi, no REsp n. 651.037, 3ª Turma, DJ de 13.9.2004, onde se disse:

A ação civil pública em questão foi proposta perante a 5ª Vara em 17.3.2000, ou seja, antes do surgimento da MP que limitou a representação processual das entidades associativas aos seus associados. Como se depreende do trecho a seguir transcrito, a sentença exequenda foi expressa ao beneficiar a todos os poupadores do Estado do Paraná e não limitou os efeitos da coisa julgada aos associados da Apadeco, verbis:

*(...) a pagar aos **poupadores do Estado do Paraná**, nas contas de caderneta de poupança mantidas junto à ré, iniciadas ou renovadas até 15.6.1987 e 15.1.1989, o valor da diferença apurada entre o que foi efetivamente creditado em suas contas nos meses referidos com o que deveria ter sido pago de acordo com o IPC apurado no período-em junho/1987 e 42,72% em janeiro/1989 - (...) (grifei).*

Interposta apelação, pela CEF, da decisão na ação de conhecimento, o acórdão proferido por este Regional foi improcedente e não houve interposição de recurso para instância superior que questionasse tal limitação. Assim, resta sem sentido, a polêmica trazida nesta ação de execução.

Sendo assim, *tollitur quaestio*: havendo atestado jurisdicional, com transito em julgado, no sentido de que a sentença proferida na ação civil pública, proposta pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - Apadeco, tem eficácia subjetiva em relação a todos os poupadores em cadernetas de poupança do Estado do Paraná, é absolutamente impertinente, em fase de liquidação e execução, qualquer novo questionamento a respeito, por mais injusta que possa ter sido aquela decisão e por mais valiosos que possam ser os fundamentos jurídicos a ela contrários. Referida sentença deve ser mantida pela superior e suficiente razão de que, tendo transitado em julgado, se tornou "imutável e indiscutível" (CPC, art. 467).

4. O segundo ponto consiste em saber se é aplicável ou não a multa de que trata o art. 475-J do CPC, que assim dispõe:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

O dispositivo em questão, como se percebe, veio conferir às sentenças condenatórias uma qualidade de que antes não eram dotadas: a de estarem sujeitas a imediata e espontânea exeqüibilidade, sob pena de multa. Ora, as qualidades e os efeitos das sentenças, inclusive no que se refere ao grau de seu potencial de executividade, são definidos pela lei vigente à data da sua formação (= de sua prolação), não podendo ser alteradas, seja para efeito de ampliá-las, seja para reduzi-las, por norma posterior e com efeito retroativo. Seria ofensivo ao art. 5º, XXXVI da Constituição (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”) impor às sentenças, retroativamente, efeitos de que não eram dotadas, ou delas retirar, supervenientemente, efeitos de que dispunham quando foram proferidas. Isso importaria modificar retroativamente a situação jurídica das partes.

Discussão semelhante foi enfrentada no STJ quando do advento da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001, que introduziu o parágrafo único ao art. 741 do CPC, dispositivo que também alterou o potencial de executividade das sentenças, permitindo que, em embargos à execução, pudesse ser invocada a “inexigibilidade do título” judicial quando “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”. Na oportunidade, os precedentes do STJ foram uniformes no sentido de que essa nova disposição normativa, como todas as leis, não podia ter efeito retroativo para alcançar sentenças já proferidas em data anterior à sua vigência. Como asseverou, com inteira propriedade, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em julgamento da espécie, “(...) A alegação de coisa julgada inconstitucional em sede de embargos à execução, nos termos do artigo 741, parágrafo único, do CPC, inserido pela Medida Provisória n. 2.180/2001, somente pode valer a partir da sua edição da respectiva norma, em respeito aos princípios constitucionais da coisa julgada (explícito) e da segurança jurídica (implícito)” (AgRg no AgRg no AgRg no Ag n. 722.447-SP, Min., DJe 14.12.2009). Nesse mesmo sentido são os precedentes que seguem. Da 1ª Turma: REsp n. 718.432-SC, de minha relatoria, DJ 2.5.2005; REsp n. 667.362-SC, Min. José Delgado, DJ 21.3.2005; REsp n. 692.788-SC, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 6.3.2006; AgRg no REsp n. 711.302-SC, Min. Francisco Falcão, DJ 3.10.2005. Da 2ª Turma: AgRg no REsp n. 727.645-MG, Min. Franciulli Neto, DJ 5.9.2005; AgRg no Ag n. 582.686-DF, Min. Franciulli Neto, DJ 6.2.2006; AgRg no Ag n. 691.890-MG, Min. Humberto Martins, DJ 29.8.2006; AgRg no REsp n. 686.292-MG, Min. Humberto Martins, DJ 28.8.2006. Da 5ª Turma: REsp n. 766.220-RN, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 23.6.2008; REsp n. 651.429-RS, Min.

José Arnaldo da Fonseca DJ 18.10.2004; EDcl no REsp n. 795.710-RS, Min. Felix Fischer, DJ 26.2.2007. Da 6ª Turma: AgRg no REsp n. 902.003-AL, Min. Haroldo Rodrigues - Desembargador convocado, DJe 30.8.2010; AgRg no AgRg no AgRg no Ag n. 722.447-SP, Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14.12.2009.

No caso, a execução tem como título executivo a sentença proferida na ação civil coletiva, cujo trânsito em julgado se deu antes da entrada em vigor da Lei n. 11.232/2005 (que introduziu o art. 475-J no CPC). A aplicação desse dispositivo a essa sentença importaria agravar, retroativamente, a situação jurídica do executado perante o exeqüente.

5. Por outro lado, ainda que se pudesse superar esse empecilho de direito intertemporal, é preciso considerar que as sentenças proferidas em ação civil coletiva, como a que serviu de base à execução, têm, por definição e natureza, um conteúdo genérico (Lei n. 8.078/1990, art. 95), dela não constando, nem o nome do credor e muito menos a quantia a ele devida, não se revestindo, por isso mesmo, de liquidez e exigibilidade necessárias à sua execução forçada ou mesmo ao seu cumprimento espontâneo. Sentenças dessa natureza somente se tornam líquidas e exigíveis após nova intervenção judicial, com elevada carga cognitiva, a ser desenvolvida na ação de liquidação e execução a que se referem os artigos 97 e 98 daquela Lei, ao cabo da qual ficarão certificados os elementos faltantes do título executivo. Justamente por isso - por não se tratar, essa atividade jurisdicional superveniente, de mera atividade executiva, mas também cognitiva - é que esta Corte Especial editou a Súmula n. 345, para afirmar que a Fazenda Pública, embora dispensada de pagar honorários em execuções comuns, ficava sujeita a essa verba quando se tratasse de "execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas". Num dos precedentes da Corte Especial que deram sustento à referida Súmula (REsp n. 691.563, Min. Ari Pargendler, DJ 26.6.2006), foram acolhidos os fundamentos do acórdão paradigma, proferido na 1ª Seção (REsp n. 475.566, de minha relatoria), onde se disse:

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

Ora, o art. 475-J impõe como condição para a incidência da multa a de negar-se o executado a cumprir espontaneamente, no prazo de quinze dias, sentença condenatória de “pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação”. Dessas características não se reveste, conforme salientado, a sentença genérica proferida em ação civil coletiva (Lei n. 8.078/1990, art. 95), já que, conforme se disse, a condenação foi genérica (sem identificação dos possíveis beneficiados e, muito menos, de “quantia certa”) e não houve prévia liquidação. A execução foi proposta diretamente com base na sentença genérica, acompanhada de memória apresentada pelo próprio exequente. Portanto, a “quantia certa” efetivamente devida está sendo apurada no âmbito da própria execução forçada.

Assim, ainda que superado o óbice de direito intertemporal antes referido, é certo que, no caso, não estão presentes as condições objetivas descritas no art. 475-J como indispensáveis a atrair a sua incidência.

4. Anote-se que, quanto à questão da multa, o recurso não pode ser conhecido, por falta de prequestionamento.

5. Quanto à competência para a ação de cumprimento da sentença genérica proferida em ação coletiva (ação de “liquidação e execução” de que trata o art. 98, § 2º, I da Lei n. 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor), peço licença para reportar-me a texto doutrinário a respeito (Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 5ª ed., SP: RT, 2011, p. 179-180):

No que se refere à competência, a ação de cumprimento não está subordinada ao princípio geral, inspirador do sistema do CPC (art. 475-P), segundo o qual o juízo da ação é também juízo para a execução. Esse princípio tem sua razão de ser ligada ao que geralmente ocorre no processo comum, em que o juízo da ação promove a atividade cognitiva em sua integralidade. Para esses casos o princípio se justifica. Conforme escreveu Pontes de Miranda, “o juízo que julgara está em posição de melhor executar o que decidira”, razão pela qual “a regra jurídica do art. 575, I, como a do art. 575, II, atende a isso, à prioridade decorrente da ligação entre o processo de cognição e o de execução” (Pontes de Miranda, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. IX, p. 160. Os artigos citados correspondem, após a Lei n. 11.232/2005, aos arts. 475-P, I, e 475-P, II.) Assim, fundado no pressuposto da *conexidade sucessiva* dessas ações, o princípio busca atender o interesse público de melhor desempenho da função jurisdicional.

Relativamente às ações de cumprimento das sentenças genéricas das ações coletivas, não se fazem presentes os pressupostos orientadores do citado princípio. O juízo da sentença primitiva foi limitado quanto à cognição, que ficou restrita ao núcleo de homogeneidade dos direitos. A especificação da matéria, a sua individualização em situações concretas, dar-se-á, na verdade, justamente nessa segunda etapa da atividade cognitiva. Assim, a relação entre cognição

da primeira fase e liquidação não se dá, aqui, com o grau de profundidade existente em outras situações. Por outro lado, a adoção do princípio antes referido certamente não contribuiria para alcançar os objetivos a que se destina. Pelo contrário, a concentração de todas as ações de cumprimento num único juízo acarretaria não um melhor desempenho, e sim o emperramento da função jurisdicional. Ademais, dependendo das circunstâncias de fato, sua adoção deixa o titular do direito subjetivo em condições piores do que se tivesse promovido desde logo sua demanda individual. É o que ocorre, por exemplo, com os demandantes cujo domicílio é outro que não o do juízo da ação coletiva.

Por tais razões, não faz sentido aplicar aqui o princípio da vinculação necessária entre juízo da ação e juízo da execução. A competência para a ação de cumprimento será determinada pelas regras gerais do CPC, mais especificamente no seu Livro I, Título IV, como ocorre com a liquidação e execução da sentença penal condenatória, da sentença estrangeira, da sentença arbitral (CPC, art. 475-P, III) e dos títulos executivos extrajudiciais.

Esses fundamentos podem ser traduzidos com outras palavras: a competência para a ação de cumprimento da sentença genérica é do mesmo juízo que seria competente para eventual ação individual que o beneficiado poderia propor, caso não preferisse aderir à ação coletiva.

6. Em suma, é de se acolher, nas conclusões, o voto do relator. Todavia, quanto aos fundamentos, a serem adotados para os fins previstos no art. 543-C, meu voto é no seguinte sentido:

a) Quanto ao primeiro ponto controvertido: havendo sentença, na ação civil coletiva proposta pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - Apadeco, afirmando que sua eficácia subjetiva abrange a todos os poupadores em cadernetas de poupança do Estado do Paraná, é absolutamente impertinente, em fase de liquidação e execução, qualquer novo questionamento a respeito, já que, tendo transitado em julgado, a referida sentença se tornou “*imutável e indiscutível*” (CPC, art. 467).

b) Quanto ao segundo ponto: a competência para a ação individual de cumprimento (“liquidação e execução” - art. 98, § 2º, I da Lei n. 8.078/1990) de sentença genérica proferida em ação coletiva é determinada pelas regras gerais do CPC, mais especificamente no seu Livro I, Título IV, como ocorre com a liquidação e execução da sentença penal condenatória, da sentença estrangeira, da sentença arbitral (CPC, art. 475-P, III) e dos títulos executivos extrajudiciais.

7. Com esses fundamentos, acompanho, na conclusão, o voto do relator.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, assim como já havia feito na sessão passada, acompanho o primeiro voto do Sr. Ministro Relator e, agora, o voto do Sr. Ministro Raul Araújo, com a devida vênia do voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Entendo que a regra geral, no Processo Civil, vocacionada – é certo – a processos individuais, é a execução dar-se no juízo de primeiro grau prolator da decisão a ser executada. Em se tratando de processo de execução de sentença coletiva, há uma regra mais específica, a do art. 98 do Código do Consumidor, aplicável também à Lei de Ação Civil Pública, a qual dá ao consumidor a opção de escolha pelo juízo da sentença condenatória (o que será imperativo caso a execução seja ajuizada de forma coletiva), ou pelo juízo do seu domicílio, em caso de liquidação e execução individual.

Mas, tendo em vista a abstração da sentença coletiva, que é quase como uma lei, porque não estabelece o nome de cada um dos beneficiários e a quantia a cada um devida, deverá haver uma importante fase cognitiva na própria fase liquidação.

Penso que o primeiro voto do Ministro Salomão, agora encampado pelo Ministro Raul Araújo, no sentido de limitar a possibilidade de escolha do consumidor/liquidante ao âmbito territorial de jurisdição do Tribunal ao qual está vinculado o juiz prolator da sentença coletiva, bem compatibiliza a regra do art. 98 do CDC (possibilidade de escolha pelo consumidor do juízo de prolator da sentença coletiva ou o de seu domicílio) com os princípios legais e constitucionais do sistema processual vigente.

O ideal seria que todas as liquidações/execuções individuais fossem processadas perante o juízo prolator da sentença liquidanda. Isto daria uniformidade à interpretação da regra de direito determinada pela sentença para todos os casos em tese subsumíveis à coisa julgada. Este entendimento, todavia, privaria de sentido a possibilidade de escolha que se extrai do art. 98 do CDC, além da dificuldade prática de inviabilizar os trabalhos de uma vara com milhares de liquidações individuais da mesma sentença coletiva.

Mas essa solução inicialmente imaginada pelo Sr. Ministro Relator, de que pudesse ser liquidada e executada a sentença coletiva perante qualquer juiz que tivesse suas decisões passíveis de revisão por um mesmo Tribunal, daria mais uniformidade e coerência ao processo de liquidação e execução dessa sentença coletiva.

A defesa do consumidor é facilitada, porque não precisa constituir advogado na capital do Estado. Mas, se pretende litigar em outra unidade da federação, diversa daquela onde proferida a sentença coletiva, resta-lhe a via do processo de conhecimento autônomo, em seu domicílio, caso situado em local estranho ao Estado onde tramitou a ação coletiva.

O reconhecimento da possibilidade de uma única sentença coletiva ser objeto de liquidações individuais espalhadas por todo o País, com os respectivos recursos interpostos para diferentes Tribunais, enseja a possibilidade de interpretações completamente diferentes do comando da sentença coletiva - regra de direito ditada não para um caso concreto, mas para múltiplas relações jurídicas, cujos substratos de fato e de direito não são delineados com precisão no título executivo. Estas múltiplas interpretações possíveis, mesmo em causas de valor elevado, fora da competência dos Juizados Especiais, não serão passíveis de uniformização pelo STJ, porque não cabe recurso especial por violação de sentença e nem por divergência jurisprudencial a respeito de interpretação de sentença coletiva.

Figuro um exemplo que aconteceu no Rio de Janeiro: o desabamento dos Edifícios Palace I e Palace II. Há uma ação coletiva com uma sentença coletiva transitada em julgado no Rio de Janeiro, que provocou várias liquidações e execuções individuais da sentença coletiva. A sentença é bastante genérica. Ela assegura direito de indenização a todos os prejudicados pelo desabamento do Palace. Não está claro, na sentença, se são apenas os prejudicados pelo desabamento do Palace I ou também aqueles que possuíam imóveis no Palace II, cujas estruturas foram abaladas, tendo tido o preço depreciado no mercado.

Não está claro, também, qual é o tipo de prejuízo abrangido pela condenação e, nos vários procedimentos de liquidação e execução individual dessa sentença, argumenta-se, ora que a sentença favorece só quem era proprietário de imóvel no Palace I, ora quem era proprietário de imóvel também no Palace II, ora apenas quem era proprietário de apartamento, ora o ocupante a qualquer título. Há casos em que se alega que até transeuntes que passavam na frente do prédio sofreram, ao testemunhar o desabamento, e pedem danos, todos em processo de liquidação dessa única sentença coletiva.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por suas diferentes Câmaras, vem decidindo estas questões de forma mais uniforme, certamente, do que ocorreria se a interpretação da sentença coletiva estivesse a cargo de juízes e Tribunais revisores de diversos Estados.

Recurso especial para o STJ somente será cabível em caso de violação de lei, mas não meramente em função de diferentes interpretações dadas à referida sentença coletiva. Sequer ofensa à coisa julgada se poderá alegar, se as diferentes interpretações forem cabíveis em face do decidido no processo de conhecimento.

Assim, penso que se fosse possível ajuizar liquidações dessa sentença coletiva em qualquer lugar do País, conforme o domicílio atual de cada lesado, haveria possibilidade de interpretação totalmente diferente do próprio direito que estaria sendo assegurado na sentença, e não há um Tribunal uniformizador de interpretação de sentença coletiva. O STJ é uniformizador da interpretação do direito federal.

Penso que a circunstância de o consumidor poder ajuizar uma ação de conhecimento no local do seu domicílio é uma vantagem. Ele pode ajuizar uma ação de conhecimento no local do seu domicílio, que vai ser objeto de uma sentença e de um recurso de apelação, todos eles decididos com base na lei aplicável e, se for lei federal e houver possibilidade de violação à lei federal, haverá possibilidade de uniformização no STJ, da interpretação da lei federal. Mas, mais difícil seria, em tese, o acesso ao STJ para uniformizar interpretações diversas da mesma sentença coletiva, de modo que se poderia, em tese, haver uma sentença coletiva sujeita a interpretações quanto ao próprio bem da vida definido nela, diferentes, em vários Tribunais de Justiça.

Então, considero que a interpretação preconizada pelo voto primeiro do Relator, coerente com a convivência do regime do direito do consumidor, que possibilita o ajuizamento seja de ação individual, de conhecimento, onde ele quiser, em seu domicílio atual, mas, se ele pretende se favorecer de uma sentença coletiva, ele poderá ajuizar a liquidação no seu domicílio, desde que seu domicílio esteja situado no âmbito de jurisdição do Tribunal revisor daquele juiz que deu a sentença coletiva. Esta é uma interpretação passível de ser extraída do sistema processual em vigor, nele compreendido o art. 98 do CDC e o princípio geral, extraído do Código de Processo Civil, de que a execução compete ao juiz que prolatou a sentença.

Assim, entendo que, no caso, a execução compete a qualquer juiz do Estado do Paraná, com possibilidade de recurso para o Tribunal de Justiça do Paraná.

Acompanho a divergência do Sr. Ministro Raul Araújo, com a devida vênia.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Sr. Presidente, acompanho a divergência, exatamente nos moldes bem ponderados pela Sra. Ministra Isabel Gallotti.

Não se olvida dos termos do 475-B, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que permite, sim, que a execução de título judicial seja proposta pelo credor, inclusive, em qualquer município do Brasil, onde quer que os bens se encontrem à execução.

Então, quando foi aqui destacada pelos eminentes Pares a questão de se observar a lei geral ou alguma lei específica acerca desses requisitos, de todas as condições que estamos aqui discutindo, também quero deixar bem claro que não ignoro a existência desse artigo do Código de Processo Civil e do seu parágrafo único, em especial.

Mas, ainda assim, em nome da segurança jurídica, acompanho o entendimento muito bem esposado e declinado pela eminente Ministra Isabel Gallotti.

Presidente o Sr. Ministro Ari Pargendler

Relator o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão

Corte Especial - Sessão de 19.10.2011

Nota Taquigráfica

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N. 4.933-EX (2010/0077791-8)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Requerente: Delphi Automotive Systems do Brasil Ltda.

Advogada: Marta Mitico Valente e outro(s).

Requerido: Javier Gerardo Mendoza Rascon

Advogado: Moacyr Godoy Pereira Neto e outro(s)

EMENTA

Sentença estrangeira contestada. Dissídio individual do trabalho examinado por órgão que integra a Justiça do Trabalho Mexicana.

Acordo celebrado. Resolução n. 9/2005 do STJ. Homologação deferida.

1. Restou demonstrado que a Junta de Conciliação e Arbitragem de Juarez, Chihuahua, integra a Justiça Trabalhista dos Estados Unidos do México, constitui o órgão competente, segundo as leis daquela pessoa jurídica de Direito Público Externo, para examinar os dissídios trabalhistas formados entre empregados e empregadores e não ofende a ordem pública tampouco a soberania nacional.

2. A Lei Federal do Trabalho Mexicana prevê, nos moldes da CLT, etapa conciliatória prévia e resguarda, no processo ordinário realizado perante as Juntas de Conciliação e Arbitragem, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

3. Homologação deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça A Corte Especial, por unanimidade, deferiu o pedido de homologação de sentença estrangeira, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha.

Convocado o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior para compor quórum.

Brasília (DF), 5 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 19.12.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de pedido de homologação de sentença estrangeira proferida pela Junta de Conciliação e Arbitragem da

cidade de Juarez, Chihuahua, Estados Unidos Mexicanos em que foram partes *Delphi Automotive Systems do Brasil Ltda.* e *Javier Gerardo Mendoza Rascon*.

Delphi Automotive Systems do Brasil Ltda. alega que o requerido foi contratado em 10.9.1984 para exercer a função de Supervisor de Produção em uma de suas unidades, localizada na cidade de Juarez, México, tendo sido transferido para outros países, dentre os quais o Brasil, para prestação de serviços à requerente.

Não obstante ter prestado serviços para a empresa em diversos outros países, o vínculo do trabalhador com a empresa sempre esteve amarrado ao contrato de trabalho firmado no México, tanto que para lá foi reconduzido ao final da prestação de serviços no Brasil.

Após 25 anos de serviços prestados à Delphi, em 6.2.2009, apresentou o requerido dissídio trabalhista no México, demanda encerrada em 9.7.2009 por acordo firmado perante a Junta de Conciliação e Arbitragem da cidade de Juarez, documento no qual o requerido concedeu a mais ampla e total quitação quanto a quaisquer direitos advindos da relação de trabalho mantida entre as partes, tanto em relação às verbas decorrentes dos serviços prestados no território mexicano como no exterior (fl. 73-84).

Em 29.6.2009 foi notificada da propositura de demanda instaurada perante o Juízo da 2ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul-SP, buscando o pagamento de verbas trabalhistas decorrentes do período em que laborou para a empresa no Brasil.

Com o fim de induzir o Juízo Trabalhista a erro, omitiu o requerido a informação de pagamento das verbas, negociadas no acordo celebrado perante a Junta de Conciliação e Arbitragem.

Entendendo serem as Juntas de Conciliação e Arbitragem reconhecidas pela Constituição Mexicana como órgão competente para dirimir conflitos entre trabalhadores e empregadores, assevera estar a sentença estrangeira obediente aos requisitos previstos na Resolução n. 9/2005 do STJ, ao tempo em que o procedimento conciliatório mexicano assemelha-se ao rito preceituado pelos arts. 764, 831 e 846 da CLT.

Por fim, pugnou pela concessão de tutela de urgência, tendente a atribuir efeitos imediatos à sentença alienígena.

Às fl. 107-109, o Min. Presidente indeferiu a tutela liminar pleiteada e determinou a citação do requerido.

Citado por carta de ordem, o requerido alegou que:

a) quando de sua demissão ingressou com uma ação no México pleiteando verbas trabalhistas que lhe foram sonegadas quando da prestação de serviços naquele país e, concomitantemente, ajuizou demanda no Brasil postulando pelo pagamentos de outras verbas trabalhistas previstas na legislação pátria;

b) não concordou com os termos do acordo realizado no México e não autorizou os seus advogados a realizar o mencionado pacto;

c) o acordo celebrado no México ofende a ordem pública e não deve ser homologado, sob o argumento de que foi pactuado perante órgão arbitral, que não dispõe de competência para dirimir litígios que envolvam direitos indisponíveis; e

d) a arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307/1996, não constitui via adequada para conhecer de demandas em que se postulam verbas de natureza trabalhista.

Ouvido, opinou o MPF pela homologação da sentença estrangeira (fl. 156-158).

Às fl. 161, determinei à requerente a juntada de documento hábil a demonstrar a natureza do órgão que homologou o acordo trabalhista firmado nos Estados Unidos do México, providência atendida às fl. 174-208.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Da leitura da petição inicial apresentada à Junta de Conciliação e Arbitragem da cidade de Juarez, Chihuahua, Estados Unidos Mexicanos, constata-se ter o requerido pleiteado verbas trabalhistas relacionadas a todo o período em que laborou para a requerente (inclusive em relação àquele em que trabalhou para a empresa no território nacional - fl. 45-49).

Pelo acordo celebrado perante a Junta de Conciliação e Arbitragem, depreende-se que o requerido recebeu da empresa \$ 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil pesos mexicanos - **valor que equivale atualmente a R\$ 240.480,00 (duzentos e quarenta mil, quatrocentos e oitenta reais)**, segundo informação extraída do sítio mantido pelo Banco Central na internet - www4.bcb.gov.br) como retribuição a direitos trabalhistas sonegados e, em contrapartida, renunciou, por

seus advogados, a outros direitos, ações trabalhistas intentadas em outros países e à competência de Tribunais estrangeiros - fl. 79.

O referido acordo, celebrado perante a Junta de Conciliação e Arbitragem, foi elaborado por autoridade competente para conhecer de dissídios individuais trabalhistas oriundos de relação de trabalho mantida naquele país (fl. 58, 182-183, 189, 200-208), sendo reconhecido pelo Consulado brasileiro às fl. 61-71 e traduzido para o vernáculo por tradutora pública (fl. 73-84). Houve citação da empresa e trânsito em julgado do acordo pactuado (fl. 80), restando preenchidos, portanto, os requisitos do art. 5º da Resolução n. 9/2005 do STJ.

Constata-se, ainda, ter o requerido conferido poderes aos seus advogados para representá-lo nos autos do processo que tramitou perante a Junta de Conciliação e Arbitragem do México, atribuindo-lhes, inclusive, poder expresso para transigir (fl. 73), sendo destituída de fundamento a alegação de que não teria autorizado os advogados a celebrar o mencionado acordo.

Superados esses pontos, resta verificar se o acordo celebrado perante a Junta de Conciliação e Arbitragem do México atende aos requisitos constantes do art. 6º da Resolução n. 9/2005 do STJ, a seguir transcrito:

Art. 6º Não será homologada sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública.

Sob o ponto de vista eminentemente formal, entendo, nos termos do parecer ministerial de fl. 156-158, ter sido demonstrado que a Junta de Conciliação e Arbitragem de Juarez, Chihuahua, integra a Justiça Trabalhista dos Estados Unidos do México, constitui o órgão competente, segundo as leis daquela pessoa jurídica de Direito Público Externo, para examinar os dissídios trabalhistas formados entre empregados e empregadores e não ofende a ordem pública tampouco a soberania nacional.

Verifica-se da leitura dos documentos juntados pela requerente (fl. 182, 189 e 200-208), que a referida Junta detém natureza de órgão jurisdicional (e não arbitral, conforme alegado pelo requerido), possuindo competência para executar atos materialmente jurisdicionais.

Nesse sentido, confira-se os docs. de fls. 182 e 189, os quais revelam que a Junta de Conciliação e Arbitragem constitui um *“Tribunal do Trabalho para conhecer de conflitos empregados-patrões e com funções jurisdicionais consagradas na alínea XX do art. 123 e na alínea X do artigo 73 da Constituição Política dos Estados Unidos do Mexicanos e suas resoluções têm caráter obrigatório e imperativo, já que*

esta Junta também tem atribuições para executar atos materialmente jurisdicionais e para fazer cumprir suas resoluções”.

Observa-se, ainda, dos docs. de fl. 200-208, que a Lei Federal do Trabalho Mexicana resguarda, no processo ordinário realizado perante as Juntas de Conciliação e Arbitragem, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Deflui-se que a Lei Mexicana prevê a necessidade de citação da parte contrária (art. 874 - fl. 201), de designação de audiência de instrução (art. 884 - fl. 203-204) e destina fases específicas à oposição de exceções (art. 878 - fl. 201-202) e apresentação de alegações finais pelas partes (art. 878, IV), fatos que assemelham o procedimento instaurado perante a Junta de Conciliação e Arbitragem do México ao rito dos processos judiciais trabalhistas ajuizados no Brasil.

Depreende-se, ainda, do art. 876 da Lei Federal Mexicana (fl. 201), que o procedimento conciliatório efetuado nos Estados Unidos do México encontra similitude com o preceituado nos arts. 764, 831 e 846 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispositivos abaixo transcritos:

Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

(...)

Art. 831 - A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas.

(...)

Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

§ 1º - Se houver acordo lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para seu cumprimento.

§ 2º - Entre as condições a que se refere o parágrafo anterior, poderá ser estabelecida a de ficar a parte que não cumprir o acordo obrigada a satisfazer integralmente o pedido ou pagar uma indenização convencionada, sem prejuízo do cumprimento do acordo”.

Neste ponto, confira-se julgado em que o STJ, constatando a observância do procedimento conciliatório trabalhista realizado perante a Justiça estrangeira, autorizou a homologação do provimento judicial:

Homologação de sentença estrangeira. Conciliação prévia homologada por Juiz Trabalhista na Colômbia. Regularidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

1. Preenchidos os requisitos formais pela sentença trabalhista proferida na Colômbia, relativa à prévia conciliação feita perante Juiz do Trabalho, deve-se homologar a referida decisão estrangeira, que não ofende a soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes e que, ainda, guarda semelhança com o procedimento conciliatório trabalhista no Brasil.

2. Descabe reexaminar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento.

3. Homologação deferida.

(SEC n. 821-CO, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 18.5.2005, DJ 15.8.2005, p. 208).

Entendo, portanto, que o acordo celebrado perante a Junta de Conciliação e Arbitragem dos Estados Unidos Mexicanos cumpre o preceituado no art. 6º da Resolução n. 9/2005 do STJ, reunindo condições de ser homologado.

Friso, por fim, que a renúncia a direitos trabalhistas aposta no mencionado acordo em nada obstaculiza a pretendida homologação, visto que, na esteira dos precedentes abaixo colacionados, o Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência no sentido de considerar legítima a quitação ampla e total de contrato de trabalho feita por empregado nos autos de acordo celebrado perante órgão do Poder Judiciário:

Recurso de revista. Danos morais. Coisa julgada. Acordo homologado em reclamação trabalhista anterior dando quitação geral do extinto contrato de emprego. Orientação jurisprudencial n. 132 da SBDI-II.

Acordo homologado judicialmente após a Emenda Constitucional n. 45/2004 em reclamação trabalhista anteriormente ajuizada, mediante o qual o empregado dá plena e ampla quitação do contrato, sem qualquer ressalva, alcança todas as parcelas relativas ao contrato de emprego extinto, inclusive eventual pedido de indenização

por danos morais, uma vez que o alegado dano decorreu, inegavelmente, da relação trabalhista objeto do acordo homologado.

3. Recurso de revista não conhecido.

(Processo: RR – n. 169.000-38.2006.5.06.0020 Data de Julgamento: 15.6.2011, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24.6.2011).

Recurso de revista. Indenização por danos morais. Doença do Trabalho. Coisa julgada. Acordo homologado em reclamação trabalhista anterior dando quitação geral do extinto contrato de trabalho.

Esta Corte Superior vem firmando posicionamento no sentido de que o acordo homologado sob os auspícios do Judiciário, dando plena e geral quitação do contrato de trabalho, sem qualquer ressalva, é perfeitamente válido e impede o empregado de pleitear, posteriormente, em outra ação, parcelas decorrentes do extinto contrato de trabalho, ainda que não incluídas na aludida transação, como no caso, em que o reclamante postula indenização por dano moral, por ter eficácia de coisa julgada material, formada com a homologação do acordo celebrado nos autos da reclamatória anteriormente ajuizada, conforme o parágrafo único do artigo 831 da CLT. (Exegese que se extrai da Orientação Jurisprudencial n. 132, da SBDI-2, desta Corte).

Recurso de revista conhecido e provido

(TST – RR - n. 99.514/2006-011-09-00.2, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, DJU de 10.10.2008).

Recurso de revista. Coisa julgada. Transação. Quitação plena do contrato de trabalho.

Nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 132 da SBDI-2 desta Corte, Acordo celebrado - homologado judicialmente - em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista. Incidência da Orientação Jurisprudencial n. 336 da SBDI-1.

Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR - n. 1.843/2004-018-15-00.1, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DJU de 19.9.2008).

Agravo de instrumento. Recurso de revista. Acordo judicial homologado em juízo. Ofensa à coisa julgada.

Evidenciada a aparente contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 132 da C. SBDI-2/TST, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do recurso denegado. Agravo de Instrumento conhecido e

provido. II. *Recurso de revista. Acordo judicial homologado em juízo. Ofensa à coisa julgada.* Por força do disposto no parágrafo único do artigo 831 da CLT, o pleito de indenização por danos morais, materiais e estéticos decorrentes de acidente do trabalho, porquanto decorrente do extinto contrato de trabalho, *encontra-se soterrado pelo manto da coisa julgada, pois, em ação anterior, o Reclamante deu quitação das verbas pedidas na inicial e daquelas decorrentes do extinto contrato de trabalho havido entre as partes, sem qualquer ressalva.*

Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido

(TST – RR – n. 1143/2005-020-03-40.4, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DJU de 9.5.2008).

Recurso de revista. Acordo judicial homologado em juízo. Ofensa à coisa julgada. De acordo com o disposto no art. 831, parágrafo único, da CLT, o acordo entre as partes, homologado em juízo, tem eficácia de decisão irrecorrível. *Qualquer nova discussão acerca do extinto contrato de trabalho encontra óbice intransponível na coisa julgada, por existir, como no caso, acordo judicialmente homologado, dando quitação ampla das verbas rescisórias, conclui-se que a propositura de nova reclamação trabalhista viola a coisa julgada, a teor da Orientação Jurisprudencial n. 132 da SBDI-2/TST.*

(TST - RR – n. 863/2005-281-02-40.4, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DJU de 30.11.2007).

Com essas considerações, nos termos do art. 6º da Resolução n. 9/2005 do STJ, defiro o pedido de homologação.

Sem custas, *ex vi* do art. 1º, parágrafo único, da Resolução-STJ n. 9, de 4.5.2005.

É o voto.

**SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N. 5.262-EX
(2011/0157638-3)**

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Requerente: S M R I

Advogado: Frederico Silva Camargo e outro(s)

Requerido: M J R

Advogado: Maria Odete Duque Bertasi e outro(s)

EMENTA

Sentença estrangeira contestada. Justiça Suíça. Declaração de competência para processar e julgar ação de divórcio. Impossibilidade de homologação. Soberania nacional.

– Não é passível de homologação no Superior Tribunal de Justiça sentença estrangeira que, em processo consensual ou litigioso, exclua expressamente ou possa excluir na sua execução, de antemão, a competência da Justiça brasileira, sob pena de se ferir a soberania nacional.

Pedido de homologação indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido de homologação, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Mauro Campbell Marques, Ricardo Villas Bôas Cueva, Sebastião Reis Júnior e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha, Massami Uyeda e Humberto Martins.

Convocados os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Ricardo Villas Bôas Cueva, Sebastião Reis Júnior e Marco Buzzi para compor quórum.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 16.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: S. M. R. I. ajuíza o presente requerimento de homologação de julgado do Supremo Tribunal Federal da

Suíça, que determinou “a *competência da Justiça suíça* para apreciação de Ação de Divórcio em face de **M. J. R.**, suíço” (fl. 3).

Narra a requerente, para tanto, que:

A Requerente contraiu matrimônio em 14 de abril de 1988, perante o *Cartório de Registro Civil da cidade de Cham, Cantão Zug, Suíça*, com *M. J. R.*, consoante se depreende da transcrição da Certidão de Registro de Casamento realizada pelo cartório de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas do primeiro subdistrito de Sé, Estado de São Paulo, Brasil documento em anexo.

Por motivo de trabalho do réu e logo após o casamento, as partes se mudaram para o Brasil.

Ainda quando residiam no Brasil, as partes resolveram se separar. O processo de separação iniciou-se litigiosamente, mas transformou-se em consensual, tendo sua Sentença sido proferida aos 7 de julho de 2005, pelo fórum Regional de Pinheiros, da Capital de São Paulo, SP. Cumpre ressaltar que embora a Sentença tenha sido proferida em 2005, desde abril de 2004, o réu encontrava-se morando definitivamente na Suíça.

Na referida Ação de Separação ficaram acordadas, além da separação, somente a guarda dos filhos e a pensão alimentícia. O casal avençou que a partilha de bens seria realizada futuramente em ação própria ou na ocasião do divórcio.

Como o réu havia retornado para a Suíça e a Autora também pretendia voltar a seu país natal, foi apresentado pela mesma em 4 de abril de 2005, ação de Divórcio na Comarca do domicílio do Réu na Suíça.

Cumpre ressaltar que a Autora retornou definitivamente à Suíça no início do ano de 2007 e seus filhos são todos maiores.

Em defesa à ação de divórcio apresentada pela Autora na Suíça, o réu alegou preliminarmente incompetência do Juízo da comarca de Zug em prol da comarca de Pinheiros, em São Paulo. A arguição de incompetência foi indeferida pelos juízes de primeira, segunda e recentemente pelo Supremo Tribunal Federal da Suíça (corresponde ao STJ no Brasil).

*O Supremo Tribunal Federal da Suíça proferiu Sentença definitiva, não passível de recurso, pois última instância no país, em 18 de setembro de 2009, a qual declarou a **competência do juízo** suíço para apreciar a ação de divórcio do casal indeferindo a arguição de incompetência de juízo do Réu. (sentença e seus fundamentos em anexo).*

A sentença fundamentada foi fornecida à Autora somente em 23 de Outubro de 2009 (fls. 3-4).

Pede, ao final, que seja homologado o referido julgado a fim de que se produzam “todos os efeitos de direito no Brasil” (fl. 4), ressaltando mais adiante

que “pleiteia na Suíça em apenso a ação de Divórcio, Execução de Alimentos dos filhos e alimentos para si mesma” (fl. 5).

O réu apresentou contestação informando que, entre as várias demandas já decididas no Brasil, ajuizou aqui uma “ação de conversão da separação judicial consensual em divórcio”, sobrestada pelo Juízo de Direito do Foro Regional de Pinheiros – São Paulo “até que a excipiente comprove a homologação de sentença estrangeira perante o E. Superior Tribunal de Justiça” (fl. 133), “em razão da exceção de incompetência que foi arguida naqueles autos pela ora requerente” (fls. 133-134).

Sustenta, ainda, que a pretensão deduzida pela requerente ofende a soberania nacional e a ordem pública, tendo em vista que restringe a competência da Justiça brasileira.

Opinou o Dr. Edson Oliveira de Almeida, ilustrado Subprocurador-Geral da República, pela extinção do feito assim:

Trata-se de pedido de homologação de sentença estrangeira proferida pelo Supremo Tribunal Federal da Suíça, em 23 de outubro de 2009, que declarou a competência da Justiça suíça para a Ação de Divórcio proposta pela requerente. Preliminarmente, opino pela extinção do feito, sem julgamento de mérito, uma vez que não se vislumbra o interesse na homologação de uma sentença cujos efeitos se esgotam na Suíça, porquanto o reconhecimento da jurisdição suíça não vincula a Justiça brasileira, quanto ao exame de sua própria competência concorrente (fl. 186).

O requerido apresentou manifestação concordando com o parecer do Ministério Público Federal (fl. 195), e a requerente discordou do referido parecer argumentando que o pedido de homologação preenche todos os requisitos legais e não ofende a soberania ou a ordem pública brasileira (fls. 218-219).

O em. Ministro Ari Pargendler, Presidente, determinou a distribuição do feito (fl. 222).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): A requerente e o requerido, cidadãos suíços, casaram-se na Suíça e, durante o período em que residiram no Brasil, separaram-se perante a Justiça brasileira, encontrando-se suspensa,

atualmente, a ação de conversão da separação em divórcio (1ª Vara da Família e Sucessões – Pinheiros – São Paulo) proposta pelo ora requerido contra a requerente, até o julgamento do presente pedido de homologação de sentença estrangeira.

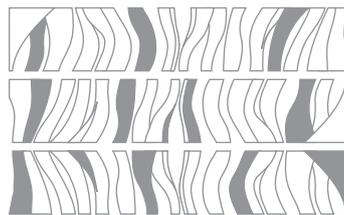
Quanto à sentença estrangeira homologanda, diz respeito a um julgado do Supremo Tribunal Federal suíço, que, apreciando agravo do ora requerido, apenas decidiu que a Justiça suíça teria competência para processar e julgar a ação de divórcio proposta pela ora requerente, afastando a alegação de litispendência em relação aos processos já decididos ou em trâmite no Brasil.

Efetivamente, não se pode homologar o acórdão do Supremo Tribunal Federal suíço. Embora o seu texto (cf. fls. 14-22) não reconheça, expressamente, a incompetência da Justiça brasileira, a sua eventual execução no Brasil, se homologado, implicaria a exclusão da Justiça brasileira, de antemão, para, até mesmo, examinar a própria competência para processar e julgar a ação de divórcio, aliás já proposta pelo ora requerido.

Sem dúvida, portanto, a pretensão deduzida nestes autos desrespeita a soberania nacional, independentemente das questões de mérito que serão tratadas no referido processo de divórcio. Em outras palavras, para efeito de homologação no Superior Tribunal de Justiça, não pode a Justiça estrangeira, por qualquer forma, em processo consensual ou litigioso, excluir a competência da Justiça brasileira, cabendo ao Juiz brasileiro decidir o mencionado tema processual. Sentenças semelhantes somente poderão ser executadas, assim, no exterior.

Exemplificativamente, cito os seguintes precedentes deste colegiado: SEC n. 1.735-PT, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 3.6.2011; SEC n. 4.789-EX, Ministro Felix Fischer, DJe de 27.5.2010, e AgRg nos EDcl na SE n. 1.554-CA, Ministro Barros Monteiro, DJ de 22.10.2007.

Ante o exposto, na linha do parecer do Ministério Público Federal, indefiro o pedido de homologação. Condene a requerente nas custas e nos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), aplicada a norma do art. 12 da Lei n. 1.060/1950 diante da declaração de pobreza de fl. 46.



Primeira Seção

HABEAS CORPUS N. 197.570-DF (2011/0032797-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Defensoria Pública da União

Advogado: Claudionor Barros Leitão - Defensor Público da União

Impetrado: Ministro de Estado da Justiça

Paciente: Eduardo Solano Fenandez

EMENTA

Administrativo. *Habeas corpus*. Tráfico internacional de entorpecentes. Expulsão de estrangeiro do território nacional. Ausência de defesa técnica no interrogatório. Nulidade. Não configuração. Súmula Vinculante n. 5-STF. Filho nascido no Brasil após a condenação penal. Convivência socioafetiva e dependência econômica suficientemente demonstradas. Requisito de não expulsão. Art. 75, II, **b**, da Lei n. 6.815/1980. Ocorrência. Ordem concedida.

1. O *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento.

2. O ato administrativo de expulsão, manifestação da soberania do país, é de competência privativa do Poder Executivo, competindo ao Judiciário apenas a verificação da higidez do procedimento por meio da observância das formalidades legais.

3. Não há falar em prejuízo ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, em face da ausência de defensor no interrogatório do paciente, o que foi suprido nos demais atos, por ser dispensável a presença de advogado no processo administrativo (Súmula Vinculante n. 5-STF).

4. Na hipótese em exame, extrai-se que o paciente possui união estável com brasileira desde 2005, bem como filho brasileiro nascido

em 21.11.2007, atualmente com 3 anos de idade, sob sua guarda e dependência.

5. “A jurisprudência desta Corte firmou-se quanto à impossibilidade de expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, desde que comprovada a dependência econômica ou afetiva” (HC 104.849-DF, Rel. Min. *Herman Benjamin*, Primeira Seção, DJe 23.10.2008).

6. Preenchidos os requisitos legais para a não expulsão contidos no Estatuto do Estrangeiro, deve ser afastado o constrangimento ilegal imposto ao paciente pela autoridade coatora, que decretou sua expulsão do território nacional.

7. Ordem concedida para invalidar a Portaria/MJ n. 3.152, de 11.10.2010, que decretou a expulsão do paciente do território nacional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2011(data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 22.9.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Eduardo Solano Fernandez*, cidadão espanhol, contra ato do *Ministro de Estado da Justiça*, que decretou sua expulsão do território nacional (Portaria/MJ n. 3.152, de 11.10.2010) em razão de ter

sido condenado, e já ter cumprido, pena de reclusão de 6 anos e 8 meses pela prática de associação internacional para o tráfico ilícito de entorpecentes.

Aduz o impetrante que o paciente mantém união estável com mulher brasileira desde 2004 com quem tem um filho, também brasileiro, de 3 anos, e trabalha desde 6.1.2006 na Escola Castilha de Belém-PA, onde ministra aulas de língua espanhola. Afirma, ainda, que desde 2008 o paciente aguarda deferimento de seu pedido de permanência definitiva no Brasil protocolado no Departamento de Polícia Federal.

Por tais motivos, pugna, liminarmente, pela suspensão da eficácia da Portaria Ministerial de Expulsão e, no mérito, pela concessão da ordem visando a nulidade da Portaria Ministerial e do Inquérito Policial de Expulsão que a embasou.

Para tanto alega: a) nulidade do Inquérito Policial de Expulsão pela ausência de um defensor no interrogatório do paciente; e b) violação do art. 75 da Lei n. 6.815/1980, que impede a expulsão de estrangeiro que possui filho brasileiro sob sua guarda e dependência econômica.

O pedido liminar foi por mim deferido, oportunidade em que foram solicitadas novas informações (fls. 221-223e).

O Ministério Público Federal, por meio de parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República *Flávio Giron*, opinou pela denegação da ordem (fls. 401-406e).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado, pugna a impetrante pela concessão da ordem para que seja declarada a nulidade da Portaria Ministerial e do Inquérito Policial de Expulsão que a embasou, ao fundamento de que o paciente mantém união estável com mulher brasileira desde 2004, com quem tem um filho, também brasileiro, de 3 anos, e trabalha desde 6.1.2006 na Escola Castilha de Belém-PA, onde ministra aulas de língua espanhola. Afirma, ainda, que desde 2008 o paciente aguarda deferimento de seu pedido de permanência definitiva no Brasil protocolado no Departamento de Polícia Federal.

Consta dos autos que o paciente – *Eduardo Solano Fernandez* –, cidadão espanhol, foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, pela prática

de associação internacional para o tráfico ilícito de entorpecentes. Por meio da Portaria/MJ n. 3.152, de 11.10.2010, o *Ministro de Estado da Justiça* decretou sua expulsão do território nacional.

Cumpra ressaltar, inicialmente, que o *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento.

Consta dos autos que o paciente teve em seu desfavor decreto de expulsão, por não preencher os requisitos para a não expulsão, contida no art. 75, II, **b**, do Estatuto do Estrangeiro.

Segundo informações prestadas pela autoridade coatora, o paciente, condenado pela prática de associação internacional para o tráfico ilícito de entorpecentes, não logrou demonstrar a violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, diante da ausência do defensor no ato inquisitorial, por possuir tal ato caráter meramente informativo, a união estável alegada e sequer a dependência econômica, não fazendo jus, portanto, à permanência no país (fls. 229-398e).

Afirma, ainda, a autoridade coatora em suas informações que o “mero surgimento de fato posterior não se presta para inquinar de nulidade ato administrativo anterior”, citando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido (fl. 234e).

Com efeito, o ato administrativo de expulsão, manifestação da soberania do país, é de competência privativa do Poder Executivo, competindo ao Judiciário apenas a verificação da higidez do procedimento por meio da observância das formalidades legais. A saber:

Penal e Administrativo. *Habeas corpus* impetrado almejando revogação de ordem de expulsão de paciente alienígena. Argumentos que não questionam a legalidade do procedimento administrativo em si, mas sim a decisão que condenou o paciente pela prática do crime de extorsão. Improcedência do pleito.

1. A expulsão de estrangeiro, como ato de soberania, discricionário e político-administrativo de defesa do Estado, é de competência privativa do Presidente da República, a quem incumbe julgar a conveniência ou oportunidade da decretação da medida ou, se assim entender, de sua revogação (art. 66 da Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980).

2. Conseqüentemente, ao Judiciário compete tão somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial.

3. É legítimo (...) o decreto expulsório precedido de instauração do competente inquérito administrativo, conferindo ao expulsando a oportunidade de exercer o direito de defesa (HC n. 73.940-SP, Relator Ministro *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ de 26 de junho de 1996).

4. Deveras, a revisão criminal pendente de julgamento não tem o condão de sustar a consumação da ordem de expulsão calcada em razões da conveniência da Autoridade Administrativa e da existência de causa legal que a justifica, conforme assente na doutrina que preconiza: A moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem.

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder, consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial.

(...) O que se veda ao Judiciário é a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais, e isso porque o juiz não é administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional (José do Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 13ª edição, 2005, Ed. Lumen Juris, p. 32).

Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da conveniência e oportunidade, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública, conforme vêm decidindo nossos Tribunais (RF, 225:96 e RT, 446:213). Caso contrário, o Judiciário, ensina Hely Lopes Meirelles, “estaria emitindo pronunciamento de administração e não de jurisdição judicial” (*Direito administrativo*, cit., p. 607). Assim, o ato discricionário é suscetível de apreciação pelo Judiciário, desde que esse exame esteja restrito aos aspectos de legalidade. Qualquer defeito do ato administrativo no que concerne ao mérito será sanado pela própria administração responsável pela sua prática. Esse saneamento não cabe ao Judiciário. A esse Poder é vedada a apreciação do ato administrativo no que respeita à oportunidade e conveniência, ou seja, ao mérito (Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 9ª Edição. Ed. Saraiva, 2004, p. 95-96).

A jurisprudência consigna em prol desse entendimento, consoante os precedentes da Suprema Corte e deste STJ: HC n. 73.940-SP, Relator Ministro *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ de 26 de junho de 1996; HC n. 72.082-RJ, Relator Ministro *Francisco Rezek*, Tribunal Pleno, DJ de 1º de março de 1996; HC n. 16.819-PA, Relator Ministro *Francisco Peçanha Martins*, Primeira Seção, DJ de 15 de abril de 2002.

5. *In casu*, o expulsando foi condenado pela prática do crime de extorsão, razão pela qual, através do procedimento administrativo IPE n. 023/2003, a sua permanência em território nacional foi considerada nociva à conveniência e aos interesses nacionais.

6. Outrossim, sobreleva notar que o presente *writ* não se insurge quanto ao procedimento administrativo no qual se decretou a expulsão, mas antes contra a decisão que condenara o paciente pelo crime de extorsão, transformando o presente *writ* em recurso contra a decisão final, como se a expulsão fosse sanção subsidiária à condenação.

7. Ademais, consoante asseverado pela autoridade coatora, à fl. 180, sequer foi requerida na via administrativa a reconsideração da decisão que decretara a expulsão.

8. Ordem denegada, com a revogação da medida liminar anteriormente deferida. (HC n. 56.986-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 18.9.2006)

No tocante à alegada nulidade do Inquérito Policial de Expulsão pela ausência de defensor no interrogatório do paciente, verifica-se que este foi interrogado destituído de defesa técnica (fl. 313e). Entretanto, entendo que tal fato não gera automaticamente a nulidade do inquérito policial de expulsão.

Como cediço, o Inquérito Policial de Expulsão é o procedimento adequado para formalização do processo administrativo de expulsão de estrangeiro. É regido pela Lei n. 6.815/1980, que elege o Ministro da Justiça como autoridade competente para determinar a expulsão de estrangeiro. Em sendo um processo administrativo, devem estar presentes todas as garantias constitucionais a ele inerentes.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, editou a Súmula Vinculante n. 5, que preconiza: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” Desse modo, *mutatis mutandis*, não há falar em prejuízo ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, em face da ausência de defensor no interrogatório do paciente, o que foi suprido nos demais atos, por ser dispensável a presença de advogado no processo administrativo.

Afasto, portanto, a alegação de nulidade do interrogatório.

Em relação aos requisitos para a não expulsão, contida no art. 75, II, **b**, do Estatuto do Estrangeiro, tenho que a ordem deve ser concedida.

Dos documentos acostados nos autos, extrai-se que o paciente possui união estável com brasileira desde 2005 (fls. 94-96e), bem como filho brasileiro

nascido em 21.11.2007, atualmente com 3 anos de idade (fl. 88e) sob sua guarda e dependência.

É bem verdade que não desconheço a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta do taxativo rol das hipóteses de impedimento a expulsão do estrangeiro quando “O nascimento e o registro de filhos do paciente verificarem-se *após* a ocorrência do fato criminoso que deu ensejo ao decreto de sua expulsão” (HC n. 80.493-SP, Rel. p/ acórdão Min. *Ellen Gracie*, DJ de 27.6.2003 - grifei).

Não se pode deixar, contudo, de reconhecer que em favor do paciente milita o fato de que, desde sua soltura em 2005 (livramento condicional) até a presente data, não há registros de nenhuma ocorrência que desabone sua conduta social. Ao contrário, parece ter constituído família, teve filho e mantém relação de trabalho com empresas brasileiras idôneas (fls. 135 e 164-169e), fatos que não corroboram a afirmação de que o paciente seria “nocivo ao bem comum” (fl. 150e), conforme parecer do Ministério da Justiça.

Nessa linha, aliás, a jurisprudência desta Corte:

Habeas corpus. Decreto de expulsão. Paciente com filhos nascidos no Brasil. Impossibilidade. Dependência econômica e afetiva. Comprovação.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se quanto à impossibilidade de expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, desde que comprovada a dependência econômica ou afetiva.

2. No direito brasileiro, que prestigia a dignidade da pessoa humana ao ponto de elevá-la, constitucionalmente, ao patamar de fundamento da República (CF, art. 1º, III), a dependência familiar não é necessariamente econômica, podendo ser tão-só afetiva. Num e noutro caso, deve estar razoavelmente comprovada para que possa impedir os efeitos de Decreto de Expulsão.

3. O fato de o pai ou a mãe encontrar-se preso – situação que pode impedir a contribuição para o sustento do menor – em nada afeta o reconhecimento da *dependência familiar afetiva*, que prescinde do componente financeiro, sobretudo quando o apoio material está inviabilizado pelo exercício legítimo do *ius puniendi* do Estado, na forma de limitação do direito de ir e vir, e de trabalhar, do estrangeiro.

4. No plano da justiça material, é irrelevante o ato ilícito que deu origem ao Decreto de Expulsão haver sido praticado antes do nascimento do menor dependente, pois os laços econômicos ou afetivos não reverberam na caracterização do *prius* (o crime), mas, sim, no *posterius* (as conseqüências administrativo-processuais); sem falar que o sujeito que se protege com a revogação do ato administrativo não é o expulsando, mas a criança e o adolescente.

5. *In casu*, demonstrado o vínculo efetivo e afetivo com o Brasil – o paciente mantém união estável com mulher brasileira e possui filhos menores brasileiros –, impõe-se o acolhimento do pedido de revogação do Decreto de Expulsão.

6. Ordem concedida. (HC n. 104.849-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 23.10.2008)

Administrativo e Processual Civil. *Habeas corpus*. Afastamento das preliminares. Expulsão de estrangeiro do território nacional. Condenação pelo crime de tráfico internacional de entorpecentes. Filho nascido no Brasil após a condenação penal e o ato expulsório. Artigo 75 da Lei n. 6.815/1990. Convivência sócio-afetiva e dependência econômica suficientemente demonstradas. Ocorrência da hipótese de exclusão de expulsabilidade. Art. 75, II, da Lei n. 6.815/1980. (HC n. 157.829-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 14.9.2010)

Desse modo, com fundamento no art. 75, II, **b**, do Estatuto do Estrangeiro e nos precedentes da Primeira Seção desta Corte, verifico a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente pela autoridade coatora, que decretou sua expulsão do território nacional por meio da Portaria/MJ n. 3.152, de 11.10.2010.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para invalidar a Portaria/MJ n. 3.152, de 11.10.2010, que decretou a expulsão do paciente do território nacional.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 17.423-DF (2011/0170085-5)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Impetrante: Antonio Geraldo Lopes

Advogado: Celso Luiz Braga de Lemos e outro(s)

Impetrado: Ministro de Estado da Justiça

Interessada: União

EMENTA

Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Nulidade.

– Na condução de seus procedimentos, deve a administração se orientar no sentido de assegurar a proteção aos direitos dos administrados, e não sacrificar direitos constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório, em nome do formalismo procedimental.

– A comissão pode, motivadamente, rejeitar pedido protelatório, porém, se, ainda na fase instrutória, defere pedido de oitiva de testemunhas, não pode deixar de ouvir novamente o acusado, que será, sempre, o último a falar nessa fase.

– O agravamento da tipificação dos fatos, conquanto possível, torna-se ilegal se o acusado dele não tiver ciência e não puder formular alegações antes da decisão.

Segurança concedida.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 18.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Antônio Geraldo Lopes impetra mandado de segurança contra a Portaria n. 744, de 3 de maio de 2011, ato do Ministro de Estado da Justiça, que demitiu o impetrante do cargo de artífice de obra e metalurgia do quadro de pessoal do Departamento de Polícia Federal.

Consta dos autos que o ex-servidor, depois de trinta e três anos de serviço e na condição de gestor do contrato de limpeza e conservação, teria

assediado funcionárias de empresas terceirizadas, submetendo-as a situações constrangedoras, o que lhe valeu o processo administrativo disciplinar que resultou em sua demissão, com fundamento nos artigos 116, IX (inobservância do dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa), 117, IX (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública) e 132, IV (demissão por improbidade administrativa), todos da Lei n. 8.112/1990, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

Os fatos objeto de apuração pela via administrativa também o foram em sede de responsabilidade penal, todavia, segundo a própria administração, “o presidente do inquérito policial optou por não indiciar o servidor, por desacreditar os relatos das empregadas. Entendeu ele não haver indícios suficientes para tanto” (fl. 47).

Alega o impetrante, em síntese, a nulidade do procedimento administrativo sancionador, por cerceamento de defesa.

Diz também não existir nenhuma “prova cabal da ocorrência das faltas” pelo que não haveria “fundamentação suficiente a sustentar, de modo indubioso [...] um assédio jamais existente” (fl. 25).

O pedido de concessão de liminar foi indeferido pela Presidência nos termos da decisão de fl. 338.

A autoridade coatora, nas informações que prestou às fls. 348 a 363, pugnou pela regularidade do procedimento, que, segundo entende, não foi marcado pelo cerceamento de defesa, tampouco pela insuficiência do conjunto probatório.

O Ministério Público Federal teve vista dos autos mas entendeu desnecessária sua intevenção no feito, ao argumento de que, “sendo as partes capazes e representadas juridicamente, inexistente hipótese prevista no artigo 82 do Código de Processo Civil e, não versando a causa matéria relacionada no art. 127, *caput*, da Constituição Federal, não se faz necessária a intervenção [...] como *custus legis* no feito” (fls. 366-367).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Tenho que a segurança deve ser concedida.

Com efeito, merece acolhimento a alegação de que o procedimento administrativo foi marcado pelo cerceamento de defesa.

É incontroverso que não se procedeu à nova inquirição do acusado depois de ouvidas as testemunhas.

A esse respeito, disse a autoridade coatora:

É de se destacar que os servidores que compõe a Comissão Processante são obrigados a seguir os estreitos caminhos legais na condução do PAD. Assim o fazendo, não oportunizaram nova manifestação do servidor investigado, apresentando, ato contínuo à defesa escrita, o Relatório Final (fl. 353, grifei).

Isso porque, referindo-se ao *iter* do processo administrativo, alega a administração que, nos termos do art. 165 da Lei n. 8.112/1990, encerrada a instrução, cabe à comissão processante elaborar o relatório conclusivo, encaminhando-o à autoridade julgadora.

Não obstante, atente-se para a clareza da regra procedimental pertinente:

Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158 (grifei).

Ora, há uma ordem a ser respeitada. A comissão poderia, motivadamente, rejeitar o pedido caso o considerasse protelatório (art. 156, § 1º, da Lei n. 8.112/1990), porém, se, ainda na fase instrutória, deferiu o pedido de oitiva de testemunhas (até porque toda a instrução se deu com base exclusivamente em provas testemunhais), não poderia, sem ferir a lei, ter deixado de ouvir novamente o acusado, que, aliás, é sempre o último a falar nessa fase (princípio do contraditório).

Vale dizer, no caso ora examinado, a administração, a pretexto de observar a “legalidade”, terminou por ferir a própria lei, motivo por si suficiente para a concessão da ordem.

Não bastasse isso, é preciso ter em conta que a lei geral do processo administrativo (Lei n. 9.784/1999), norma que molda a exegese dos procedimentos disciplinares no âmbito da União, dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, *em especial*, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Tem-se daí que, na condução de seus procedimentos, deve a administração se orientar no sentido de assegurar a proteção aos direitos dos administrados, e não, como ocorreu no caso, sacrificar direitos constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório, em nome do formalismo procedimental.

É de considerar, ainda, que houve, na hipótese, *reformatio in pejus* da decisão administrativa sem observância das prescrições legais.

Isso porque a comissão processante, após exposição motivada de razões, concluiu pela aplicação da penalidade de suspensão (fl. 271) por considerar que, à luz do art. 128 do Estatuto dos Servidores, “a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais” do acusado, era essa a medida disciplinar cabível (fls. 270-271), afinando-se, nesse ponto, com a jurisprudência desta Corte.

A propósito, entre tantos, o seguinte precedente:

Mandado de segurança. Servidor público federal. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Vícios. Inexistência. Tipificação inadequada da conduta do impetrante. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Inobservância. Ordem concedida.

[...]

2. Para a aplicação da pena máxima faz-se necessária a existência de provas suficientes da prática da infração prevista na lei, bem como impõe-se a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade da pena, o que não ocorreu no caso, uma vez que não se levou em conta o disposto no art. 128 da Lei n. 8.112/1990.

3. Ordem concedida (MS n. 13.678-DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 1º.8.2011).

Não obstante a recomendação da comissão disciplinar, foram os autos remetidos ao Ministério da Justiça, onde, pelas razões do parecer de fls. 303 a 322, foi agravada a tipificação da conduta, sob os seguintes fundamentos:

Além da patente infração ao disposto nos arts. 116, IX e 117, IX, da Lei n. 8.112/1990, entendemos que os atos acima descritos, praticados pelo acusado, caracterizam-se também como atos de improbidade administrativa que atentam contra princípios da Administração Pública, conforme dispõe o art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

[...]

Ora, sendo indiscutível que os atos praticados pelo acusado ferem de morte o princípio da moralidade, expressamente previsto no art. 37 da Constituição Federal como um dos princípios que regem a Administração Pública, deve o acusado ser enquadrado também no art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112/1990 (Improbidade administrativa) (fls. 318-319).

Esse agravamento unilateral da tipificação dos fatos, conquanto possível, torna-se ilegal se o acusado dele não tiver ciência e não puder formular alegações antes da decisão, a teor do princípio contido no art. 64, parágrafo único, da Lei Geral do Processo Administrativo (Lei n. 9.784/1999), *verbis*:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Daí a mencionada *reformatio in pejus* da decisão administrativa sem observância das prescrições legais.

Por fim e sem a pretensão de esgotar o rol de impropriedades, o parecer da AGU, ao final acolhido como razões de decidir pela autoridade impetrada, propôs a reforma da penalidade nos seguintes termos:

55. Quanto à penalidade a ser aplicada ao acusado, discordamos do relatório da Comissão Processante ao propor a aplicação da pena de suspensão pelo prazo de trinta dias.

56. Conforme já destacado, a Comissão invocou o princípio da proporcionalidade para afastar a aplicação da penalidade de demissão prevista no art. 132, inciso XII, da Lei n. 8.112/1990 para o caso de transgressão do inciso IX do art. 117 da mesma lei.

57. Ocorre que a aplicação do inafastável princípio da proporcionalidade deve ocorrer no momento do enquadramento da conduta do acusado nos tipos disciplinares previstos na lei. Havendo o enquadramento em infração disciplinar punida com demissão nos termos do art. 132 da Lei n. 8.112/1990, não há como se socorrer do princípio da proporcionalidade para aplicar penalidade diversa.

58. Note-se que o assunto já foi pacificado no âmbito da Administração Pública Federal por meio dos Pareceres Normativos AGU GQ-177 e GQ-183, dos quais se extrai a expressa proibição de abrandamento de eventual penalidade administrativa decorrente do enquadramento de servidor nas infrações disciplinares puníveis com demissão por expressa determinação legal (fls. 319 e 320).

Tem-se, por esse prisma, que o agravamento da sanção proposta se deu com o afastamento do princípio da proporcionalidade, isso, inclusive, com base em pareceres normativos (AGU GQ-177 e GQ-183) que esta Corte tem por ilegais. Confrimam-se:

Mandado de segurança. Servidor público. Penas de suspensão e demissão. *Bis in idem* e *reformatio in pejus*. Ocorrência. Vedação. Súmula n. 19-STF. Pareceres n. GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União. Ilegalidade.

1. O rejuízoamento do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por falta de amparo na Lei n. 8.112/1990, que prevê sua revisão tão-somente quando houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao servidor público.

2. O encerramento do PAD ocorre com o julgamento do feito pela autoridade competente, devendo ser-lhe atribuída um caráter de definitividade. O servidor público punido não pode permanecer sujeito a rejuízoamento do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar.

3. “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira” (Súmula n. 19-STF).

4. Mostram-se ilegais os Pareceres n. GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei n. 8.112/1990, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade.

5. Segurança concedida (MS n. 13.341-DF, Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, Terceira Seção, DJe de 4.8.2011).

Direito Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público federal. Médico perito do INSS. Demissão. Preliminar de impropriedade da via eleita. Rejeição. Ausência de defesa técnica. Súmula Vinculante n. 5-STF. Pareceres n. GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União. Ilegalidade. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Aplicação. Segurança parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado.

[...]

3. São ilegais os Pareceres n. GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei n. 8.112/1990, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade, de extrato constitucional.

4. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar.

[...]

7. Segurança parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado (MS n. 12.991-DF, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe de 27.5.2009).

Diante do exposto, concedo a segurança para declarar nulo o ato demissório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, na minha opinião, este voto e este julgamento vão constituir um divisor de águas na percepção que temos do processo administrativo disciplinar.

2. O voto do eminente Ministro Relator, ao meu ver, foi extremamente poderoso. Os discursos do Dr. Celso Luiz Braga de Lemos e do Dr. Rodrigo Frantz Becker estiveram à altura da gravidade do que estamos discutindo.

3. Ao meu sentir, tudo isso ocorre porque há uma teimosa e obstinada resistência da Administração em se aplicar no processo disciplinar as garantias próprias do processo penal. Isso é, diria, a obviedade ululante, para usar a expressão consagrada por Nelson Rodrigues.

4. Desde a Lei n. 11.689, de 2008, que se reimpõe, não como alternativa, nem como possibilidade, nem como faculdade, que o interrogatório é o último ato da instrução.

5. O direito penal é o direito sancionador por excelência, mas o direito disciplinar também é um direito sancionador.

6. No caso, tenho a impressão de que o Senhor Ministro Cesar Asfor Rocha não disse, mas sugere, que no processo disciplinar deve funcionar - e no futuro vai funcionar - o sistema acusatório; ou seja, não é possível concentrar-se na mesma pessoa, no mesmo órgão, a acusação, o julgamento e a execução.

7. Ainda vamos evoluir. Eu, certamente, não verei esse tempo, mas os Senhores Ministros Mauro Campbell, Herman Benjamin vão verificar essa situação em que, no processo disciplinar, não haverá essa concentração de funções, porque o indiciado fica rigorosamente cerceado pela concentração funcional e pela inobservância do sistema acusatório.

8. Isso acontece sabe por quê, Senhor Presidente Castro Meira? Porque a sanção, muitas vezes, já está definida antes do processo. Já existe na ideia de quem instaura a comissão a convicção de que aquele servidor deve ser punido porque é useiro e vezeiro em praticar ilícitos.

9. É uma coisa grave? Claro que é. Deve ser punido? Severamente, mas de acordo com as normas processuais que são retiradas, a meu ver, da cultura do processo penal.

10. Não há, consoante constato, testemunha de acusação e testemunha de defesa. No processo disciplinar, não pode haver porque a comissão não é órgão de acusação, mas dizemos com tanta naturalidade que as testemunhas foram as da defesa, como se as que a comissão arrolasse fossem de acusação.

11. Fiquei bastante impressionado, não surpreso, mas impressionado com a alta qualidade dos votos que foram proferidos e peço a V. Exa. que, se possível, me mande depois o áudio desta sessão, que, para mim, é de uma valia extraordinária. Volto a dizer, Senhor Presidente, que este julgamento vai ser o *divortium aquarum*, pelo menos para mim, com relação à apreciação que se faz do processo disciplinar. Saio fortalecido, esclarecido, instruído e iluminado com a discussão de hoje.

12. Acompanho integralmente o voto do Senhor Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.235.353-PR (2011/0026666-0)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Volvo do Brasil Veículos Ltda e outros

Advogado: Carlos Alberto Hauer de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. CPMF. Suspensão da exigibilidade mediante depósitos judiciais. Superveniente edição de legislação que concede

benefícios (dispensa da multa e redução da taxa de juros). Direito ao levantamento das diferenças dos índices relativos à Selic, substituída pela TJLP. Inexistência.

1. Os recorrentes impetraram Mandado de Segurança visando afastar a cobrança da CPMF. De modo a evitarem os encargos da mora, providenciaram tempestivamente (na data do vencimento da exação) a realização de depósitos judiciais relativos, à evidência, apenas ao valor principal do tributo devido.

2. No curso da lide, foi editada a Lei n. 10.637/2002, que concedeu benefício em seu art. 14, consistente na dispensa de multa e na redução da taxa de juros (substituição da Selic pela TJLP), condicionado à desistência da ação e, cumulativamente, à renúncia ao direito sobre o qual ela se funda.

3. Controverte-se nos autos a respeito do pretendido direito às diferenças relativas aos juros. Defende-se a tese de que a conversão em renda da União deve se limitar ao valor do tributo depositado, com acréscimo de juros pela TJLP – as diferenças relacionadas à incidência da Selic nos depósitos judiciais constituiriam crédito dos recorrentes, a ser por eles levantado.

4. Prescreve o art. 14, § 3º, da Lei n. 10.637/2002 que os débitos referentes a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal (atual Receita Federal do Brasil) “poderão ser pagos em parcela única até o último dia útil de janeiro de 2003 com a dispensa de multas moratória e punitivas”, e que “os juros de mora devidos serão determinados pela variação mensal da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP)”.

5. Conforme verificado pelo Tribunal de origem, não se confunde o benefício fiscal instituído na forma acima com o regime jurídico dos depósitos judiciais, estabelecido na Lei n. 9.703/1998. De acordo com o seu art. 1º, as quantias depositadas serão imediatamente transferidas para a conta única do Tesouro Nacional (§ 2º) e transformadas em pagamento definitivo ou devolvidas à parte autora, caso a decisão final a eles seja favorável, hipótese em que serão acrescidas de juros Selic (§ 3º, I).

6. Dito de outro modo, como o depósito judicial não incluiu acessórios como, por exemplo, os juros Selic, e os recorrentes não

obtiveram vitória na demanda, essa taxa de juros simplesmente não existiu no caso concreto. Não há, por consequência, “diferenças” em seu favor.

7. As situações, portanto, são absolutamente distintas. De um lado, utiliza-se a Selic para os tributos pagos com atraso (juros moratórios); de outro, a remuneração dos depósitos judiciais de tributos federais é matéria absolutamente estranha e, aliás, nem sequer foi suportada pelos autores da demanda, pois, repita-se, os depósitos foram realizados de forma simultânea ao vencimento.

8. Desse modo, é inadmissível que o contribuinte que opta por efetuar, concomitantemente ao vencimento do tributo, o seu depósito judicial – portanto, livre dos encargos de mora – venha a postular o suposto crédito contra o Fisco, atinente a encargo que não é e nem foi por ele suportado.

9. O acolhimento da pretensão recursal subverteria a lógica do sistema de arrecadação tributária e faria do Poder Judiciário o garantidor de medidas especulativas (verdadeira “mina de ouro”). Seria mais vantajoso para o contribuinte deixar de pagar a exação, optando pelo depósito judicial e contando com as recentes – e atualmente constantes – medidas de arrecadação que suavizam os encargos de mora, gerando-lhe rendimentos que não poderiam ser obtidos nos meios usuais de captação de recursos monetários.

10. Os precedentes jurisprudenciais invocados pelos recorrentes, no memorial apresentado, são inaplicáveis *in casu*, porque não foi enfrentada a questão específica e com as singularidades destacadas no presente feito, a saber a disciplina jurídica dos depósitos judiciais enquanto não houver a remuneração dos juros pela Selic.

11. Recurso Especial não provido.

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, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (RISTJ, art. 162, § 2º).

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 4.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

Agravo. Negativa de seguimento. Conversão em renda. Depósito. Correção monetária. Apropriação de parte dos valores. Lei n. 10.637/2002.

1. Ainda que seja faculdade da parte, o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito se for integral, mas, uma vez efetuados os depósitos, ficam à disposição do juízo, devendo ser convertidos em renda ou levantados, dependendo do desfecho da ação.

2. Se o mandado de segurança foi improcedente, versando sobre CPMF, considerada constitucional por decisão *erga omnes* e com efeito vinculante, a conversão em renda dos valores se impõe.

3. A remuneração dos depósitos segue legislação específica, e, portanto, a parte não pode se beneficiar de lei que dispense, relativamente aos débitos, multa moratória e determine aplicação de outro índice, para apropriar-se da diferença de valores postos à disposição do juízo até o trânsito da sentença e, a partir daí, para o vencedor da ação.

4. Entendimento diverso implicaria o reconhecimento de que teria direito à aplicação financeira com dinheiro de terceiros, o que não pode ser permitido pelo Poder Judiciário.

Os recorrentes alegam violação dos arts. 535, II, e 557 do CPC; do art. 14 da Lei n. 10.637/2002; do art. 84 da Lei n. 8.981/1995; dos arts. 151, 156, VI, e 161 do CTN; e do art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.703/1998. Defendem, em síntese, o entendimento de que, ao aderir ao benefício instituído pelo art. 14 da Lei n. 10.637/2002, fazem jus ao pagamento do tributo devido acrescido de juros

TJLP, razão pela qual as diferenças relativas à incidência da Selic, incidentes nos depósitos judiciais, deverão ser por eles levantadas.

Foram apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 10.2.2011.

Inicialmente, esclareço que os recorrentes ajuizaram ação com a finalidade de não se sujeitarem ao pagamento da extinta CPMF.

De modo a suspender a exigibilidade do tributo, foram realizados depósitos judiciais dos valores devidos. Essencial destacar que as quantias representavam o valor da exação devida (principal), *sem os acréscimos legais* (multa e juros moratórios, encargos do Decreto-Lei n. 1.025/1969), tendo em vista que os depósitos efetivaram-se na data de vencimento do tributo.

Em se tratando de tributo federal, os depósitos judiciais foram submetidos ao regime jurídico da Lei n. 9.703/1998, isto é, transferidos de imediato à conta do Tesouro Nacional, sujeitando-se, *em caso de vitória do contribuinte (derrota da Fazenda Pública)*, à devolução acrescida da remuneração pela Selic, conforme disposto em seu art. 1º, ora transcrito:

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o

for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

§ 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição. (grifei)

No curso da lide, sobreveio o benefício instituído pela Lei n. 10.637/2002, qual seja a possibilidade de pagamento de tributos federais com dispensa da multa e incidência de juros pela TJLP:

Art. 14. Os débitos de que trata o art. 13, relativos a fatos geradores vinculados a ações judiciais propostas pelo sujeito passivo contra exigência de imposto ou contribuição instituído após 1º de janeiro de 1999 ou contra majoração, após aquela data, de tributo ou contribuição anteriormente instituído, poderão ser pagos em parcela única até o último dia útil de janeiro de 2003 com a *dispensa de multas moratória e punitivas*.

§ 1º Para efeito deste artigo, o contribuinte ou o responsável deverá comprovar a desistência expressa e irrevogável de todas as ações judiciais que tenham por objeto os tributos a serem pagos na forma do *caput*, e renunciar a qualquer alegação de direito sobre as quais se fundam as referidas ações.

§ 2º O benefício de que trata este artigo somente poderá ser usufruído caso o contribuinte ou o responsável pague integralmente, no mesmo prazo estabelecido no *caput*, os débitos nele referidos, relativos a fatos geradores ocorridos de maio de 2002 até o mês anterior ao do pagamento.

§ 3º Na hipótese deste artigo, *os juros de mora devidos serão determinados pela variação mensal da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP)*.

Feitos estes esclarecimentos, passo ao exame dos fundamentos do recurso.

Constato que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp n. 927.216-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.8.2007; e REsp n. 855.073-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.6.2007.

Na hipótese dos autos, toda a controvérsia sobre o pretendido direito de levantar diferenças relativas à incidência de juros nos depósitos judiciais (Selic X TJLP) diz respeito à questão de fundo, de modo que a irresignação dos recorrentes com o acórdão hostilizado não pode ser confundida com a existência de um dos vícios listados no art. 535 do CPC.

Relativamente ao art. 557 do CPC, o STJ possui o entendimento de que inexistente violação ao referido dispositivo quando ocorre, posteriormente, julgamento pelo órgão colegiado – como acontece com Agravo interposto contra decisão monocrática.

Quanto à questão de fundo, é manifesta a improcedência da pretensão recursal.

O benefício instituído pelo art. 14 da Lei n. 10.637/2002 não pode ser transformado em instrumento de especulação ou planejamento tributário.

Com efeito, a benesse foi criada com a finalidade de alcançar os contribuintes que estivessem em situação de inadimplência com o Fisco. Daí a justificativa para dispensar o pagamento de multa (de mora ou de ofício) e aplicar índice de juros mais benéfico (TJLP) para o sujeito passivo com débitos em atraso.

No caso dos depósitos judiciais de que tratam os autos, é importante lembrar que sejam efetuados concomitantemente ao vencimento da exação, isto é, sem o acréscimo de juros, multas ou quaisquer outros encargos de mora.

Nesses termos, conclui-se que, a despeito do esforço criativo apresentado pelos recorrentes, a situação descrita no art. 14 da Lei n. 10.637/2002 é a eles inaplicável.

De fato, se o depósito foi realizado sem a incidência de juros (porque, reitero, não havia mora), inexistente diferença de juros a ser creditada aos recorrentes.

Como se vê, a aplicação da mencionada regra, conforme pleiteada, beira a subversão da ordem jurídica, e conduziria à utilização do Poder Judiciário para o fim de cancelar a atividade de tributação como instrumento para aferição de rendimentos para os contribuintes.

Para demonstrar o que acima foi dito, tenha-se em mente estas situações em relação aos contribuintes da CPMF: a) o contribuinte A recolhe normalmente o tributo devido; b) o contribuinte B é inadimplente; e c) o contribuinte C submete a questão ao Poder Judiciário e promove o depósito da exação.

Sobrevindo a legislação que criou o benefício, teríamos o seguinte desfecho em caso de acolhimento da pretensão recursal: a) o contribuinte A em nada é afetado; b) o contribuinte B terá condições de efetuar o pagamento com dispensa da multa e com juros pela TJLP; e c) o contribuinte C, vencido na demanda (pois ao desistir dela e renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação assumiu a condição de parte sucumbente), quitará o tributo e ainda será credor do Fisco, relativamente à diferença entre a remuneração do depósito (Selic) e os juros efetivamente devidos (TJLP).

A prevalecer esse entendimento, deixar de pagar tributos terá se tornado verdadeira “mina de ouro” em favor dos sujeitos passivos das obrigações tributárias.

A rigor, relembro que o contribuinte C nem sequer pode ser considerado inadimplente quanto aos juros, pois o depósito fez cessar a sua responsabilidade por eles, nos termos do art. 9º, § 4º, da LEF (“Somente o depósito em dinheiro, na forma do artigo 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora”).

Por essa razão, não merece reparo o fundamento do Tribunal de origem (fls. 480-481, e-STJ):

(...)

10. Os juros que incidiram sobre os depósitos realizados nos autos, ao revés do que afirmam as autoras, não se tratam de juros moratórios, afetados pela disposição do § 3º transcrito, mas sim remuneratórios, destinados, tão somente, a recompor o crédito a que fazia jus quando do depósito inicialmente realizado. De fato, a modificação do tipo de juros a que se refere a referida lei versa sobre aqueles juros que incidiram sobre os débitos tributários antes do depósito - esses sim moratórios -, e não sobre aqueles supervenientes ao depósito.

11. Na sistemática de reconhecimento dos tributos federais, foi concebido o sistema de remuneração das contas de depósito judicial de forma a permitir, de um lado, que a União Federal recebesse ao final o valor devido depositado tal como se tivesse recebido ao tempo e modo adequados ao pagamento, e, de outro, que o devedor, se comprovasse que parte ou o todo da exigência tributária teria sido indevida, percebesse o valor a que faria jus se tivesse efetivamente recolhido aos cofres ao tempo de modo devidos, ou seja, com os juros aplicáveis aos tributos em geral.

12. Tal sistema garantiu o respeito ao *princípio da isonomia* entre o ente tributante e as pessoas tributadas, de modo que a devolução de valores somente seria cabível na proporção exata da parcela inicialmente depositada que se mostrasse indevida. Assim, se o impetrante depositou 100 unidades monetárias,

alegando que toda ela era indevida e, posteriormente, verificou-se que apenas 20 dessas unidades não poderiam ser cobradas, o impetrante poderia, ao final, levantar o percentual reconhecidamente indevido - ou seja, para o caso hipotético, 20% de todo o saldo da conta de depósito judicial, incluindo-se, portanto a remuneração sobre ela aplicada. Note-se que, nessas hipóteses, não poderia a União alegar que a parcela remuneratória originada nos 20% indevido deveria ser vertida a seus cofres, assim como não poderia o contribuinte querer que a parcela remuneratória sobre os 80% reconhecidamente devidos lhe fossem destinadas. É que, em um e outro caso, cada um está recebendo os frutos do montante que lhe pertencia, não se podendo falar em enriquecimento indevido de um ou outro lado.

13. A dispensa de juros de mora e multa a que se refere a lei de que pretende a peticionante se beneficiar são aquelas parcelas de juros de mora e multas que compuseram o cálculo inicial do depósito, aqueles valores de juros e multa que se mostraram presentes no primeiro depósito, parcelas inexistentes no caso da peticionante.

14. Não aproveita às requerentes eventual argumento de isonomia com outras empresas que não tivessem ajuizado ação - de que, persistindo tal tirocínio, aqueles que não tivessem efetuado o depósito judicial seriam beneficiados em detrimento daqueles que ajuizaram ações com depósitos vinculados. É que um e outro são casos completamente diversos: no primeiro, o contribuinte se sujeita a diversas restrições decorrentes da não suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto no segundo, o contribuinte pode prosseguir com suas operações comerciais e fiscais livre de qualquer ônus.

15. *Note-se, por oportuno, que devolver à peticionante parte da remuneração de valores que ela mesma, através da renúncia ao direito homologada por decisão judicial irrecorridas, reconheceu devidos seria permitir que ela se beneficiasse de aplicação financeira com dinheiro de terceiros - in casu, da União Federal -, o que é completamente fora de propósito.*

16. *Posto isso, homologo a desistência formulada, mas indefiro o pedido de levantamento parcial dos valores depositados, devendo todo o montante depositado pelas requerentes ser convertido em renda da União Federal.*

Relativamente ao memorial apresentado em 14.3.2011, esclareço que os precedentes jurisprudenciais citados, *data venia*, não atentaram para a questão específica tratada nestes autos, qual seja a de que o depositante somente teria direito ao levantamento da diferença dos juros de mora (Selic X TJLP) se os referidos encargos tivessem sido por ele suportados – relembre-se que, na espécie, a atualização dos depósitos judiciais, pela Selic, somente seria feita – à conta do Tesouro Nacional – se houvesse necessidade de devolução, em face da vitória da parte autora da demanda.

Com efeito, no AgRg no REsp n. 761.796-SC, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, o fundamento central adotado no *decisum* limitou-se à interpretação literal do disposto no art. 14, § 3º, da Lei n. 10.637/2002 e no art. 8º, § 5º, da Instrução Normativa Conjunta SRF/PGFN/INSS n. 7/2003, e à impossibilidade de tratamento desigual entre o contribuinte inadimplente e aquele que, efetuando o depósito judicial, submeteu a controvérsia ao crivo do Poder Judiciário.

In casu, a interpretação literal do art. 14 da Lei n. 10.637/2002 é suficiente para demonstrar o equívoco da tese ora apresentada. Transcrevo, novamente, o conteúdo da aludida norma:

Art. 14. Os débitos de que trata o art. 13, relativos a fatos geradores vinculados a ações judiciais propostas pelo sujeito passivo contra exigência de imposto ou contribuição instituído após 1º de janeiro de 1999 ou contra majoração, após aquela data, de tributo ou contribuição anteriormente instituído, poderão ser pagos em parcela única até o último dia útil de janeiro de 2003 com a *dispensa de multas moratória e punitivas*.

(...)

§ 3º Na hipótese deste artigo, *os juros de mora devidos serão determinados pela variação mensal da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP)*.

Como se vê, é textual a lei em definir que o benefício consiste na exclusão das multas e na redução dos juros. Note-se que, em relação ao principal do débito, não houve qualquer tipo de renúncia por parte do Fisco.

Assim sendo, questiono: como o contribuinte que fez o depósito apenas do principal pode pleitear diferenças sobre montantes iguais a zero (se não houve depósito de parcela referente à multa ou aos juros de mora, a diferença sobre “zero” corresponde, naturalmente, a “zero”)?

No que se refere ao AgRg no REsp n. 1.058.976-RJ, de Relatoria do Ministro Teori A. Zavascki, a premissa adotada é diferente da utilizada na presente decisão, ou seja, lá se registrou que os depósitos, antes do pedido de levantamento, já estavam acrescidos da remuneração pela Selic, efetuada pela Caixa Econômica Federal:

Os depósitos judiciais efetuados pela Autora foram remunerados pela CEF, com base na taxa Selic, conforme preceituado na Lei n. 9.703/1998. Caso fosse julgada a pretensão autoral, o vencedor receberia o principal mais os juros baseados na Selic.

A situação acima narrada, inócurrenre na espécie, causa certa perplexidade, pois, conforme mencionado, o art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.703/1998 expressamente prevê que a Selic será paga pelo Tesouro Nacional (não pela Caixa Econômica Federal) e, ainda assim, apenas ao final da lide (e não durante o seu tramitar), se, cumulativamente, encerrar-se o feito com a vitória da parte que originalmente fizera o depósito.

Finalmente, quanto ao REsp n. 382.929-RS, de relatoria do Min. Franciulli Netto, a discussão tem por objeto matéria totalmente estranha à versada nos autos, isto é, a homologação do pedido de desistência da Apelação para o gozo do benefício instituído no art. 17 da Lei n. 9.779/1999, que deveria ser ampliado para outras ações além daquelas em que foi requerida, em controle concentrado, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei.

Com essas considerações, *nego provimento ao Recurso Especial*.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, III, alínea a, da CF, contra acórdão, cuja ementa foi lavrada nas seguintes letras:

Agravo. Negativa de seguimento. Conversão em renda. Depósito. Correção moentária. Apropriação de parte dos valres. Lei n. 10.637/2002. 1. Ainda que seja faculdade da parte, o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito se for integral, mas, devendo ser convertidos em renda ou levantados, dependendo do desfecho da ação. 2. Se o mandado de segurança foi improcedente, versando sobre CPMF, considerada constitucional por decisão "erga omnes" e com efeito vinculante, a conversão em renda dos valores se impunha. 3. A remuneração dos depósitos segue legislação específica, e, portanto, a parte não pode se beneficiar de lei que dispense, relativamente aos débitos, multa moratória e determine aplicação de outro índice, para apropriar-se da diferença de valores postos à disposição do Juízo até o trânsito da sentença e, a partir daí, para o vencedor da ação. 4. Entendimento diverso implicaria o reconhecimento de que teria direito à aplicação financeira com dinheiro de terceiros, o que não pode ser permitido pelo Poder Judiciário.

Posteriormente, a Recorrente interpôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos, tão-somente, para efeito de prequestionamento.

Com efeito, admitido o Recurso Especial interposto, os autos subiram ao Colendo STJ que cassou o acórdão dos aclaratórios e determinou o retorno dos autos a esta Corte, para decidir sobre a matéria ventilada nos embargos de declaração.

A Corte Regional analisou a matéria ventilada nos aclaratórios, sanando as omissões apontadas, tratando do tema para efeito de prequestionamento sem, contudo, alterar o acórdão proferido, resultando na seguinte ementa:

Embargos de declaração. Artigo 535 do Código de Processo Civil. Omissão. Enfrentamento de matérias suscitadas em primeiro grau de jurisdição. Artigos 14 da Lei n. 10.637/2002, 6º e 8º da Portaria Conjunta SRF/PGFN/INSS n. 06/2003, 156, inciso VI, do Código Tributário Nacional e 8º da Lei n. 8.541/1992. Princípio da isonomia. Prequestionamento garantido. Se as empresas tivessem depositado o tributo controvertido acrescido de juros moratórios devidos até a data do depósito, esses juros poderiam ser levantados, em face da adesão ao benefício previsto na Lei n. 10.637/2002. Os juros incidentes sobre os depósitos realizados nos autos não configuram juros moratórios, afetados pela disposição do § 3º do art. 14 da Lei n. 10.637/2002, mas sim remuneratórios, destinados, tão somente, a recompor o crédito a que fazia jus quando do depósito inicialmente realizado. O sistema adotado garante respeito ao princípio da isonomia entre o ente tributante e as pessoas tributadas, de modo que a devolução de valores somente seria cabível na proporção exata da parcela inicialmente depositada que se mostrasse indevida. Inaplicável a Portaria Conjunta SRF/PGFN/INSS n. 06/2003, a qual regulamentou a Lei n. 10.637/2002 e cujos dispositivos fazem expressa referência a juros de mora. A remuneração do depósito é mero acessório do principal e, portanto, segue a sorte deste último; assim, se declarada a improcedência da demanda ou a desistência, com renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, o depósito original é revertido em favor do Fisco, o mesmo sucedendo com os juros remuneratórios. Embargos de declaração parcialmente providos.

Novos aclaratórios foram interpostos e rejeitados, tendo sido considerados protelatórios, com a aplicação de multa no valor de quinhentos reais.

No recurso especial, sustenta a Recorrente a afronta aos artigos 535, II, 557 do CPC; art. 14, § 3º, da Lei n. 10.637/2002; arts. 151, 156, VI, 161, do CTN; art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.703/1998; art. 84, da Lei n. 8.981/1995. Discorre, sobre a existência de omissão no julgado, que a remissão parcial dos juros Selic com a troca da taxa pela TJLP enseja o resgate da diferença entre os juros moratórios remitidos e os juros compensatórios/remuneratórios incidentes sobre o depósito judicial realizado para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (e-STJ fls. 536-570).

Contrarrazões nas e-STJ fls. 577-584.

Recurso regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 585-587).

Na sessão do dia 23.3.2011, o Relator, Min. Herman Benjamin, negou provimento ao recurso especial.

Pedi vista em razão de examinar o tema em sede do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.251.513-PR, de Minha relatoria, que trata de situação análoga.

Trago o feito nesta data para julgamento.

O recurso representativo da controvérsia a que me referi recebeu julgamento na conformidade da seguinte ementa:

Processual Civil. Tributário. Recurso representativo da controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Parcelamento ou pagamento à vista com remissão e anistia instituídos pela Lei n. 11.941/2009. Aproveitamento do benefício mediante a transformação em pagamento definitivo (conversão em renda) de depósito judicial vinculado a ação já transitada em julgado. Impossibilidade de devolução da diferença entre os juros que remuneram o depósito judicial e os juros de mora do crédito tributário que não foram objeto de remissão.

1. A alegação de violação ao art. 535, do CPC, desenvolvida sobre fundamentação genérica chama a aplicação da Súmula n. 284-STF: *“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”*.

2. A possibilidade de aplicação da remissão/anistia instituída pelo art. 1º, § 3º, da Lei n. 11.941/2009, aos créditos tributários objeto de ação judicial já transitada em julgado foi decidida pela instância de origem também à luz do princípio da isonomia, não tendo sido interposto recurso extraordinário, razão pela qual o recurso especial não merece conhecimento quanto ao ponto em razão da Súmula n. 126-STJ: *“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”*.

3. De acordo com o art. 156, I, do CTN, o pagamento extingue o crédito tributário. Se o pagamento por parte do contribuinte ou a transformação do depósito em pagamento definitivo por ordem judicial (art. 1º, § 3º, II, da Lei n. 9.703/1998) somente ocorre depois de encerrada a lide, o crédito tributário tem vida após o trânsito em julgado que o confirma. Se tem vida, pode ser objeto de remissão e/ou anistia neste íterim (entre o trânsito em julgado e a ordem para transformação em pagamento definitivo, antiga conversão em renda) quando a lei não exclui expressamente tal situação do seu âmbito de incidência. Superado, portanto, o entendimento veiculado no item “6” da ementa do REsp n. 1.240.295-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 5.4.2011.

4. O § 14, do art. 32, da Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 6/2009, somente tem aplicação para os casos em que era possível requerer a desistência da ação. Se houve trânsito em julgado confirmando o crédito tributário antes da entrada em vigor da referida exigência (em 9.11.2009, com a Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 10/2009), não há que se falar em requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício.

5. *A remissão de juros de mora insertos dentro da composição do crédito tributário não enseja o resgate de juros remuneratórios incidentes sobre o depósito judicial feito para suspender a exigibilidade desse mesmo crédito tributário. O pleito não encontra guarida no art. 10, parágrafo único, da Lei n. 11.941/2009. Em outras palavras: "Os eventuais juros compensatórios derivados de supostas aplicações do dinheiro depositado a título de depósito na forma do inciso II do artigo 151 do CTN não pertencem aos contribuintes-depositantes." (REsp n. 392.879-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.8.2002).*

6. No caso concreto, muito embora o processo tenha transitado em julgado em 12.12.2008 (portanto desnecessário o requerimento de desistência da ação como condição para o gozo do benefício) e a opção pelo benefício tenha antecedido a ordem judicial para a transformação do depósito em pagamento definitivo (antiga conversão em renda), as reduções cabíveis não alcançam o crédito tributário em questão, pois o depósito judicial foi efetuado antes do vencimento, não havendo rubricas de multa, juros de mora e encargo legal a serem remetidas.

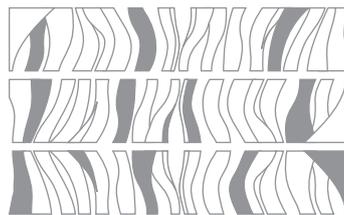
7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008 (REsp n. 1.251.513-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.08.2011).

Penso que o precedente firmado em sede de recurso representativo da controvérsia - notadamente o item "5" - se aplica genericamente para todos os casos em que o contribuinte pleiteia o resgate de uma suposta diferença existente entre os juros de mora remetidos (no caso, art. 14, § 3º, da Lei n. 10.637/2002, que remitiu juros ao trocar a taxa Selic pela TJLP) e os juros compensatórios que remuneraram o depósito judicial que realizou para discutir o crédito tributário em juízo (no caso, juros Selic).

Desta forma, tendo o relator proferido voto na conformidade da jurisprudência firmada por ocasião do recurso repetitivo, acompanho o voto de Sua Excelência para negar provimento ao recurso especial, com a sugestão de que faça da ementa constar o julgamento do citado recurso representativo da controvérsia.

Ante o exposto, *acompanho o relator e nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.



Primeira Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
21.662-SP (2011/0078141-5)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: Oswaldo Ribeiro Junqueira Neto

Advogado: Wagner Marcelo Sarti

Interessado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Prefeito. Improbidade administrativa. Promoção pessoal indevida no cemitério local por ocasião do feriado de finados. Art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Elemento subjetivo (dolo) não configurado. Agravo do Ministério Público Federal desprovido.

1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10).

2. Não se tolera, porém, que a conduta culposa dê ensejo à responsabilização do Servidor por improbidade administrativa; a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade; ademais, causa lesão à razoabilidade jurídica o sancionar-se com a mesma e idêntica reprimenda demissória a conduta ímproba dolosa e a culposa (art. 10 da Lei n. 8.429/1992), como se fossem igualmente reprováveis, eis que objetivamente não o são.

3. O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei n. 8.429/1992 é aceitável, e mesmo recomendável,

para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa).

4. No presente caso, a conduta imputada ao agravado consiste na suposta realização de promoção pessoal indevida no cemitério local por ocasião do feriado de Finados que, utilizando-se de funcionários públicos municipais, fez com que estes, na madrugada do dia 2 de novembro de 2003, distribuíssem por todos os túmulos existentes no cemitério municipal, um botão de roda acompanhado de cartão (fls. 10).

5. Na linha da orientação ora estabelecida, a sentença de primeira instância julgou improcedente o pedido do Ministério Público por ter entendido ausentes o dolo ou a má-fé do recorrente.

6. Ocorre que o Tribunal de origem, apesar de reconhecer a ausência do elemento subjetivo (dolo) ao afirmar que, muito embora, a princípio, não se vislumbre má-fé na atitude do Prefeito apelado, nem se tenha evidências de que teriam sido utilizados recursos financeiros públicos na empreitada motivadora do ajuizamento da presente ação, ao contrário (fls. 372), classifica esse mesmo comportamento como ato de improbidade administrativa.

7. Não tendo sido associado à conduta do recorrente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa.

8. Agravo Regimental do *Ministério Público Federal* desprovido.

ACÓRDÃO

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

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 15.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho 1. Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo *Ministério Público Federal - MPF* contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial, nos seguintes termos:

Administrativo. Agravo em recurso especial. Improbidade administrativa. Promoção pessoal indevida no cemitério local por ocasião do feriado de finados. Art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Elemento subjetivo (dolo) não configurado. Parecer do Ministério Público pelo não provimento do recurso. Recurso provido, no entanto (fls. 562).

2. Em suas razões recursais, o agravante sustenta que o recurso não deveria ter sido conhecido, por não ter o recorrente impugnado especificamente a base jurídico-legal da decisão combatida, bem como em face da impossibilidade de análise, em sede especial, da alegação relativa à suposta ausência de dolo.

3. Aduz que *o artigo que trata dos atos contrários aos princípios da Administração Pública é norma residual em relação aos artigos 9º e 10, significando dizer que, independente de dolo na conduta, quando não for possível enquadrar o ato de improbidade como enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, usa-se o art. 11 como regra de reserva de forma a proporcionar a punição ao agente público ímprobo* (fls. 582).

4. Pugna, desse modo, pela reconsideração da decisão ora atacada ou a apresentação do feito à Turma Julgadora para que seja desprovido o Recurso Especial. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A despeito das alegações do agravante, razão não lhe assiste, porquanto os argumentos trazidos no recurso não foram suficientes para infirmar a decisão recorrida, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

2. Dessume-se dos autos que o Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com Ação Civil Pública em face de *Oswaldo Ribeiro Junqueira Neto*, com fundamento na suposta realização de promoção pessoal indevida no cemitério local por ocasião do feriado de Finados que, *utilizando-se de funcionários públicos municipais, fez com que estes, na madrugada do dia 2 de novembro de 2003, distribuíssem por todos os túmulos existentes no cemitério municipal, um botão de roda acompanhado de cartão* (fls. 10).

3. O pedido foi julgado improcedente em primeira instância, tendo o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede recursal, reformado a sentença para condenar o ora recorrente ao pagamento de multa civil correspondente à metade do valor da remuneração recebida, com fundamento no art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

4. Diante dessa julgado, o recorrente interpôs o presente Recurso Especial, em que sustenta a necessidade de comprovação do elemento subjetivo dolo para que se configure a hipótese de improbidade administrativa, o que não ocorreu na hipótese.

5. Presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso Especial, passo à análise do mérito.

6. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, tipificando como de improbidade administrativa o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11).

7. Ocorre que a Lei n. 8.429/1992 deixou de delimitar o ato ímprobo, o que pode levar a Administração a punir indiscriminadamente os atos *apenas ilegais* praticados por seus Servidores como se fossem atos de improbidade, alterando a essência da lei.

8. De fato, não se deve admitir que a *conduta culposa* renda ensejo à responsabilização do Servidor por improbidade administrativa; com efeito, a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade administrativa. O elemento *culpabilidade*, no interior do ato de improbidade, *se apurará sempre a título de dolo*, embora o art. 10 da Lei n. 8.429/1992 aluda efetivamente à sua ocorrência de forma culposa; parece certo que tal alusão tendeu apenas a fechar por completo a sancionabilidade das ações ímprobas dos agentes públicos, mas se mostra mesmo impossível, qualquer das condutas descritas nesse item normativo, na qual não esteja presente o dolo.

9. Quanto às condutas postas no art. 9º da Lei n. 8.429/1992, os Professores MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR dizem que os seus conteúdos não admitem a forma culposa; eis a lição desses especialistas:

Ponto que merece atenção diz respeito ao elemento subjetivo necessário à caracterização das condutas elencadas naqueles dispositivos. Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; são todas dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata (Improbidade Administrativa, São Paulo, Atlas, 1999, p. 124).

10. No que se refere às condutas gizadas no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, esses mesmos doutrinadores fazem observações assemelhadas (ob. cit., p. 125); o Professor JOSÉ ARMANDO DA COSTA, para quem os atos de improbidade são *espécies de infrações disciplinares*, leciona o seguinte:

Não sendo concebível que uma pessoa enriqueça ilicitamente, cause prejuízo ao erário ou transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e de lealdade às instituições públicas, por ação ou omissão meramente culposa (negligência, imprudência ou imperícia), forçosamente haveremos de concluir que o elemento subjetivo do delito disciplinar da improbidade é o dolo (Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa, Brasília, Brasília Jurídica, 2002, p. 22).

11. Aceitando-se essa matriz analítica do ato de improbidade sugerida nessa ponderação, pode-se concluir de imediato que *eventuais ilegalidades formais ou materiais cometidas pelos Servidores Públicos não se convertem automaticamente em atos de improbidade administrativa*, se nelas não se identifica a vontade deliberada e consciente de agir, ou seja, *excluindo-se a possibilidade de improbidade meramente culposa*; essas limitações servem à finalidade de escoimar da prática administrativa a banalização das imputações vazias e para revelar a gravidade dessas mesmas imputações, que devem ser combatidas e intoleradas.

12. Por outro lado, a tipificação deficiente ou a falta de tipificação fechada do ato ímprobo – como é manifestamente desejável, por se tratar de requisito próprio do Direito Sancionador – pode levar a Administração a punir com a mesma sanção os atos simplesmente ilegais e os atos indubitavelmente caracterizados como de improbidade administrativa praticados por seus Servidores, *o que impõe a atuação moderadora e corretiva do Poder Judiciário*, para evitar os excessos e o tratamento uniforme de situações objetivas distintas e inconfundíveis, com infração ao princípio da reserva de proporcionalidade.

13. É intolerável, do ponto de vista jurídico, que a conduta administrativa reconhecida culposa enseje a aplicação ao Servidor Público da mesma

enérgica sanção que merece a repressão à conduta comprovadamente dolosa, caracterizadora do ato de improbidade administrativa, para não se infringir a regra de ouro da proporcionalidade das reprimendas legais, de tão antiga quanto respeitável exigência e tradição: o ato havido por negligente, imprudente ou imperito (culposo) não se alça ao nível de ato ímprobo, para ensejar a punição que é a este último se comina, conforme valiosos precedentes desta colenda Corte Superior:

Administrativo. Improbidade administrativa. Cessão de empregado de empresa estatal. Ônus para a empresa cedente. Possibilidade. Decreto n. 99.955/1990. Verbas indenizatórias. Mudança de domicílio. Percepção por servidor da União ou por nomeado para cargo em comissão ou função pública. Legalidade. Lesão ao erário. Inexistência. Recurso provido.

I - A qualificação jurídica das condutas reputadas ímprobas, ou seja, a subsunção dos atos praticados à norma de regência, Lei n. 8.429/1992, constitui questão de direito, viabilizadora da análise do recurso especial. Inaplicabilidade da Súmula n. 7-STJ.

II - Lei n. 8.429/1992. Fixação do âmbito de aplicação. Perspectiva teleológica. Artigos 15, inc. V e 37, § 4º, da CF. O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/1992, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé.

III - A ocupação de cargo efetivo não constitui requisito para a cessão. Possível a cessão de empregado público, com ônus para a entidade cedente, nos termos do art. 1º e § 2º, do Decreto n. 99.955/1990.

IV - Ajuda de custo, despesas de transporte pessoal e de dependentes, despesas com transporte de mobiliário. Previsão legal. Lei Federal n. 8.112/1990, artigos 53 e 56; Decreto n. 1.445/1995, art. 3º; Decreto n. 4.004/2001. Percepção das verbas indenizatórias tanto por servidor federal que passa a ter exercício em nova sede, quanto por aquele, que não sendo servidor, for nomeado para cargo em comissão, com mudança de domicílio.

V - Lesão ao erário inexistente. Contraprestação ao esforço laboral edificado pelo funcionário cedido.

VI - Não configuração do dissídio. Hipóteses diversas. Descabimento do recurso pela alínea c.

VII - Recurso provido (REsp n. 269.683-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 3.11.2004, p. 168)

Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Art. 11, I, da Lei n. 8.429/1992. Ausência de dano ao erário público. Improcedência da ação.

1. "O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8).

2. "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611).

3. "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp n. 213.994-0-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999).

4. "A Lei n. 8.429/1992 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) em que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade pública" (REsp n. 480.387-SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, DJU de 24.5.2004, p. 162).

5. O recorrente sancionou lei aprovada pela Câmara Municipal que denominou prédio público com nome de pessoas vivas.

6. Inexistência de qualquer acusação de que o recorrente tenha enriquecido ilicitamente em decorrência do ato administrativo que lhe é apontado como praticado.

7. Ausência de comprovação de lesão ao patrimônio público.

8. Não configuração do tipo definido no art. 11, I, da Lei n. 8.429 de 1992.

9. Pena de suspensão de direitos políticos por quatro anos, sem nenhuma fundamentação.

10. Ilegalidade que, se existir, não configura ato de improbidade administrativa.

11. Recurso especial provido (REsp n. 758.639-PB, Rel. Min. José Delgado, DJU 15.5.2006, p. 171).

Ação de improbidade administrativa. Ausência de má-fé do administrador público.

1. A Lei n. 8.429/1992 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.

4. *In casu*, evidencia-se que os atos praticados pelos agentes públicos, consubstanciados na alienação de remédios ao Município vizinho em estado de calamidade, sem prévia autorização legal, descaracterizam a improbidade *stricto sensu*, uma vez que ausentes o enriquecimento ilícito dos agentes municipais e a lesividade ao erário. A conduta fática não configura a improbidade.

5. É que comprovou-se nos autos que os recorrentes, agentes políticos da Prefeitura de Diadema, agiram de boa-fé na tentativa de ajudar o município vizinho de Avanhadava a solucionar um problema iminente de saúde pública gerado por contaminação na merenda escolar, que culminou no surto epidêmico de diarreia na população carente e que o estado de calamidade pública dispensa a prática de formalidades licitatórias que venha a colocar em risco a vida, a integridade das pessoas, bens e serviços, ante o retardamento da prestação necessária.

6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calçadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.

7. É de sabença que a alienação da *res publica* reclama, em regra, licitação, à luz do sistema de imposições legais que condicionam e delimitam a atuação daqueles que lidam com o patrimônio e com o interesse públicos. Todavia, o art. 17, I, **b**, da Lei n. 8.666/1993 dispensa a licitação para a alienação de bens da Administração Pública, quando exsurge o interesse público e desde que haja valoração da oportunidade e conveniência, conceitos estes inerentes ao mérito administrativo, insindicável, portanto, pelo Judiciário.

8. *In casu*, raciocínio diverso esbarraria no art. 196 da Constituição Federal, que assim dispõe: "A saúde é considerada dever do Estado, o qual deverá garanti-la através do desenvolvimento de políticas sociais e econômicas ou pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.", dispositivo que recebeu como influxo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da promoção do bem comum e erradicação de desigualdades e do direito à vida (art. 5º, *caput*), cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos do Homem.

9. A atuação do Ministério Público, *pro populo*, nas ações difusas, justificam, ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública.

10. Consectariamente, o Ministério Público não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo se comprovada má-fé.

11. Recursos especiais providos (REsp n. 480.387-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 24.05.2004, p. 163).

Administrativo. Responsabilidade de prefeito. Contratação de pessoal sem concurso público. Ausência de prejuízo.

Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n. 8.429/1992.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.

Recurso improvido (REsp n. 213.994-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27.09.1999).

14. *In casu*, na linha da orientação ora estabelecida, a sentença de primeira instância julgou improcedente o pedido do Ministério Público por ter entendido ausentes o dolo ou a má-fé do recorrente, como se vê do seguinte trecho que expõe detalhadamente a conduta do Prefeito:

(...) para a tipificação da conduta ilícita do agente público para caracterização do ato de improbidade administrativa temos: (a) a desonestidade; (b) a má fé e (c) a falta de probidade do trato da coisa pública pelo agente.

Como consequência, impera o bom senso, evitando a aplicação das sanções da lei às condutas culposas leves ou levíssimas, com a ausência do enriquecimento ilícito ou mensurável prejuízo ao erário.

Voltando ao caso concreto, a acusação de improbidade relaciona-se a colocação de cartão e botão de rosa no cemitério.

Ora.

Um primeiro ponto é a ausência de prova produzida perante o contraditório.

Nenhuma.

Não existe comprovação da utilização de funcionários públicos na execução do serviço.

Outro ponto é a ausência de prejuízo material ao erário público.

Existe informação documental (fls. 149) do pagamento do material, e não existe ligação ou prejuízo ao erário.

Friso.

Não restou provado, na égide do princípio constitucional do contraditório, que a despesa recaiu nos cofres municipais, e que houve a utilização de funcionários.

A promoção pessoal do Prefeito Municipal pela utilização de um cartão e um botão de rosa não evidencia a má fé.

Faltou temperança ou sobriedade na conduta do agente público local? pode ser.

Contudo, ligar a conduta do Prefeito Municipal à Lei de Improbidade Administrativa não é a melhor solução jurídica que pode decorrer deste processo: não atende o princípio constitucional da proporcionalidade.

Assim, o fato é reprovável, mas não ímprobo. falta-lhe a gravidade que a lei impõe.

Não posso, diante da situação, aplicar a severidade da lei de improbidade (fls. 301-302).

15. Ocorre que o Tribunal de origem, apesar de reconhecer a ausência do elemento subjetivo (dolo) ao afirmar que, *muito embora, a princípio, não se vislumbre má-fé na atitude do Prefeito apelado, nem se tenha evidências de que teriam sido utilizados recursos financeiros públicos na empreitada motivadora do ajuizamento da presente ação, ao contrário* (fls. 372), classifica esse mesmo comportamento como ato de improbidade administrativa.

16. Assim, não tendo sido associado à conduta do recorrente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa.

17. Com base nessas considerações, nega-se provimento ao Agravo Regimental do *Ministério Público Federal*.

18. É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.278.200-MG
(2011/0161443-1)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Agravante: Multmed Distribuidora de Medicamentos Ltda
Advogado: Sacha Calmon Navarro Coelho e outro(s)

Agravado: Estado de Minas Gerais
Procurador: Shirley Daniel de Carvalho e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental em recurso especial. Tributário. ICMS. Produtos farmacêuticos e hospitalares. Recolhimento antecipado. Regime de substituição tributária para frente. Legalidade da exigência. Inocorrência da operação subsequente. Devolução preferencial. Art. 150, § 7º da CF e 10 da LC n. 87/1996. Precedentes da 1ª Seção. REsp n. 598.888-RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.12.2006 e EDcl no REsp n. 418.541-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.04.2009. Pedido sucessivo de compensação não apreciado pelo Tribunal estadual, ante o acolhimento do pleito principal (afastamento da cobrança do ICMS). Retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para manifestar-se sobre a possibilidade de compensação, *in casu*. Agravo regimental parcialmente provido, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para prosseguir no julgamento da apelação, ficando postergada a definição da sucumbência.

1. Esta Corte Superior de Justiça, amparada na jurisprudência do Colendo STF, já decidiu pela validade da sistemática da substituição tributária para frente, no que se refere ao ICMS incidente sobre a venda de produtos médico-hospitalares para hospitais e congêneres, ressalvado, no entanto, o direito à restituição na hipótese de o fato gerador presumido não ocorrer. Precedentes: REsp n. 598.888-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.12.2006 e EDcl no REsp n. 418.541-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.04.2009.

2. Quanto à possibilidade de compensação dos débitos da Agravante com créditos que possui com o Estado, a questão não foi enfrentada pela sentença ou pelo acórdão impugnado, embora tivesse sido suscitada pela ora Agravante, inclusive em suas razões de Apelação. Nesse contexto, é inviável qualquer análise do tema por esta Corte, ante a falta de prequestionamento e a necessidade de apreciação de aspectos fáticos (Súmulas n. 282 e 356-STF e 7-STJ).

3. Como o Tribunal Estadual acolheu o pedido principal, sequer cogitou do pleito subsidiário de compensação; dessa forma, tem razão

a Agravante quando, em face do provimento do Recurso Especial do Estado, requer a devolução dos autos ao Tribunal Mineiro para fins de apreciação das demais teses da Apelação.

4. Agravo Regimental parcialmente provido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que, tendo em vista o teor da decisão agravada, aprecie as demais teses suscitadas na Apelação da ora Agravante, ficando postergada a definição da sucumbência para a finalização do referido julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao Agravo Regimental, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que, tendo em vista o teor da decisão agravada, aprecie as demais teses suscitadas na apelação da ora agravante, ficando postergada a definição da sucumbência para a finalização do referido julgamento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (Presidente) e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciados os Srs. Ministros Francisco Falcão e Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 9.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. *Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda.* interpõe Agravo Regimental em adversidade à decisão que proveu o Recurso Especial do *Estado de Minas Gerais*, assim ementada:

Recurso especial. Tributário. ICMS. Produtos farmacêuticos e hospitalares. Recolhimento antecipado. Regime de substituição tributária para frente. Legalidade da exigência. Inocorrência da operação subsequente. Devolução preferencial. Art. 150, § 7º da CF e 10 da LC n. 87/1996. Precedentes da 1ª Seção. REsp n. 598.888-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.12.2006 e EDcl no REsp n.

418.541-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.04.2009. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau (fls. 1.106).

2. Aduz a Agravante que o caso não é e nem poderia ser de *substituição tributária para a frente, pois os hospitais estão todos fora do campo de incidência do ICMS, mas de antecipação de fato gerador próprio*.

3. Afirma que a diferença relevante entre os dois institutos reside em que o imposto correspondente a antecipação de fato gerador próprio não deve ser recolhido quando se sabe desde o momento da entrada das mercadorias no estabelecimento do contribuinte que a respectiva saída será isenta.

4. Insiste que a questão referente ao pedido de compensação não foi prequestionada, porque acolhido pelo acórdão *a quo* o pedido principal da ora Agravante. Assim, caso se mantenha o débito autuado, impõe-se, sob pena de negativa de jurisdição e de ofensa ao princípio dispositivo, a baixa dos autos ao TJ-MG para a devida análise da matéria.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Não obstante a combatividade da Agravante, esta não trouxe novos argumentos capazes de alterar a conclusão da decisão impugnada, que, sobre o tema em discussão, asseverou o seguinte:

8. Verifica-se dos autos que foi proposta ação anulatória de débitos fiscais por *Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda.*, conexas com Embargos do Devedor, ambas julgados em conjunto, objetivando a nulidade do Auto de Infração n. 01.000149447-79, que exigiu ICMS e multa isolada decorrentes da constatação de que a autora teria deixado de recolher o ICMS devido pela substituição tributária nas aquisições interestaduais de medicamentos e outros produtos farmacêuticos.

9. O MM. Juiz de Direito julgou procedente em parte os pedidos, apenas para declarar a inexistência de descumprimento de obrigação acessória de falta de apresentação dos livros fiscais. (fls. 980-987).

10. O Tribunal Estadual, por sua vez, proveu o Recurso de Apelação da autora, aqui recorrida, nos termos do voto condutor do ilustre Relator, que, no que interessa, aduziu o seguinte:

Em suas razões, a autora, segunda apelante, sustenta que não há que se falar em recolhimento do ICMS-ST, uma vez que foi autuada pela operação de transferência de medicamentos para hospitais, que não são contribuintes

do ICMS, não existindo saída tributada no futuro ou mesmo substituído. Afirma que somente recolheu o ICMS antecipado pelas operações próprias realizadas, não havendo dívida para com o Fisco Mineiro. Alega que entre a ocorrência do fato gerador e a data do pagamento do tributo já havia sido infirmada a presunção de ocorrência de fato gerador futuro, tornando-se iníqua e inútil qualquer exigência do tributo, tendo em vista que o mesmo teria de ser restituído, nos termos do art. 150, § 7º, da CF/1988. Subsidiariamente, sustenta possuir crédito de ICMS em valor superior ao débito apurado, que deve ser compensado, extinguindo-se a autuação perpetrada pelo Fisco. Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença impugnada (f. 971-979 e 667-675).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do reexame necessário e dos recursos voluntários.

O Fisco estadual autuou, em 13 de junho de 2005, a sociedade Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda. sob o fundamento de ter recolhido “a menor o ICMS por substituição tributária devido, no valor de R\$ 549.023,98, nas aquisições em operações interestaduais, no período de 1º.08.2004 a 28.02.2005, de medicamentos e outros produtos farmacêuticos, relacionados na Parte 4 do Anexo IX do Decreto n. 43.080/2002”, e de ter deixado de registrar, na Repartição Fazendária competente, os livros: registro de entradas, registro de saídas, registro de apuração do ICMS e registro de inventário, no período de junho de 2001 a dezembro de 2004 e de apresentar ao fisco o livro registro de apuração do ICMS de exibição obrigatória, o qual foi solicitado por meio de intimações recebidas em 29.04.2004 e 22.09.2004 e TIAF nos 112062 e 116417 recebidos em 1º.07.2004 e 27.01.2005 (f. 21-22).

O ICMS é o imposto incidente sobre as operações de circulação de mercadoria. Havendo a transferência de mercadoria entre pessoas distintas, surge a obrigação de recolhimento do imposto. Em geral, o imposto é recolhido pelo alienante, que o entrega ao Fisco, mas é sempre suportado pelo adquirente, que tem o valor do imposto embutido no preço da mercadoria e destacado na nota fiscal.

Ocorre que, em alguns casos, a lei atribui a responsabilidade pelo recolhimento do tributo à terceira pessoa, não vinculada diretamente à situação que configura o fato gerador, o substituto tributário.

Quando a lei atribui a um sujeito passivo a obrigação pelo recolhimento do tributo de operação futura, a ser realizada por outra pessoa, temos a figura da substituição tributária “para frente”.

O RICMS/02, em seu Anexo IX, Capítulo LI, referente às operações relativas a medicamentos e outros produtos farmacêuticos (vigente à época do fato gerador), estabelece a responsabilidade do contribuinte mineiro que adquirir ou receber mercadorias de outra unidade da Federação, na

condição de substituto, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas subsequentes (art. 408, I).

A autora, distribuidora de medicamentos, enquanto adquirente de mercadorias oriundas de outros Estados da Federação, teria, a princípio, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devidos nas saídas subsequentes.

Ocorre que, conforme se depreende do laudo pericial (f. 646-661 e 922-924) e dos documentos juntados aos autos (contratos de f. 62-122), as mercadorias adquiridas no período de atuação do Fisco (agosto de 2004 a fevereiro de 2005) foram compradas com o objetivo de serem fornecidas à Rede Hospitalar:

(...).

Os hospitais não realizam operações de incidência do ICMS, uma vez que utilizam a mercadoria fornecida para a prestação de serviços médicos, sofrendo, assim, a incidência de ISS (item 4 da Lista de Serviços anexa à LC n. 116/2003).

Para que haja a substituição tributária para frente é necessário que haja continuidade na cadeia de circulação de mercadorias com a incidência de ICMS, que terá seu fato gerador antecipado e valor recolhido pelo substituto.

(...).

No caso dos autos, se o substituído" (hospital) é pessoa que não dá continuidade à cadeia de circulação de mercadorias, atuando como verdadeiro consumidor final, afasta-se a possibilidade de realização de operações futuras, sendo desnecessária, e até mesmo indevida, a incidência de ICMS-ST, por total ausência do instituto da substituição.

Cabia à autora apenas o recolhimento, quando da aquisição das mercadorias (medicamentos e outros produtos farmacêuticos), do ICMS devido por operações próprias - transferência de sua propriedade para os consumidores finais (hospitais), mas não do ICMS sobre operações futuras, posto que inexistentes, conforme já demonstrado, sendo insubsistente a atuação do Fisco mineiro relativo à falta de recolhimento do ICMS-ST (Anexo I do Auto de Infração/PTA 01.00014941.79). (fls. 1.038-1.042).

11. Segundo consta dos autos, a divergência estabeleceu-se em torno do recolhimento a menor de ICMS devido por ocasião da entrada das mercadorias (produtos farmacêuticos) no estabelecimento da empresa distribuidora, ante o não pagamento do tributo relativo às operações subsequentes que a autora iria promover, qual seja, a venda, dentre outros, para hospitais estaduais que gozam de isenção tributária; dest'arte, não há como ser aceita a tese de se tratar de antecipação de tributo próprio pelo simples fato da não realização do fato

gerador presumido futuro não se realizar, pois, para essa hipótese, está prevista a solução no § 7º do art. 150 da CF e no art. 10 da LC n. 87/1996 (restituição imediata e preferencial).

12. A substituição tributária para frente é técnica de arrecadação prevista pelos arts. 150, § 7º, da CF e 6º e 7º da LC n. 87/1996, em que o contribuinte-substituto não apenas recolhe o tributo por ele devido, mas também antecipa o montante relativo às operações subseqüentes (a serem realizadas pelos substituídos).

13. O art. 6º da LC n. 87/1996 permite que os Estados criem as hipóteses de substituição tributária, e o art. 7º da mesma lei diz que, para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado, conforme idealizado pelo *Estado de Minas Gerais* na sua legislação local, seguindo os parâmetros estabelecidos na lei complementar.

14. No caso, tenho que a sentença melhor equacionou a controvérsia, razão pela qual transcrevo, no que interessa, os seus fundamentos:

Na substituição tributária, a lei atribui ao sujeito passivo da obrigação a responsabilidade pelo pagamento do imposto cujo fato gerador ocorre posteriormente. Então, na chamada substituição tributária para frente ou substituição tributária progressiva, cabe a responsabilidade ao industrial, ao distribuidor, ao revendedor ou ao varejista local pelo pagamento do imposto.

No caso presente, atendendo à legislação pertinente (art. 410, § 1º, inc. I, alínea **a**, do anexo IX do RICMs/02), a autora como distribuidora de medicamentos, agiu como substituta tributária, antecipando o pagamento do imposto, de modo que, apesar de a perícia realizada nos autos (fls. 655) haver apurado que mais de 85% do valor total autuado tratava-se de não contribuintes de ICMS, ainda assim persiste a necessidade de recolhimento antecipado do imposto por substituição tributária, pois, em tal caso, não se realizando o fato gerador presumido, é assegurada a restituição da quantia paga, como estipulado no citado § 7º do art. 150 da Constituição da República.

Segundo o Estado de Minas Gerais, cabe à autora, como contribuinte substituto, o recolhimento do ICMS na entrada de mercadorias de produtos farmacêuticos adquiridos de outros Estados da Federação sem retenção do imposto, reportando ao inciso I do Anexo IX, do RISCm/2002, a que se refere o art. 408.

O fato da Autora promover saídas para hospitais ou órgãos da administração pública, não a exime da responsabilidade do pagamento do ICMS/ST devido pela entrada de medicamentos em seu estabelecimento, eis que a retenção efetuada na entrada é relativa ao imposto devido pela operação subsequente que ela irá promover.

As operações de saída promovidas pela autora, independentemente do destinatário ser ou não contribuinte do ICMS, são alcançados pelo ICMS, só que este é recolhido antecipadamente por substituição tributária.

O fato gerador presumido do ICMS, nas operações sujeitas ao regime de substituição/antecipação tributária, ocorre quando da entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte.

Por outro norte, o importante é saber se as saídas de mercadorias adquiridas em operações interestaduais, e em regime de substituição e antecipação tributária, destinadas a hospitais, clínicas e congêneres, estariam também sujeitas à retenção ou recolhimento antecipado do ICMS, porque aqueles destinatários seriam isentos do pagamento do imposto.

A obrigação tributária surge independentemente da futura saída e do destino das mercadorias (contribuintes ou não do ICMS). Nesse momento, o ICMS/ST é devido, cabendo ao substituto recolher o valor do imposto, calculado sobre o valor presumido pelo fisco como o valor em que a operação final de circulação da mercadoria deverá ocorrer.

O que a lei deve garantir é a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido (art. 150, parágrafo 7º, da CR/1988), c.c. art. 10 da Lei Complementar n. 87/1996), ou seja, caso a saída da mercadoria adquirida não ocorra.

Ocorre que o fato de a mercadoria ter sido destinada a hospitais, pronto socorros e órgãos governamentais, entre isentos do pagamento do ICMS, não confere direito à autora de compensar o valor do imposto, como se a hipótese se equiparasse à não realização do fato gerador presumido.

O fato gerador do ICMS, que anteriormente se presumiu, para fins de antecipação da obrigação tributária, ocorre quando a mercadoria efetivamente sai do estabelecimento do contribuinte (ou seja, do estabelecimento da autora/embargante), independentemente de o adquirente ser ou não contribuinte do imposto (artigo 12, I da Lei Complementar n. 87/1996).

Ora, se a cadeia de circulação encerrou-se, então aquilo que a lei quis presumir - que toda a operação de circulação ocorreria, até o consumidor final - efetivamente aconteceu (fls. 982-984).

15. Essa é a orientação que tem sido perfilhada por esta Corte Superior de Justiça, de que são exemplo os julgados abaixo transcritos:

Processual Civil. Mandado de segurança. ICMS. Substituição tributária para frente. Constitucionalidade. Produtos farmacêuticos ou medicamentos. Venda a clínica médica ou hospital.

1. O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, julgando os RREE n. 213.396-SP e 194.382-SP, deu pela legitimidade constitucional, em tema de

ICMS, da denominada substituição tributária para frente (SS-AgR n. 1.307-PE, Tribunal Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 11.10.2001).

2. Consoante a jurisprudência do STF, a sistemática da substituição tributária tem por finalidade permitir a redução da “máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação (ADIn n. 1.851-4-AL).

3. Nos casos em que não ocorrer a operação subsequente, aplica-se o disposto no art. 150, § 7º, da Constituição, segundo o qual “é assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

4. Esta Corte, há muito, reconhece a legalidade da substituição tributária com produtos médico-farmacêuticos. Precedentes.

5. Recurso especial provido. (REsp n. 598.888-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.12.2006).

Processual Civil. Mandado de segurança. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Fungibilidade. ICMS. Substituição tributária “para frente”. Venda de produtos médico-hospitalares. Validade.

(...).

4. É válida a sistemática da substituição tributária para frente, no que se refere ao ICMS incidente sobre a venda de produtos médico-hospitalares para hospitais e congêneres. Precedentes deste Tribunal.

5. A jurisprudência do STJ prestigiou a eficiência na arrecadação e a minoração da evasão fiscal ao analisar a sistemática de substituição tributária. Ressalva-se, no entanto, o direito à restituição na hipótese de o fato gerador presumido não ocorrer (art. 10 da LC n. 87/1996).

6. Agravo Regimental não provido (EDcl no REsp n. 418.541-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.04.2009).

Tributário. ICMS. Produtos farmacêuticos e hospitalares. Recolhimento antecipado. Regime de substituição tributária. Legitimidade da exigência. Considera-se legítima a exigência do recolhimento antecipado, do ICMS, incidente sobre operações realizadas no comércio de produtos farmacêuticos e hospitalares, pelo regime de substituição tributária. (REsp n. 112.321-SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 25.02.1998).

16. Registro, por fim, ser inviável a determinação, por esta Corte Superior, de compensação de créditos, como pede a recorrida, uma vez que tal possibilidade sequer chegou a ser apreciada durante o decorrer do processo, além de exigir o descortinamento de matéria fática, sabidamente inviável na via eleita (Súmula n. 7-STJ) (fls. 1.108-1.116).

2. A controvérsia aqui estabelecida é semelhante aquela enfrentada no REsp n. 598.888-RJ, no qual o ilustre Relator, Ministro *Teori Albino Zavascki*, teceu as seguintes considerações, que bem se aplicam ao caso dos autos:

3. Na hipótese dos autos, a ora recorrida pretende que a autoridade fiscal se abstenha da prática de qualquer ato tendente a exigir o recolhimento antecipado do ICMS da impetrante na forma de substituição tributária, em razão das vendas de produtos farmacêuticos por ela realizadas a clínicas e hospitais, não contribuintes do referido imposto, que adquirem tais produtos, tidos como de uso e consumo, para a prestação de serviços (fl. 21).

O acórdão recorrido acolheu a pretensão, considerando que, relativamente às vendas realizadas pelo impetrante a hospitais e clínicas (objeto do pedido inicial), em razão de esses substituídos não realizarem o fato gerador do ICMS, mas do ISS, é indevida a manutenção do mecanismo de substituição tributária, já que, nesses casos, jamais ocorrerá o fato gerador daquele tributo (fl. 227).

Ocorre que, como se viu dos precedentes colacionados, o mecanismo de substituição tributária permite redução da "máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação (ADIn n. 1.851-4-AL). Essa é a finalidade de sua instituição.

Nos casos de não realização da operação subsequente é garantida a imediata e preferencial restituição do valor do imposto pago (o qual, na conformidade do art. 10, § 1º, da LC n. 87/1996, deverá ocorrer em noventa dias, sob pena de creditamento do respectivo valor, devidamente atualizado, em sua escrita fiscal) (ADIn n. 1.851-4-AL).

(...).

Assim, afigura-se incorreta a solução dada pelo acórdão recorrido que, contrariando justamente a finalidade dos sistema, atribuiu ao fisco o ônus de verificar, a cada operação, quais os adquirentes das mercadorias da impetrante, para concluir se essa figura ou não, no caso, como substituta tributária. Veja-se:

Daí o acerto da sentença, que mencionou caber ao fisco a necessária fiscalização administrativa. Já que os atos constitutivos da apelada não revelam qualquer vedação a que esta realize venda de seus produtos a revendedores, como ressaltado pelo *Parquet* na f. 202, resta à Fazenda fiscalizá-lo adequadamente, mas nunca exigir o tributo por sua comodidade, obrigando o impetrante a repetir e tornar a repetir o que paga indevidamente. (fl. 228).

De outro lado, transposta a situação para um panorama abrangente, que incluía, além da impetrante, todos os fornecedores de produtos sujeitos a substituição tributária progressiva, a impossibilidade de obrigar-se o fisco a

avaliar os atos constitutivos dos fornecedores e a qualidade de cada adquirente, demonstra claramente tratar-se de um privilégio indevidamente concedido à impetrante.

Não há, portanto, base legal para se afastar o mecanismo de substituição tributária no caso em exame (DJ 14.12.2006).

3. Não se trata, como quer fazer crer a ora Agravante, de antecipação de imposto próprio, mas de *substituição tributária para a frente*.

4. Quanto à possibilidade de compensação, a questão não foi enfrentada pela sentença ou pelo acórdão impugnado, embora tivesse sido suscitada pela ora Agravante, inclusive em suas razões de Apelação. Nesse contexto, é inviável qualquer análise do tema por esta Corte, ante a falta de prequestionamento e a necessidade de apreciação de aspectos fáticos (Súmulas n. 282 e 356-STF e 7-STJ).

5. Como o Tribunal Estadual acolheu o pedido principal, nada decidiu sobre o pleito subsidiário de compensação da dívida com créditos que detém contra o Estado; dessa forma, tem razão a Agravante quando requer a devolução dos autos ao Tribunal Mineiro para esgotar as demais teses da Apelação.

6. Ante o exposto, dou parcial provimento ao Agravo Regimental, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que, tendo em vista o teor da decisão agravada, aprecie as demais teses suscitadas na Apelação da ora Agravante, ficando postergada a definição da sucumbência para após o referido julgamento.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 31.617-PR (2010/0035746-2)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Frigorífico Pérola do Norte Ltda

Advogado: Rodrigo Mendes dos Santos e outro(s)

Agravado: Estado do Paraná

Procurador: Cesar Augusto Binder e outro(s)

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Débitos com a Fazenda Pública Estadual. Compensação com precatório de autarquia estadual. Inviabilidade.

I - Inexiste direito líquido e certo de contribuinte compensar débito tributário para com a administração direta com crédito de precatório adquirido de terceiros e da responsabilidade de uma autarquia estadual. Precedentes: AgRg no Ag n. 1.359.748-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 20.05.2011; AgRg no Ag n. 1.361.603-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 27.04.2011 e AgRg no RMS n. 28.983-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27.08.2010.

II - No caso de a legislação estadual impor a necessidade de homologação judicial da cessão do crédito oriundo do precatório, inexiste direito líquido e certo, também, quanto ao ponto. Precedentes: AgRg no Ag n. 1.355.952-PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 18.02.2011 e RMS n. 28.406-PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 16.04.2009.

III - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 6.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por *Frigorífico Pérola do Norte Ltda*, contra decisão proferida pelo Exmo. Ministro *Hamilton Carvalhido*, que negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, sob os fundamentos de que incabível a compensação de créditos de precatórios de responsabilidade de autarquia estadual, com débitos de ICMS e de que é válido o Decreto Estadual Paranaense n. 418/2007 que foi declarado constitucional pelo Tribunal de Justiça daquele Estado.

Sustenta o agravante ser inconstitucional o citado Decreto, em consonância com precedentes desta Corte, tendo havido tal declaração pelo Tribunal de Justiça Paranaense. Afirma ser possível a oposição de créditos de precatório de autarquias.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em que pese aos argumentos expendidos pelos agravantes, a decisão agravada merece ser mantida.

A jurisprudência desta Corte Superior se consolidou no sentido de que inexistente direito líquido e certo de contribuinte compensar débito tributário para com a administração direta com crédito de precatório adquirido de terceiros e da responsabilidade de uma autarquia.

Nesse diapasão, colaciono os seguintes julgados, especificamente acerca dos precatórios expedidos pelo DER-PR, *litteris*:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo de instrumento. Mandado de segurança. Violação dos artigos 128, 459 e 460 do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Compensação de ICMS com precatório vencido e não pago originado de ação movida contra o Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná - DER-PR. Art. 78, § 2º, do ADCT. Acórdão recorrido apoiado em fundamentação constitucional. Acórdão recorrido no mesmo sentido da jurisprudência pacífica do STJ. Súmula n. 83-STJ.

1. Caso em que a agravante insurge-se contra a decisão *a quo* que consignou a impossibilidade da compensação de ICMS com precatório expedido contra autarquia estadual.

2. A violação dos artigos 128, 459 e 460 do CPC não foi apreciada pelo Tribunal de origem. O prequestionamento é necessário para que a matéria apresentada no recurso especial, ainda que de ordem pública, seja analisada neste Tribunal. Incidência da Súmula n. 282-STF.

3. O Tribunal *a quo*, no atinente à ilegalidade da exigência de inscrição do débito em dívida ativa para a concretização do pagamento do débito fiscal com precatório, decidiu a questão sob enfoque eminentemente constitucional o que torna inviável a sua análise em sede de recurso especial, pois esta via recursal se destina a uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional federal.

4. Em relação aos precatórios originados de ações movidas contra entidades da administração pública indireta do Estado, quanto à sistemática do art. 78, § 2º, do ADCT, a jurisprudência do STJ não abona a pretensão de compensação com tributos estaduais, se não houver legislação estadual autorizando tal operação, uma vez que não é dado ao poder judiciário invadir a esfera de competência do ente federado para determinar a compensação, como se legislador fosse.

Precedentes: AgRg no REsp n. 1.165.985-RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.3.2010; RMS n. 30.229-PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18.2.2010; AgRg no RMS n. 29.939-PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 29.10.2009; AgRg no Ag n. 1.174.142-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 28.10.2009; RMS n. 24.450-MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 24.4.2008.

5. É que o art. 78, § 2º, do ADCT é claro ao referir-se ao poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora; e, se assim o é, diante do princípio tributário da legalidade estrita, à míngua de legislação tributária específica autorizando a compensação de créditos tributários do Estado do Paraná com precatórios provenientes de ações movidas contra as entidades da administração indireta, não pode o Poder Judiciário determinar tal operação.

6. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 1.359.748-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 20.05.2011).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Compensação de ICMS com precatórios cedidos do Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná - DER-PR. Impossibilidade. Art. 78, § 2º, do ADCT. Restrição imposta pelo Decreto Estadual n. 5.154/2001. Inscrição na dívida ativa. Inexistência.

1. Os argumentos tecidos pela parte recorrente em sua peça regimental não se mostram capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada, apenas demonstram mero inconformismo com o resultado do julgado impugnado.

2. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que a compensação tributária, prevista no art. 170 do CTN, só poderá ser autorizada por lei que atribua à administração fazendária a prerrogativa de deferir ou não a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra Fazenda Pública.

3. No Estado do Paraná o Decreto Estadual n. 5.154/2001 exige a inscrição na dívida ativa para a compensação de crédito.

4. Não há a possibilidade de compensar os débitos de ICMS com os precatórios oriundos de dívidas de autarquias estaduais, no caso, do Departamento de Estradas e Rodagens do Paraná - DER-PR, uma vez que, conforme jurisprudência dessa Corte Superior, é inviável a compensação tributária quando inexistir identidade entre o devedor do precatório e o Estado credor do tributo, ausente lei estadual autorizadora.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 1.361.603-PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27.04.2011).

Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. Compensação. Débito de ICMS. Créditos decorrentes de autarquia. Precatório devido por pessoa jurídica distinta. Impossibilidade de extinção do crédito. Ausência de lei estadual. Art. 78, § 2º, do ADCT. Precedentes.

1. A compensação de débito fiscal estadual (ICMS) com crédito de precatório de natureza distinta e entre pessoas jurídicas diversas não é possível quando não previsto em legislação especial.

2. O art. 78, § 2º, do ADCT, é expresso ao referir-se a “tributos da entidade devedora”. A inexistência de identidade entre o devedor do precatório (DER) e o credor do tributo (Estado) afasta a aplicabilidade do dispositivo constitucional.

3. Precedentes: AgRg no RMS n. 29.939-PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.10.2009, DJe 29.10.2009; AgRg no Ag n. 1.174.142-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 28.10.2009; RMS n. 28.500-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17.09.2009, DJe 23.09.2009; RMS n. 30.229-PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 18.02.2010; RMS n. 28.942-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2.6.2009, DJe 12.6.2009; AgRg no REsp n. 1.089.665-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 20.4.2009; RMS n. 24.450-MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 8.4.2008, DJe 24.4.2008.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no RMS n. 28.983-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 27.08.2010).

Ademais, mesmo que assim não fosse, no caso do Estado do Paraná, entre outros requisitos, a legislação estadual impõe a necessidade de homologação judicial da cessão do crédito oriundo do precatório, o que não houve na presente situação, inexistindo direito líquido e certo, também, quanto ao ponto.

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

Direito Tributário e Processual Civil. Compensação. Precatórios. Homologação da cessão do crédito. Requisito essencial. Decreto estadual. Súmula n. 83-STJ. Decisão agravada não atacada. Súmula n. 182-STJ.

1. Há entendimento firmado nesta Corte Superior no sentido de ser requisito essencial para a compensação de precatórios a homologação judicial da cessão do crédito, em conformidade com o estabelecido no Decreto Estadual n. 5.154/2001 do Paraná.

2. Improvido o agravo de instrumento com base em entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, incumbia ao agravante demonstrar, no regimental, que a orientação jurisprudencial não foi pacificada no mesmo sentido do acórdão recorrido, ou então comprovar que o precedente indicado, por constituir situação diversa, não teria aplicação ao caso dos autos, e não simplesmente reiterar as razões do recurso denegado na origem.

Incidência da Súmula n. 182-STJ.

Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 1.355.952-PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 18.02.2011).

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Débitos com a Fazenda Pública Estadual. Compensação com precatório. Inviabilidade.

1. Analisando-se a sistemática prevista no art. 78 do ADCT, constata-se que, enquadrando-se o crédito em alguma das hipóteses previstas no caput do artigo referido – precatórios pendentes na data de promulgação da EC n. 30/2000 e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 –, e estabelecido o parcelamento, o inadimplemento de alguma das parcelas atribuído ao respectivo crédito poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora (§ 2º).

2. Contudo, nos termos do art. 170 do CTN, “a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública”. *No caso do Estado do Paraná, entre outros requisitos, a legislação estadual impõe a necessidade de homologação judicial da cessão do crédito oriundo do precatório. Tendo em vista que tal restrição foi veiculada por meio de decreto, e não de lei em sentido estrito, cumpre esclarecer que a norma estadual, além de observar o disposto no art. 100 da CF/1988 (pagamento de acordo com a ordem cronológica de apresentação dos precatórios), não contraria o disposto no art. 78, § 2º, do ADCT, tampouco ofende a regra do art. 170 do CTN.* Nesse sentido: RMS n. 12.568-RO, 2ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 9.12.2002; RMS n. 20.526-RO, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25.5.2006; RMS n. 12.617-RO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 14.4.2008.

3. Assim, considerando que a norma estadual em comento não é incompatível, formal e materialmente, com os preceitos constitucionais referidos, e que não ofende o princípio da razoabilidade – pois a sua não-observância acarreta, como bem observou o Tribunal de origem, comprovação insuficiente acerca dos créditos obtidos por meio de cessão –, impõe-se reconhecer a sua legitimidade e, conseqüentemente, reconhecer a inexistência de direito líquido e certo na hipótese.

4. *Acrescente-se que a Primeira Turma-STJ, ao apreciar o RMS n. 24.450-MG (Rel. Min. José Delgado, DJe de 24.4.2008), firmou entendimento no sentido de que é ilegítima a pretensão de se compensar débito tributário (devido à administração direta) com crédito de precatório adquirido de terceiros (por cessão) e da responsabilidade de entidade da administração indireta. Na hipótese, o precatório apresentado em face do Estado do Paraná é de responsabilidade do Departamento de Estradas de Rodagem (autarquia estadual), que possui autonomia administrativa, técnica e financeira, razão pela qual é inviável (por mais essa circunstância) a compensação pretendida.*

5. *Recurso ordinário desprovido (RMS n. 28.406-PR, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe de 16.04.2009) (grifo nosso).*

Em razão do exposto, *nego provimento* ao presente agravo regimental.

É o meu voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 33.227-PA (2010/0197751-2)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Almir Pamplona de Brito e outros

Advogado: Mário David Prado Sá e outro(s)

Agravado: Estado do Pará

Procurador: José Rubens Barreiros de Leão e outro(s)

EMENTA

Contrato temporário. Art. 37, IX, da Constituição Federal. Precariedade. Pretensão de estabilidade no serviço público. Ausência de direito líquido e certo.

I. A rescisão unilateral e prematura do contrato de trabalho temporário, firmado com o Poder Público, longe de configurar ato arbitrário, caracteriza ato discricionário, podendo ser rescindido sempre que perecer o interesse público na contratação, estrito à conveniência e à oportunidade na sua permanência.

II - *In casu*, como se extrai do ato impugnado, que dispensou os recorrentes da função temporária que exerciam no Estado do Pará, a manutenção das contratações deixou de ser conveniente ao Poder Público.

III - Precedentes: RMS n. 18.329-MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 16.10.2006, p. 386; AgRg no RMS n. 19.415-MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 12.06.2006, e RMS n. 8.827-PA, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 04.08.2003.

IV - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 6.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental em Recurso Ordinário em mandado de segurança interposto por *Almir Pamplona de Brito e outros* contra decisão de e-STJ fls. 243-345.

Naquela decisão, o *Ministro Hamilton Carvalhido* negou provimento ao Recurso Ordinário em mandado de segurança em virtude da ausência de direito líquido e certo dos impetrantes de permanecerem no serviço público estadual, porquanto contratações por tempo determinado celebradas pela Administração quando, já vigente a Constituição Federal de 1988, têm caráter precário e se submetem à regra do artigo 37, IX, da Carta da República.

Insistem os agravantes que fazem jus à estabilidade no serviço público estadual, em face da irreversibilidade de suas contratações, amparada pelo princípio da segurança jurídica.

Invocam em seu favor o precedente firmado no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.970-PA, em que este Superior Tribunal de Justiça conferiu estabilidade à servidora temporária contratada há mais de cinco anos.

O Ministério Público opinou pelo não-provimento do recurso (e-STJ fl. 357).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O pleito dos agravantes não merece amparo.

Acerca de contratação temporária no âmbito do serviço público, é de se ter em conta o que dispõe o artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Veja-se, ainda, a doutrina pátria acerca do tema:

Os contratos por tempo determinado são os servidores públicos submetidos ao regime jurídico administrativo especial da lei prevista no art. 37, IX, da Carta Magna, bem como ao regime geral de previdência social a contratação só pode ser por tempo determinado e com a finalidade de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Não pode envolver cargos típicos de carreira. Fora daí, tal contratação tende a contornar a exigência de concurso público, caracterizando fraude à Constituição. (Hely Lopes Meirelles *in* Direito Administrativo Brasileiro, 26ª edição, p. 384).

Os da terceira categoria (servidores temporários) são contratados para exercer funções temporárias, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação. Eles substituem os servidores a que fazia referência o artigo 106 da Constituição de 1967, que previa, também, um regime especial para duas hipóteses: servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada. no Estado de São Paulo, esse regime foi instituído pela Lei n. 500, de 13.11.1974, que acabou por

desvirtuar a norma constitucional e com ela conflitar, ao estabelecer, para os servidores “temporários”, regime jurídico praticamente igual ao do funcionário público, com a agravante de aplicá-lo a funções de caráter permanente. Hoje, não mais se tolera a admissão, mas apenas a contratação, que somente pode ocorrer “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, não existe mais a contratação para serviços de natureza técnica especializada. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* Direito Administrativo, 13ª edição, p. 424).

Estão os recorrentes em que arbitrária a rescisão unilateral do contrato temporário de trabalho, porque havia sido regularmente prorrogado, com fundamento na Lei Complementar n. 007, de 25 de setembro de 1991, e dá outras providências”, *verbis*:

Art. 4º Os servidores temporários contratados sob a égide da Lei Complementar n. 007, de 25 de setembro de 1991, e os que tiveram seus contratos prorrogados até 31 de dezembro de 1993, por força da Lei Complementar n. 11, de 04 de fevereiro de 1993, poderão ter seus contratos prorrogados até 31 de dezembro de 1995, em função da insuficiência de pessoal para execução dos serviços e do desempenho anterior do servidor.

Ocorre que a vedação à rescisão unilateral de contrato sinalagmático, restrita que é ao direito civil, não se aplica à espécie, tratando-se de contrato de caráter precário, firmado sob os princípios do direito público, entre os quais, a supremacia do Poder Público, com os seus corolários.

A rescisão unilateral e prematura do contrato de trabalho temporário, firmado com o Poder Público, longe de configurar ato arbitrário, caracteriza ato *discricionário*, podendo ser rescindido sempre que perecer o *interesse público* na contratação, estrito à conveniência e oportunidade na sua permanência.

In casu, como se extrai do ato impugnado, que dispensou os recorrentes da função temporária que exerciam no Estado do Pará, a manutenção das contratações deixou de ser conveniente ao Poder Público.

Não foi outro o entendimento do douto Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Sub-Procurador Geral da República, Dr. Moacir Guimarães Moraes Filho, que expressamente assentou:

(...)

Com efeito, os servidores contratados por tempo determinado, permanecem no serviço público, enquanto perdurarem os motivos que justificam a contratação, ou seja, a necessidade temporária de excepcional interesse público.

No caso, como dos impetrantes, suas contratações se deram em decorrência da necessidade excepcional, tendo em vista, a insuficiência de servidores, para exercerem funções na área da educação, nas quais atuaram.

Conforme se constata da documentação trazida aos autos pelos recorrentes, estes, não detinham nem efetividade nem estabilidade no serviço público, posto que foram contratados temporariamente, nos anos de 1992, 1993, e 1999 de 05 (cinco) a 11 (onze) anos, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

A contratação dos recorrentes no molde como foi feita é precária e não pode gerar a pleiteada estabilidade. Assim sendo, vislumbra-se, de antemão, a impossibilidade jurídica do pedido, por afrontar a Constituição Federal, que condiciona a investidura em cargo público efetivo à aprovação prévia em concurso público (art. 37, II).

(...) (fl. 334).

A propósito, os seguintes julgados:

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Designação precária. Emenda n. 49 da Constituição de Minas Gerais. Requisitos não atendidos.

I - Ausente o direito líquido e certo perseguido pelas Recorrentes, as quais não se submeteram às condições legais estabelecidas para a efetivação de que trata o art. 106 do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, com redação dada pela Emenda n. 49, de 13.6.2001.

II - As Recorrentes foram contratadas pelo Estado de Minas Gerais em caráter precário e temporário, sendo classificadas como "designadas", nos termos da Lei Estadual n. 7.109/1977. Não foram investidas em cargo público por concurso e tampouco ocupavam cargo em comissão.

Recurso ordinário desprovido (RMS n. 18.329-MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 16.10.2006, p. 386).

Constitucional e Administrativo. Agravo regimental. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. Contadora judicial designada. Contrato temporário. Precariedade. Ato de dispensa. Discricionariedade. Direito líquido e certo evidenciado. Aplicação da Súmula n. 182 do STJ.

1. A Agravante não trouxe argumento capaz de infirmar as razões consideradas no julgado agravado, razão pela qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos. Incidência da Súmula n. 182 do STJ.

2. *In casu*, é patente a ausência de direito líquido e certo em favor da Agravante, que foi contratada pelo Estado de Minas Gerais em caráter precário e temporário, sendo "designada", nos termos da Lei Estadual n. 7.109/1977, e não investida em cargo público por concurso, razão pela qual não goza de estabilidade ordinária (art. 37, inciso II, CF), tampouco, extraordinária (art. 19 do ADCT, CF e 106 do

ADCT, CE), uma vez que não ocupante de cargo em comissão, sendo nítido o caráter precário de sua designação (prazo determinado). Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no RMS n. 19.415-MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 12.6.2006, p. 504).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Contrato temporário de trabalho. Artigo 37, IX da CF. Rescisão unilateral pelo Estado. Possibilidade.

1. Firmado sob os princípios de direito público, entre os quais o da supremacia do Poder Público, o contrato temporário de trabalho ajustado pelo Estado com o particular, pode ser motivadamente rescindido a qualquer tempo, se extinto o interesse público na permanência da contratação.

2. Inexiste ilegalidade no ato do Poder Público Estadual que dispensa unilateralmente e antes do tempo o particular, contratado temporariamente, se fundamentado na impossibilidade de continuar arcando com os vultosos gastos com o pessoal contratado.

3. Recurso improvido (RMS n. 8.827-PA, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Sexta Turma, DJ de 04.08.2003, p. 422).

Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 9.511-RJ (2011/0107741-8)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Embargante: União
Embargado: Edith Santos da Costa
Advogado: Alexandre Sfrappini e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Embargos declaratórios no agravo regimental no agravo em recurso especial. Militar. Alienação

mental. Reforma. Possibilidade. Procuração outorgada pelo próprio incapaz. Nulidade. Inexistência. Prescrição quinquenal. Não ocorrência. Embargos rejeitados.

1. As normas processuais pertinentes a nulidade devem ser interpretadas, em se tratando de incapazes, teleologicamente, mormente porque o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que, para o reconhecimento da nulidade do ato processual, é necessário que se demonstre a existência de prejuízos para o incapaz.

2. “A outorga de mandato procuratório por pessoa supostamente incapaz, sendo-lhe favorável o resultado da demanda, afasta o vício na representação” (REsp n. 25.496-MG, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 11.3.1996).

3. Falecido o ex-militar no curso da demanda, o ingresso de sua viúva no feito também importa no saneamento do vício existente no mandado procuratório inicialmente firmado pelo autor originário.

4. “A incapacidade absoluta impede a fluência do prazo prescricional – inclusive no que diz respeito à prescrição quinquenal – nos termos do art. 198, inciso I, do Código Civil vigente – art. 169, inciso I, do Código Civil de 1916” (AgRg no REsp n. 1.149.557-AL, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28.6.2011).

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves (Presidente), Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 12.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de embargos de declaração opostos pela *União* contra acórdão de minha relatoria assim ementado (fl. 367e):

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Servidor público. Militar. Alienação mental. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ. Prescrição. Não ocorrência. Falecimento no autor no curso do processo. Habilitação da viúva. Anulação do ato de licenciamento. Reforma *post mortem*. Tentativa de alterar a verdade dos fatos. Litigância de má-fé. Multa de 1% sobre o valor da causa. Aplicação. Agravo não provido.

1. Tendo o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, inclusive laudos periciais, firmado a compreensão no sentido de que o ex-militar já padecia de doença mental quando de seu licenciamento, rever esse entendimento demandaria o exame de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

2. Tratando-se o ex-militar de incapaz em virtude de alienação mental, não corre prescrição, nos termos do art. 169, I, do Código Civil de 1916. Nesse sentido: REsp n. 696.331-RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, 22.10.2007.

3. Ao contrário do que alega a *União*, a ação ordinária foi originalmente ajuizada pelo ex-militar, cujo óbito ocorreu no curso da demanda, momento que a ora recorrida, na condição de sua viúva, habilitou-se no feito.

4. Caracterizada a litigância de má-fé da agravante, pela tentativa de alterar a verdade dos fatos, é de rigor sua condenação ao pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa, prevista no art. 17, II, c.c. 18, *caput*, do CPC. Precedentes do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

Sustenta a embargante, em síntese, que o acórdão embargado: *a)* foi contraditório, na medida em que, malgrado houvesse reconhecido que o autor original fosse incapaz, deixou de declarar a nulidade do processo, haja vista que não foi ele representado por curador; *b)* foi omissivo quanto ao reconhecimento da prescrição quinquenal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Os presentes embargos declaratórios não merecem prosperar.

É certo que foi consignado do acórdão embargado que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, firmou a compreensão no sentido de que, ao tempo do licenciamento do ex-militar, já se encontrava ele acometido por doença mental incapacitante. A propósito, confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido (fl. 274e):

Tanto da resposta aos quesitos formulados pelas partes, como da conclusão do Perito, em seu laudo pericial, o convencimento a que se chega é de que o quadro apresentado pelo falecido marido da autora, no momento do desligamento, era tipicamente de alienação mental, em razão de esquizofrenia, que eclodiu durante o serviço castrense, guardando relação de causalidade com o mesmo, e que só se aprofundou ao longo dos anos, com a degradação completa da saúde mental do ex-militar.

Por sua vez, observa-se que, de fato, a procuração outorgada ao advogado que patrocina a presente ação ordinária foi outorgada pelo próprio ex-militar (fl. 6e).

Ocorre que as normas processuais pertinentes a nulidade devem ser interpretadas, em se tratando de incapazes, teleologicamente, mormente porque o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que, para o reconhecimento da nulidade do ato processual, é necessário que se demonstre a existência de prejuízos para o incapaz.

A imposição contida no Código Civil no sentido de que os absolutamente incapazes sejam representados nos atos da vida civil por um curador tem natureza protetiva. Dessa forma, não se mostra consonante com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da celeridade processual a anulação do processo, haja vista que a pretensão ora deduzida foi julgada procedente.

Ademais, verifica-se que o vício apontado pela *União* foi sanado no momento em que foi deferido pelo Juiz *a quo* o ingresso da ora agravada no feito, na condição de sucessora do autor original, falecido no curso da demanda (fl. 180e). Nesse mesmo sentido:

Processual Civil. Normas sobre nulidade. Interpretação teleológica. Proteção do incapaz. Ausência de prejuízo. Nulidade afastada. CPC, art. 249, parágrafo 1.

- As normas processuais pertinentes a nulidade devem ser interpretadas, em se tratando de ato praticado por incapaz, teleologicamente.

- A outorga de mandato procuratório por pessoa supostamente incapaz, sendo-lhe favorável o resultado da demanda, afasta o vício na representação.

- Inteligência do art. 249, parágrafo 1., do Código de Processo Civil.

- Recurso especial conhecido. (REsp n. 25.496-MG, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 11.3.1996)

De outro lado, também não há falar em prescrição quinquenal.

De fato, “Tratando-se o recorrido de incapaz em virtude de alienação mental, não corre prescrição, nos termos do art. 169, I, do Código Civil de 1916. Precedentes do STJ” (REsp n. 696.331-RN, de minha relatoria, Quinta Turma, 22.10.2007).

É necessário ressaltar que o art. 169, I, do Código Civil de 1916, no que foi confirmado pelo art. 198 do atual Código Civil, não faz nenhuma ressalva quanto à prescrição quinquenal, motivo por que se deve entender que também a prescrição quinquenal não corre contra os absolutamente incapazes. Nesse mesmo sentido:

Administrativo. Processual Civil. Alegada afronta ao art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Não ocorrência. Inteligência do art. 169, inciso I, do Código Civil de 1916 (atual 198, inciso I, do novo Código Civil). Acórdão recorrido. Mantido. Princípio da *non reformatio in pejus*.

1. A incapacidade absoluta impede a fluência do prazo prescricional - inclusive no que diz respeito à prescrição quinquenal - nos termos do art. 198, inciso I, do Código Civil vigente - art. 169, inciso I, do Código Civil de 1916. Precedentes.

(...)

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.149.557-AL, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28.6.2011 - grifos nossos)

Assim, constata-se que a irresignação da embargante resume-se ao seu mero inconformismo com o resultado do julgamento.

Ante o exposto, *rejeito* os embargos de declaração.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 34.270-MG
(2011/0089320-1)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Associação dos Municípios da Microrregião do Vale do Paranaíba Amvap

Advogados: Arnaldo Silva Junior e outro(s)
Rodrigo Ribeiro Pereira e outro(s)
Juliana Degani Paes Leme e outro(s)
Fabrício Souza Duarte e outro(s)
Recorrido: Município de Ipatinga
Advogado: Sacha Calmon Navarro Coelho e outro(s)
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procurador: Mariane Ribeiro Bueno Freire e outro(s)

EMENTA

Recurso ordinário. Mandado de segurança coletivo. Associação de municípios. Ilegitimidade ativa para, em nome próprio, tutelar direitos e interesses de pessoas jurídicas de direito público. 1. A legitimação conferida a entidades associativas em geral para tutelar, em juízo, em nome próprio, direitos de seus associados (CF, art. 5º, XXI), inclusive por mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, b e Lei n. 10.016/2009, art. 21), não se aplica quando os substituídos processuais são pessoas jurídicas de direito público. A tutela em juízo dos direitos e interesses das pessoas de direito público tem regime próprio, revestido de garantias e privilégios de direito material e de direito processual, insuscetível de renúncia ou de delegação a pessoa de direito privado, sob forma de substituição processual.

2. A incompatibilidade do regime de substituição processual de pessoa de direito público por entidade privada se mostra particularmente evidente no atual regime do mandado de segurança coletivo, previsto nos artigos 21 e 22 da Lei n. 12.016/1990, que prevê um sistema automático de vinculação tácita dos substituídos processuais ao processo coletivo, podendo sujeitá-los inclusive aos efeitos de coisa julgada material em caso de denegação da ordem.

3. No caso, a Associação impetrante não tem - nem poderia ter - entre os seus objetivos institucionais a tutela judicial dos interesses e direitos dos Municípios associados.

4. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Assistiu ao julgamento o Dr. Igor Mauler Santiago, pela parte recorrida: Município de Ipatinga.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 28.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação dos Municípios da Microrregião do Vale do Paranaíba (AMVAP) em face de decisão do juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias do Estado de Minas Gerais que ordenou o cumprimento da sentença que determinara o creditamento de quantia referente ao Valor Adicional Fiscal (VAF) ao Município de Ipatinga, tendo em vista o reconhecimento de repasse a menor no ano-base de 1998. Para atender à determinação, o recorrido editou a Resolução SEF n. 4.314/09, por meio da qual fixou a complementação do valor a ser repassado ao Município de Ipatinga e a retenção de parte das parcelas futuras dos demais Municípios, como forma de compensar quantia repassada a maior. O Município de Ipatinga ingressou como litisconsorte do impetrado (fl. 182).

O Tribunal de origem denegou a segurança, ao fundamento da sua inadmissibilidade, porquanto (a) a decisão judicial atacada está sujeita a controle por via de agravo de instrumento, inclusive com possibilidade de atribuição de efeito suspensivo; e (b) no que se refere à decisão que rejeitou a tese da necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário entre o Estado de Minas Gerais e os demais Municípios mineiros, contra ela foram exauridos os recursos cabíveis, de modo que a questão encontra-se acobertada pela coisa julgada.

Nas razões do recurso ordinário (fls. 383-401), a recorrente afirma que (a) a não-inclusão dos demais Municípios mineiros no pólo passivo da demanda ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, porquanto causou prejuízos a terceiros que não participaram da relação processual; (b) o dispositivo do julgado limitou-se a determinar a complementação do repasse ao Município de Ipatinga, nada estipulando acerca da origem dos recursos, razão pela qual a utilização das quantias devidas aos demais Municípios viola o disposto no art. 472 do CPC; (c) a complementação do valor devido ao Município de Ipatinga deve se efetivar por meio de precatório, nos termos dos art. 100 da CF/1988, 730 e 731 do CPC.

Contra-razões do Município de Ipatinga às fls. 409-439 e do Estado de Minas Gerais às fls. 442-448.

O Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 463-465), opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Há uma questão preliminar importante, prejudicial a todas as demais: a que diz respeito à legitimidade ativa da impetrante para, em nome próprio, ajuizar o presente mandado de segurança coletivo, visando a tutelar direitos e interesses de Municípios a ela associados. Embora não aventada na instância de origem, trata-se de questão de ordem pública, que se comporta no âmbito do efeito translativo próprio do presente recurso ordinário (CPC, art. 267, VI, § 3º e art. 301, VIII, § 4º).

2. Conforme relatado, o que aqui se tem é demanda em que a relação jurídica litigiosa, de direito material, tem como figurantes, tanto no polo ativo, quanto no passivo, pessoas jurídicas de direito público: de um lado, Município, de outro, o Estado de Minas Gerais. A pretensão deduzida na demanda é a de ver reconhecida a ilegitimidade do ato praticado pelo Estado, impondo a retenção de valores de repasses devidos a Municípios, retenção decorrente de cumprimento de sentença transitada em julgado. É o que se depreendo da petição inicial, no seu item 33 e no item e do pedido. Embora se afirme o contrário (item 33 da inicial), essa pretensão importa, sim, efeitos rescisórios do acórdão objeto da execução, transitado em julgado. O que se tem aqui, portanto, é demanda visando a tutelar interesses e direitos de pessoas jurídicas de direito público, ou seja, do patrimônio público.

3. Ora, é inquestionável as entidades associativas em geral estão legitimadas a tutelar, em juízo, em nome próprio, direitos de seus associados (CF, art. 5º, XXI), inclusive por mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, b e Lei n. 10.016/2009, art. 21). Todavia, essas normas de legitimação não podem ser interpretadas isoladamente, fora de um contexto sistemático e do cenário em que foram supostas pelo legislador. É preciso considerar que as entidades associativas são pessoas jurídicas de direito privado, cujos associados naturais são também pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Foi certamente esse o cenário imaginado pelo legislador ao editar as normas de legitimação acima indicadas. Já a tutela em juízo dos direitos e interesses das pessoas de direito público tem regime próprio, revestido de garantias e privilégios de direito material (v.g.: inviabilidade de confissão, de renúncia, ou de transação) e de direito processual (v.g.: prazos especiais, reexame necessário, intimações pessoais), em face, justamente, da relevante circunstância de se tratar da tutela do patrimônio público. Nesse panorama, é absolutamente incompatível com o sentido e a finalidade da instituição desse regime especial e privilegiado, bem como da natureza das pessoas de direito público e do regime jurídico de que se revestem seus agentes políticos, seus representantes judiciais e sua atuação judicial, imaginar a viabilidade de delegação, a pessoa de direito privado, sob forma de substituição processual por entidade associativa, das atividades típicas de Estado, abrindo mão dos privilégios e garantias processuais que lhe são conferidas em juízo, submetendo-se ao procedimento comum.

4. Essa incompatibilidade se mostra ainda mais evidente quando se considera que o mandado de segurança coletivo, tal como instituído pelos artigos 21 e 22 da Lei n. 12.016/1990, criou um sistema de vinculação tácita e automática dos substituídos processuais (no caso, os associados da impetrante) ao processo coletivo, viabilizando efeitos de coisa julgada material inclusive em caso de denegação da ordem. Sobre o tema, permitimo-nos reproduzir as seguintes observações desenvolvidas em sede doutrinária (ZAVASCKI, Teori Albino. *O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009*, apud: A ação civil pública após 25 anos, Coordenador Édis Milaré, SP: RT, 2010, p. 789-800):

Uma quarta característica das ações coletivas é a da liberdade de adesão do titular do direito subjetivo individual ao processo coletivo. Segundo o regime comum aplicável às ações coletivas em geral, a vinculação do interessado ao processo coletivo há de ser manifestada de forma expressa e inequívoca. A faculdade de aderir compreende (a) a de se litisconsorciar ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (b) a de promover ou de prosseguir a ação

individual e, finalmente, (c) a de utilizar ou não, em seu favor, a sentença de procedência. Essas opções estão expressas na disciplina da ação coletiva da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). O interessado que optar pela não vinculação poderá ser beneficiado, mas jamais prejudicado, com o resultado da demanda coletiva. Conseqüências negativas ao seu patrimônio jurídico dependeriam de previsão legal inexistente em nosso ordenamento.

Quanto a esse aspecto, a Lei n. 12.016/2009 trouxe significativa alteração, estabelecendo um sistema diferente para o exercício da liberdade de adesão. Conforme decorre do seu art. 22, a vinculação do titular do direito individual ao mandado de segurança coletivo será automática, só não ocorrendo se, tendo ele ciência da impetração coletiva, manifestar opção pela não-vinculação, insistindo em manter o seu próprio mandado de segurança anteriormente proposto. Embora a norma refira unicamente a não “desistência do seu mandado de segurança”, como modo de expressar a opção pela exclusão, deve-se entender, por interpretação sistemática e analógica, que também serve à mesma finalidade a manifestação do titular do direito individual que, ciente da impetração coletiva, (a) não desiste de ação individual de outra espécie com o mesmo objeto, porventura em curso, ou (b) propõe, antes da sentença na impetração coletiva, mandado de segurança ou outra espécie de ação individual com o mesmo objeto, ou, ainda, (c) expressa formalmente sua decisão de não se vincular ao mandado de segurança coletivo. Essa última alternativa decorre da faculdade, que a todos assiste – e que a Lei n. 12.016/2009 não afasta –, de renúncia à ação ou ao próprio direito material. Em casos tais, o titular do direito individual ficará vinculado unicamente ao resultado da demanda individual porventura proposta, independentemente do seu sucesso ou insucesso, não se beneficiando nem se prejudicando com o resultado do mandado de segurança coletivo.

(...)

O titular do direito subjetivo individual tem a faculdade de promover ou de dar seguimento a mandado de segurança (ou a ação de rito comum) destinado a tutelar seus interesses, mesmo que esteja em curso a ação coletiva de mandado de segurança em que possa figurar como substituído. Não há, portanto, litispendência ou continência entre um e outro. Essa conclusão deriva da letra expressa do § 1º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009. Com efeito, não há identidade entre as duas ações. Uma não reproduz a outra. No mandado de segurança individual a cognição é mais ampla, envolvendo o direito líquido e certo do impetrante em todas as suas especificidades. Já na ação coletiva de mandado de segurança, o âmbito cognitivo é mais limitado, ficando restrito ao núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos, que são visualizados e examinados em sua dimensão genérica e impessoal. O que há, entre as duas ações, portanto, é inegável laço de conexão (CPC, art. 103), que, todavia, a exemplo do que ocorre na relação entre ações individuais e ações coletivas de outra espécie, não determina necessariamente a reunião dos processos.

Quanto ao regime da coisa julgada, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo, além das normas próprias e específicas adiante referidas, as que

tratam do mandado de segurança individual. Segundo dispõe o art. 19 da Lei n. 12.016/2009, “a sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. A rigor, manteve-se o regime tradicional estabelecido na Lei n. 1.533, de 1951, segundo a qual “a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais” (art. 15) e “o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito” (art. 16). O que, aparentemente, resulta desses dispositivos é que, na ação individual de mandado de segurança, somente haveria coisa julgada em caso de procedência do pedido. Não é assim, todavia. Também faz coisa julgada a sentença que, examinando o mérito, denegar a segurança. Convém salientar que, em mandado de segurança, para denegar a ordem *no mérito* é indispensável (a) que não haja dúvida alguma a respeito dos fatos e (b) que, inobstante isso, seja negada a existência do direito afirmado na impetração. Confirma-se que o fato existiu, mas se nega que desse fato resultou lesão ou ameaça a direito. Se a denegação é por falta de prova (= dúvida sobre a existência dos fatos), não há coisa julgada material em mandado de segurança, nem individual, nem coletivo. No particular, é nítida a distinção em relação ao regime comum, em que a sentença de improcedência faz coisa julgada material não apenas quando nega a existência do direito, mas também quando não estão provados os fatos dos quais decorreria o direito afirmado.

O que se quer salientar, com isso, é que, em mandado de segurança, individual ou coletivo, não haverá coisa julgada material quando a denegação da ordem decorrer da insuficiência da prova.

Referindo-se especificamente ao mandado de segurança coletivo, o art. 22 da Lei n. 12.016/2009 estabelece que “(...) a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”. Essa norma tem sentido duplo: (a) o de limitar a eficácia subjetiva (ao universo dos membros da entidade impetrante) e (b) o de vincular aos seus efeitos esses membros, substituídos no processo. Não há, na lei, qualquer distinção ou ressalva quando ao conteúdo da sentença, se de procedência ou de improcedência do pedido. Assim, deve-se entender que a coisa julgada produz efeitos em relação às pessoas e entidades vinculadas ao processo, mesmo quando a sentença, julgando o mérito, denegar a ordem. Excluem-se, evidentemente, os que optaram pela não vinculação ao processo. Realça-se o sistema próprio de vinculação, antes referido: diferentemente do que ocorre nas ações coletivas em geral, no mandado de segurança coletivo a vinculação será automática em relação a todos os substituídos que, tendo sido comprovadamente cientificados da impetração coletiva, não optaram pela exclusão.

O regime, portanto, será semelhante ao da ação civil pública para tutela de direitos coletivos (art. 16 da Lei n. 7.347/1985) e ao da ação popular (art. 18 da Lei n. 4.717/1965), nas quais a sentença de improcedência também faz coisa julgada *erga omnes* salvo quando decorrer de deficiência ou insuficiência da prova.

Em se tratando de mandado de segurança coletivo, a sentença de mérito fará coisa julgada, mesmo quando negar a pretensão do impetrante; porém, não se considera sentença de mérito (e, portanto, não fará coisa julgada) a que denega a ordem em razão da deficiência de prova dos fatos alegados na impetração.

Sendo assim, é evidente, como já referido, a incompatibilidade desse regime do mandado de segurança coletivo - de automática vinculação ao processo e de submissão à coisa julgada material - proposta por associação de municípios, com o regime próprio, especial e privilegiado, da tutela judicial das pessoas de direito público.

5. Por fim, qualquer que seja a natureza dos direitos tutelados em mandado de segurança coletivo, é indispensável que guardem relação de pertinência e compatibilidade com a razão de ser (finalidades, programas, objetivo institucional) da pessoa jurídica impetrante. É que para ajuizar uma demanda não basta que o autor ostente legitimidade; é indispensável que tenha também interesse, diz o art. 3º do CPC. Isso se aplica igualmente ao substituto processual, que há de estar investido de interesse próprio, distinto e cumulado com o do substituído. Esse interesse próprio, no caso de mandado de segurança coletivo, se manifesta exatamente pela relação de pertinência e compatibilidade entre a razão de ser (= finalidade institucional) da entidade impetrante e o conteúdo do direito ameaçado ou violado, objeto da demanda. Não seria concebível que a associação fosse a juízo para bater-se em defesa de direitos que nem direta nem indiretamente lhe dissessem respeito algum. Sem elo de referência entre o direito afirmado e a razão de ser de quem o afirma, faltarà à ação uma das suas condições essenciais, pois o sistema jurídico não comporta hipótese de demandas de mero diletantismo, e isso se aplica também ao substituto processual. Essa orientação está expressamente consagrada pela Lei n. 12.016/2009, em cujo artigo 21 ficou estabelecido que “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado (...) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

Pois bem, no caso, o Estatuto da Associação autora não contempla (nem poderia contemplar), entre seus objetivos, a defesa judicial dos Municípios associados.

6. Assim, pelos fundamentos aqui deduzidos, que levam à ilegitimidade ativa da associação impetrante, deve ser confirmado o acórdão que denegou a ordem.

7. Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário. É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 35.045-DF
(2011/0178896-1)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Davi Luis Soares e Silva
Advogado: Luciano Melo Moreira Lima e outro(s)
Recorrido: União

EMENTA

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Concurso público. TJDF. Técnico judiciário - Área administrativa. Investidura. Quitação com as obrigações eleitorais. Condenação criminal transitada em julgado. Suspensão dos direitos políticos.

1. A quitação eleitoral exigida para fins de investidura em cargo público, prevista no art. 5º, III, da Lei n. 8.112/1990, diz respeito às obrigações decorrentes da capacidade eleitoral ativa.

2. Não se confunde quitação eleitoral com elegibilidade. A condenação criminal transitada em julgado acarreta a suspensão dos direitos políticos (inc. III, do art. 15 da CF) e a inelegibilidade (art. 1º, I, e, da LC n. 64/1990). A suspensão de direitos políticos “cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos” (Súmula n. 9-TSE); a inelegibilidade persiste por três anos “após o cumprimento da pena”.

3. Embora temporariamente inelegível para cargos próprios de agente político, é de ser considerado satisfeito o requisito da quitação eleitoral para fins de investidura em cargo acessível por concurso quando, superado o período de suspensão dos direitos políticos, o candidato apresenta certidão da Justiça Eleitoral atestando que se encontra em situação regular no cadastro eleitoral.

4. Recurso ordinário provido para o fim de conceder parcialmente a ordem.

ACÓRDÃO

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

dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para o fim de conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 25.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança atacando ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, pela falta de quitação com as obrigações eleitorais, deixou de empossar candidato aprovado e nomeado em concurso público para cargo de Técnico Judiciário - Área Administrativa. Alega o impetrante que, de acordo com a Lei n. 8.112/1990, “reúne todos os requisitos para a investidura ao cargo público para o cargo pretendido”, pois “as diversas certidões acostadas ao processo administrativo dão quitação do cumprimento da condenação criminal e da obrigação eleitoral de votar (capacidade eleitoral ativa)”; e, por outro lado, “A suspensão do direito de se eleger (inelegibilidade) não pode servir de motivo para o não-empossamento de cargo público na medida em que o instituto em questão foi pensado e é tratado pela LC n. 64/1990 para impedir o direito de alguém de ser representante do povo no Poder, o que não é o caso dos autos” (fl. 12).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios denegou a segurança por entender que “A exigência, por parte da Administração Pública, de que o candidato aprovado esteja em dia com as obrigações eleitorais, não é ilegal nem abusiva” (fl. 240), e que “o conceito de quitação eleitoral reúne a plenitude do gozo dos direitos políticos, direitos estes que decorrem não somente da capacidade eleitoral ativa, como, entre outros fatores, da inoccorrência da eiva de inelegibilidade”; e, “*In casu*, a Justiça Eleitoral, ao emitir a certidão de fl. 19, atesta que o Impetrante *‘não está quite (...) em razão de inelegibilidade’*” (fl. 245).

Os embargos de declaração foram rejeitados, ocasião em que restou consignado que o impetrante não demonstrou que a situação de inelegibilidade decorre da condenação criminal transitada em julgado.

No recurso ordinário, o recorrente aduz que, “No caso dos autos, (...) possui a capacidade eleitoral ativa e esta, por sua vez, é a que interesse aos olhos da Lei n. 8.112/1990 haja vista ser justamente esta legislação a responsável pelo regramento do serviço público” (fl. 276), pois, “em circunstâncias ordinárias, onde se trabalhasse simplesmente com a apresentação de cópia dos comprovantes de votação de eleições (ou as suas respectivas justificações ou pagamento das multas pelo não-voto), o que se analisa é tão e simplesmente a capacidade ativa do aprovado, ou seja, se o mesmo votou ou deixou de votar”; e “Esta condição de votar ou ter deixado de fazê-lo, repise-se, o candidato possui de acordo com a certidão de fl. 41 do (...) processo administrativo” (fl. 278). No mais, sustenta que, “Levando-se em conta a política desenvolvida pelo CNJ consistente na ressocialização do preso, não se apresenta lúdima a obstaculização à posse de candidato que, como visto, nada mais deve à sociedade, tendo apresentado todas as certidões negativas criminais exigidas” (fl. 284).

Em contra-razões (fls. 297-299), o recorrido postula a manutenção do acórdão recorrido.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 274-279, opina pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A discussão dos autos diz respeito ao requisito para investidura em cargo público, previsto no inciso III do art. 5º da Lei n. 8.112/1990 e constante do subitem 4.2 do Edital 1-TJDFT, de 18.12.2007, que cuida de concurso público para provimento de vagas e para formação de cadastro reserva nos cargos de Analista Judiciário e de Técnico Judiciário: “*Estar em dia com as obrigações eleitorais (...)*”. Dispõe, com efeito, o inciso III do art. 5º da Lei n. 8.112/1990:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o gozo dos direitos políticos;
- III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;
- IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;
- V - a idade mínima de dezoito anos;
- VI - aptidão física e mental.

Segundo o acórdão recorrido, não pode ser considerado quite com as obrigações eleitorais quem é inelegível, eis que o conceito de quitação eleitoral deve ser compreendido nos termos da Resolução 21.823/2004 do TSE, a saber:

O conceito de *quitação eleitoral* reúne a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, salvo quando facultativo, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, excetuadas as anistias legais, e a regular prestação de contas de campanha eleitoral, quando se tratar de candidatos.

No que importa ao termo “plenitude do gozo dos direitos políticos”, o acórdão recorrido reproduz trecho constante das notas de rodapé da certidão da Justiça Eleitoral de fl. 129:

A plenitude do gozo de direitos políticos decorre da *inocorrência* de: perda da nacionalidade; cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; interdição por incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa a cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa; condenação por improbidade administrativa; conscrição; *inelegibilidade*; e opção, em Portugal, pelo Estatuto da Igualdade.

2. O acórdão recorrido merece reforma. Não é apropriado, para efeito do inciso III do art. 5º da Lei n. 8.112/1990 o conceito de “quitação eleitoral” da Resolução n. 21.823/2004 do TSE, construído que foi em resposta à indagação do Corregedor Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais “a respeito da abrangência da expressão ‘quitação eleitoral’, notadamente no que concerne à *situação do candidato a cargo eletivo*, para efeito de expedição da respectiva certidão”. É o que se constata do relatório do Processo Administrativo n. 19.205 - Classe 19ª - Distrito Federal, que deu origem a referida resolução. Trata-se, portanto, de contexto totalmente diferente do aqui examinado: lá, se tratou de quitação eleitoral de um agente político, candidato a cargo eletivo (que envolve, portanto, o pressuposto da elegibilidade); aqui, do que se trata é de requisito para investidura de servidor público, em cargo acessível por concurso público. Aliás, a Resolução, conforme demonstrado, condiciona a quitação eleitoral também ao pleno gozo dos direitos políticos, o que não ocorre no art. 5º da Lei n. 8.112/1990, onde as duas situações são tratadas de modo distinto. Ou seja: para os efeitos de investidura de cargo público acessível por concurso, é mais restrito o conceito de obrigação eleitoral.

3. Com efeito, da mesma forma como não se pode confundir obrigação eleitoral com direitos políticos (tratados, como já se referiu, de modo distinto na Lei n. 8.112/1990), também não se pode confundir “inelegibilidade” com falta de quitação de obrigações eleitorais. No caso, essa confusão foi feita porque o impetrante teve suspensos seus direitos políticos por força de condenação criminal transitada em julgado. Sua situação, quanto ao ponto, está referida no despacho do Juiz da Vara de Execução das Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal, proferido em 04.02.2010, nos seguintes termos:

Cuida-se de Sentenciado condenado à pena privativa de liberdade de 04 anos de reclusão, tendo sido contemplado com progressão ao regime aberto e transferido para prisão domiciliar no dia 29.12.2006 (fls. 169-170).

Com efeito, apresentou-se regularmente a este Juízo até o dia 04.12.2008 (fl. 221), tendo sido preso em flagrante no dia 24.12.2008 por conta dos fatos relativos ao IP 576/08-8ª DPDF (fls. 219), pelo que sofreu nova condenação à pena privativa de liberdade de 08 anos de reclusão no regime fechado (fls. 243), com direito de apelo em liberdade, não havendo, até o momento, o respectivo trânsito em julgado (fls. 245). Tanto é que foi solto em 09.06.2009 (fls. 240), retomando o cumprimento da presente execução penal, conforme extrato de apresentações de fls. 246.

Nesse passo, a conta de liquidação de fls. 229 apontada término de pena para o dia 08.05.2009, isso já desconsiderada a remição declarada (02 meses e 08 dias), em caso de eventual perda nos termos do art. 127, da LEP; sendo que o Ministério Público, instado a se manifestar, oficiou às fls. 237-238, no sentido de se aguardar o trânsito em julgado da nova condenação.

Todavia, mesmo considerando o período de prisão provisória em decorrência da nova Ação Penal, ainda, assim, teria a pena privativa de liberdade atingido o seu término, a princípio, em 24.10.2009 na forma da planilha de fls. 249.

Assim, ouça-se o Ministério Público acerca de eventual extinção da pena pelo seu integral cumprimento (fl. 102).

Ocorre que, nos termos da Súmula n. 9 do TSE, *“A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”*.

Portanto, tendo cumprido a pena, retomou o impetrante seus direitos políticos.

Remanesce, é certo, a situação de inelegibilidade de que trata o art. 1º, I, e, da LC n. 64/1990 (na redação anterior à LC n. 135/2010), a saber:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;

A inelegibilidade de que trata esse dispositivo não se confunde, portanto, conforme já asseverado, com os próprios direitos políticos e muito menos com as “obrigações eleitorais”. Ela diz respeito apenas a uma das prerrogativas inerentes aos direitos políticos, a capacidade eleitoral passiva. A propósito, pedimos licença para reproduzir o que sustentamos em sede doutrinária:

3.3 Condenação criminal

12. Suspendem-se os direitos políticos por “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”, diz o inc. III, do art. 15 da CF. A Constituição anterior tinha dispositivo semelhante no § 2º, letra c, do art. 149, cuja aplicabilidade a jurisprudência e a doutrina condicionaram à edição da Lei Complementar referida no § 3º daquele artigo, a saber; “Lei Complementar disporá sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua re aquisição.” Dita Lei jamais chegou a ser editada. A Constituição de 1988, no entanto, não refere exigência de norma regulamentadora. A eficácia plena e a aplicabilidade imediata do seu inc. III, do art. 15, é, destarte, inquestionável, e assim pensa a doutrina e decidem os Tribunais.

13. A suspensão dos direitos políticos não é pena acessória, e sim consequência da condenação criminal; opera-se automaticamente, independentemente de qualquer referência na sentença.

14. O art. 1º, I, e, da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64 de 18.05.1990) deu ensejo a pensar-se que a suspensão dos direitos políticos não se daria em todos os casos de condenação, mas apenas e tão-somente nos ali elencados. Não é correto o entendimento. *O que o dispositivo da Lei Complementar disciplina é hipótese de inelegibilidade, “pelo prazo de três anos após “o cumprimento da pena”, em relação aos que “forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes é por crimes eleitorais”. Vale dizer: em tais casos, ainda que retomados os demais direitos políticos por exauridos os efeitos de condenação, persistirá a inelegibilidade enquanto não transcorrido o prazo de três anos. A elegibilidade, como já se acentuou, constitui apenas um dos direitos políticos ou uma das prerrogativas inerentes aos direitos políticos e com estes, portanto, não se confunde.*

15. O Constituinte não fez exceção alguma: *em qualquer hipótese de condenação criminal haverá suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da sentença*. Trata-se de preceito extremamente rigoroso, porque não distingue crimes dolosos dos culposos, nem condenações a penas privativas de liberdade de condenações a simples penas pecuniárias. Também não distingue crimes de maior ou menor potencial ofensivo ou danoso. A condenação por contravenção, que também é crime, acarreta, assim, o efeito constitucional.

16. A suspensão dos direitos políticos perdura enquanto perdurarem os efeitos da condenação. Duas correntes se formaram a respeito do que se há de entender por “duração dos efeitos”. Uma, partindo do pressuposto de que, por “efeitos da condenação” devem ser entendidos os previstos na lei penal, neles incluídos, portanto, também os efeitos secundários, como o de “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado à vítima”, previsto no art. 91, I, do CP. Vale dizer: enquanto não atendida esta obrigação, perdurará o efeito da condenação e, portanto, a suspensão dos direitos políticos. Outra orientação, mais restrita, é no sentido de que os efeitos da condenação se esgotam com o cumprimento da pena imposta pela sentença condenatória, ainda que persistam os efeitos secundários de que trata a Lei Penal. O sentido ético que inspira e subjaz à sanção política prevista no art. 15, III, da CF dá abono à primeira interpretação, aliás adotada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. É a segunda, no entanto, a que tem o aval do Tribunal Superior Eleitoral. Qualquer que seja o entendimento, é certo que durante o prazo do sursis a sanção política persistirá, porque ainda persistem os efeitos da condenação.

17. Por outro lado, sejam quais sejam os efeitos a que se refere o Constituinte, não há dúvida que, uma vez esgotados, opera-se a re aquisição dos direitos políticos, independentemente da reabilitação criminal. Exigir-se, para tal fim, a conclusão do processo formal de reabilitação seria prolongar o tempo de suspensão da cidadania e sujeitá-la a imposições não previstas na Constituição. Com efeito, a reabilitação, que tem efeito meramente declaratório, só pode ser requerida após dois anos “do dia que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar a execução...” e desde que atendidos outros requisitos elencados no art. 94 do CP. Exigir-se a reabilitação significaria prolongar a suspensão por mais dois anos além do prazo previsto pelo Constituinte (ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. Revista de Processo, ano 22, n. 85, p. 181-189, jan./mar. 1997).

4. A inelegibilidade, assim considerada, não é sinônimo de descumprimento de obrigação eleitoral. Aliás, há certas causas de inelegibilidade que sequer têm relação com a boa conduta dos indivíduos (v.g.: as previstas nos incisos II e III do art. 1º da LC n. 64/1990). Embora inelegível (vale dizer, sem capacidade eleitoral passiva), não significa que o indivíduo esteja em débito em suas obrigações eleitorais. Estando com seus direitos políticos, votar é uma obrigação

eleitoral; mas, ser elegível é uma prerrogativa, que pode ser circunstancial, e não uma obrigação. Assim, a quitação eleitoral exigida para fins de investidura em cargo público, prevista no art. 5º, III, da Lei n. 8.112/1990, diz respeito às obrigações decorrentes da capacidade eleitoral ativa. Bem por isso, no item 03 do rol de documentos exigidos para a posse, elaborado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, constou:

03 - Certidão de Quitação Eleitoral emitida pelo TRE ou Comprovante de votação da última eleição (fl. 91).

No caso, houve atendimento ao subitem 4.2 do edital do concurso com a certidão do Cartório da 9ª Zona Eleitoral do Distrito Federal segundo a qual o impetrante “*encontra-se em situação regular no Cadastro Eleitoral*”, pois, “Embora conste nos assentamentos a ausência às urnas em 23.10.2005, 1º.10.2006 e 29.10.2006, o eleitor (...) recolheu as multas devidas em 26.04.2007 estando, portanto, apto a votar” (fl. 128).

5. Todavia, não há como reconhecer ao impetrante o direito líquido e certo à posse. É de ser ressalvada à administração pública a prerrogativa de examinar o preenchimento dos demais requisitos para investidura no cargo previstos no item 4 do edital, notadamente no subitem 4.13.2:

4 DOS REQUISITOS BÁSICOS PARA A INVESTIDURA NO CARGO

4.1 Ter nacionalidade brasileira ou portuguesa e, em caso de nacionalidade portuguesa, estar amparado pelo estatuto de igualdade entre brasileiros e portugueses, com reconhecimento de gozo de direitos políticos, nos termos do artigo 12, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4.2 Estar em dia com as obrigações eleitorais e militares.

4.3 Possuir o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo/área/especialidade/ramo e, quando for o caso, registro no respectivo órgão de classe, conforme indicado nos subitens 2.1 e 2.2 deste edital.

4.4 Ter idade mínima de 18 anos completos na data da posse.

4.5 Apresentar certidões dos setores de distribuição dos foros criminais dos lugares em que tenha residido nos últimos cinco anos, das Justiças Federal e Estadual, expedida, no máximo, há seis meses.

4.6 Apresentar folha de antecedentes da Polícia Federal e da Polícia dos Estados onde tenha residido nos últimos cinco anos, expedida, no máximo, há seis meses.

4.7 Apresentar declaração do órgão público a que esteja vinculado, se for o caso, registrando que o candidato tem situação jurídica compatível com nova investidura em cargo público federal, haja vista não ter incidido no disposto

nos artigos 132, 135 e 137, parágrafo único, todos da Lei n. 8.112/1990 e de suas alterações (penalidade de demissão e de destituição de cargo em comissão), nem ter sofrido, no exercício de função pública, penalidade por prática de atos desabonadores.

4.8 Apresentar declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública e sobre recebimento de provento decorrente de aposentadoria e pensão.

4.9 Apresentar declaração de bens e valores que constituam patrimônio e, se casado(a), a do cônjuge.

4.10 Submeter-se a exame de higidez física e mental, capacitante ou incapacitante, de responsabilidade exclusiva do TJDFT, com o objetivo de aferir se as condições física e psíquica são adequadas ao exercício das atividades inerentes ao cargo.

4.11 Providenciar, a suas expensas, os exames laboratoriais e complementares necessários à realização do exame médico a que será submetido. A relação desses exames será fornecida por ocasião da convocação para posse.

4.12 Apresentar outros documentos que se fizerem necessários, à época da posse.

4.13 Estará impedido de tomar posse o candidato:

4.13.1 ex-servidor, demitido ou destituído de cargo em comissão, na vigência do prazo de incompatibilidade para investidura em cargo público federal, conforme previsto no artigo 137 da Lei n. 8.112/1990;

4.13.2 que tenha praticado qualquer ato desabonador de sua conduta, detectado por meio dos documentos referentes à sindicância de vida pregressa de que tratam os subitens 4.5, 4.6 e 4.7 deste edital ou por diligência realizada.

4.14 Cumprir as determinações deste edital (fls. 49-50).

6. Com essas considerações, dou provimento ao recurso ordinário para conceder parcialmente a ordem, nos termos da fundamentação. Custas pelo impetrado. Sem honorários advocatícios (art. 25 da Lei n. 12.016/2009). É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 997.714-RS (2007/0239145-4) (f)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Advogado: Marília Rodrigues de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Luís Clóvis Machado da Rocha

Advogado: Vilmar Machado e outro(s)

Interessado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Prática do exercício da advocacia por assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Impedimento. Primeira parte do inciso IV do art. 28 da Lei n. 8.906/1994. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência.

1. A violação do art. 535 do CPC não se configura quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e motivada sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pela parte, contanto que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar o *decisum*, como ocorre na presente hipótese. Tanto assim, que a Corte *a quo* se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida, e entendeu que os servidores do Ministério Público apenas estão impedidos de advogar (art. 30, I, da Lei n. 8.906/1994).

2. Os servidores do Ministério Público estão inseridos na regra de impedimento a que alude a primeira parte do inciso IV do art. 28 da Lei n. 8.906/1994, segundo o qual, *ipsis litteris*: “[a] advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário [...]”.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.
Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (data do julgamento).
Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 14.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: O Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso especial (fls. 340-350), com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça daquele Estado, cuja ementa está consolidada nos seguintes termos:

Apelação civil. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Servidor do Ministério Público. Provimento n. 17/2001, expedido pelo Procurador-Geral de Justiça. Vedação ao exercício da advocacia. Ação ordinária. Procedência na origem. Sentença escoreita. Não-provimento em grau recursal. Precedentes do STJ, TRF e desta Corte.

1. O demandante, ao prestar concurso para os quadros do Ministério Público, bem como ao tomar posse, não teve conhecimento de qualquer vedação, ou mesmo restrição com relação ao exercício da advocacia, sequer lhe sendo exigida a baixa de sua inscrição na OAB-RS, eis que inscrito regularmente e exercendo a advocacia a longa data.

2. Assim, em princípio, não há se falar em incompatibilidade do autor para o exercício da advocacia, porquanto sua situação não se enquadra naquelas previstas dentre as hipóteses do artigo 28 da Lei n. 8.906/1994.

3. Ademais, entendo que restou ferido o princípio da legalidade, porquanto qualquer provimento administrativo de regulamentação deve obediência à lei, dela não podendo se afastar. Ora, se o Estatuto da OAB não fez restrição aos servidores do Ministério Público, incabível que o intérprete o faça através de Portaria ou Provimento. *Apelação improvida* (fl. 318).

O Ministério Público do Rio Grande do Sul, na qualidade de interessado, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo Tribunal *a quo*, conforme acórdão de fls. 333-335.

Noticiam os autos que Luiz Clovis Machado da Rocha propôs ação ordinária anulatória em face do Estado do Rio Grande do Sul e requereu a anulação do Provimento n. 17/2001, da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao argumento de que o ingresso nos quadros do Ministério Público daquele Estado, no cargo de assessor jurídico, não impede o exercício da advocacia.

O Juízo singular da Vara Judicial da Comarca de Catuípe-RS julgou procedente a pretensão deduzida pelo autor e anulou o Provimento n. 17/2001 (fls. 258-262).

Irresignado, o Estado do Rio Grande do Sul apelou ao TJRS, que, por seu turno, negou provimento à irresignação e asseverou que não se trata de impedimento, mas, sim, de incompatibilidade, conforme a ementa supra.

No bojo do recurso especial que ora se apresenta, o Estado recorrente sustenta, preliminarmente, afronta ao artigo 535, II, do CPC, pois, ao rejeitar os embargos de declaração, a Corte *a quo* convalidou a omissão ocorrida no acórdão recorrido quanto ao requerimento de expressa manifestação acerca de diversos dispositivos legais, quais sejam, artigos 37 e 127, § 2º, da Constituição Federal, art. 25, XXXVI, da Lei Estadual n. 7.669/1982; art. 178, XXI, da Lei Complementar Estadual n. 10.098/1994 e art. 28, IV, do Estatuto da Advocacia (Lei Federal n. 8.906/1994).

No mérito, aduziu violação dos artigos 28, IV e V e 30, I, da Lei n. 8.906/1994, visto que a vedação contida no dispositivo em destaque não abrange somente os servidores do Poder Judiciário, mas todos aqueles que direta ou indiretamente exercem funções vinculadas aos órgãos daquele Poder, dentre os quais os servidores do Ministério Público.

Às fls. 364-377, consta arrazoado de recurso extraordinário.

O recorrido apresentou contrarrazões ao apelo nobre, às fls. 380-392, e argumentou, em sede preliminar, a ausência de prequestionamento dos temas ventilados no bojo do apelo nobre, bem como a não caracterização de afronta ao art. 535 do CPC.

Relativamente ao *meritum causae*, pugna pela manutenção do acórdão guerreado.

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade no Tribunal *a quo*, razão pela qual e os autos ascenderam ao STJ (fls. 428-429 e versos).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): *Prima facie*, a violação do art. 535 do CPC não foi configurada, pois o Tribunal de origem se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como

lhe fora posta e submetida, e entendeu que os servidores do Ministério Público apenas estão impedidos de advogar.

Ademais, não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente.

Ainda preliminarmente, o recurso especial merece conhecimento quanto à suposta má interpretação dos arts. 28, IV e V, e 30, I, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto do Advogado), porquanto os indigitados dispositivos foram prequestionados explicitamente pelo acórdão atacado e foram preenchidos os demais requisitos de admissibilidade recursal.

No mérito, a pretensão recursal merece guarida e o acórdão recorrido carece de reforma, conforme os fundamentos adiante expendidos.

A cerne da controvérsia respeita saber se incide a regra de incompatibilidade ou de impedimento quanto a assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul que pretende exercer a advocacia.

O art. 28 da Lei n. 8.906/1994 enumera, em *numeros clausus*, as hipóteses de incompatibilidade com o exercício da advocacia. Confirmam-se, *in verbis*:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

Pois bem, não se desconhece que a promulgação da Carta Política de 1988 conferiu elevado *status* constitucional ao Ministério Público, ao ponto de quase designá-lo a um quarto poder, tanto assim que o desvinculou da tradicional tripartite dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Dessa forma, fê-lo instituição permanente e essencial à prestação jurisdicional, atribuiu-lhe o zelo pelo respeito aos três poderes e aos direitos assegurados na Constituição, assegurou-lhe total autonomia funcional e administrativa, de elaborar proposta orçamentária própria, e as mesmas garantias dos magistrados, dentre outras providências mais. Dessarte, a moderna doutrina pátria, à luz da novel ordem constitucional, tem entendido que o Ministério Público, justamente em razão dessa independência e autonomia, funciona como órgão de fiscalização de controle das atividades governamentais, como, *v. g.*, os Tribunais de Contas.

Nesse sentido, é de bom alvitre trazer à colação a seguinte transcrição, *ipsis litteris*:

De qualquer forma, porém, como já antecipamos, a solução que sempre nos pareceu a melhor, justamente para contribuir de forma pragmática para esse desiderato de autonomia e independência da instituição, não seria erigir o Ministério Público a um suposto “quarto poder”, nem colocá-lo dentro dos rígidos esquemas da divisão tripartite atribuída a Montesquieu, mas sim inserí-lo em título, capítulo ou seção própria da Constituição. A nosso ver, melhor, fora, até, colocá-lo lado a lado com o Tribunal de Contas, entre os órgãos de fiscalização e controle das atividades governamentais, ou, como já o fizera a Constituição de 1964, que o inseriu entre os “órgãos de cooperação nas atividades governamentais (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 105).

Todavia, não se pode olvidar que as nobres atividades desempenhadas pelo *Parquet*, à exceção das medidas preparatórias, estão umbilicalmente ligas às tarefas exercidas pelo Poder Judiciário. Tanto assim, que o art. 127 da Constituição dispõe que “[o] Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado [...]”, a evidenciar o trabalho em conjunto de ambos os órgãos.

Sob esse ângulo, os servidores do Ministério Público têm acesso a processos judiciais, laboram na elaboração de pareceres e detêm o conhecimento de informações privilegiadas, em condições idênticas aos dos servidores do Poder Judiciário. Logo, impor a regra de incompatibilidade a uns e a de o impedimento, a outros, importaria conferir tratamento desigual àqueles que estão em igualdade de condições, em flagrante desrespeito ao princípio da isonomia.

E, como a Lei não dispõe de palavras inúteis, tem-se que os servidores do Ministério Público estão inseridos na regra de impedimento a que alude a primeira parte do inciso IV do art. 28 da Lei n. 8.906/1994, segundo o qual, *ipsis litteris*: “[a] advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário [...]”.

Ademais, o Conselho Nacional do Ministério editou a Resolução n. 27, de março de 2008, no sentido de vedar a prática da advocacia aos seus servidores efetivos, comissionados requisitados ou a à disposição do Ministério Público.

Isso posto, conheço do recurso especial e *dou-lhe provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.202.159-RJ (2010/0120790-9)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Guaraciara de Jesus Siqueira e outros

Advogado: Patricia Diez Rios e outro(s)

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

Procurador: Cristina Taves Campos e outro(s)

Recorrido: União

Interessado: Ricardo Henrique Andreff Gomes dos Santos

Advogado: Ingrid de Souza Carvalho e outro(s)

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por dano moral e material. Hemofilia. Transfusão de sangue. Resultado positivo de HIV. Nexo causal afastado pelo Tribunal *a quo*. Reforma do julgado. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Dissídio jurisprudencial não configurado.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra decisão que, em apelação, negou provimento a ação de indenização por danos

morais e materiais na qual os autores, hemofílicos, afirmam terem sido contaminados com o vírus HIV em transfusão de sangue realizada em unidades hospitalares de responsabilidade dos recorridos.

2. Alegam, nas suas razões recursais, falha no serviço dos órgãos de controle, que não tomou os cuidados necessários a fim de evitar a contaminação do sangue por meio da transfusão, estando, assim, evidenciada a responsabilidade civil do estado, bem como a ocorrência do nexo de causalidade entre a omissão dos recorridos e o resultado do evento danoso.

3. O Tribunal de origem, com base na análise do contexto fático probatório dos autos, afastou a existência do nexo de causalidade para a imputação da responsabilidade civil objetiva do Estado, reconhecendo indevida a indenização pleiteada. A reforma de tal entendimento demanda reexame dos fatos e das provas encartadas nos autos, o que é vedado, em recurso especial, em razão do contido na Súmula n. 7 desta Corte.

4. O dissídio jurisprudencial invocado também não foi demonstrado nos termos do art. 255, e seus parágrafos, do Regimento Interno do STJ, tendo em vista que os recorrentes não mencionaram as circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados.

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 Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 7.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a**, **b** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Narram os autos que Guaraciara de Jesus Siqueira e outros ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais contra a União, o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social - Inamps e o Estado do Rio de Janeiro.

Alegam os autores que, sendo hemofílicos, fizeram transfusão de sangue em hospitais públicos do Estado, estando o sangue contaminado com vírus HIV, fato que lhes causou prejuízos materiais, devido à incapacidade para o exercício de atividades laborativas e morais, resultantes da dor, sofrimento e angústia insuportáveis em razão, não só do agravamento da fragilidade do estado de saúde, mas, também, na redução da expectativa de suas vidas.

O juízo monocrático julgou procedente o pedido deduzido na inicial, nos termos da sentença de fls 337-353, para: i) acolher a ilegitimidade passiva do INSS, extinguindo o processo, quanto a ele, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC; ii) julgar procedente o pedido, condenando a União a pagar a cada um dos autores, a título de danos materiais, pensão mensal vitalícia no valor igual a três salários mínimos, devidos desde 21.9.1992, corrigidos nos termos da Lei n. 6.899/1981 e juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação, compensando-se os valores pagos com o deferimento da antecipação de tutela nos autos da medida cautelar n. 92.0054823-7; iii) condenar a União e o Estado do Rio de Janeiro a pagar a cada um dos autores, a título de danos morais, o valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), devidos desde 21.9.1992, com correção monetária e juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, devendo cada réu arcará com 50% (cinquenta por cento) do montante devido a título de danos morais; e, iv) condenar os réus ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, sendo 60% pagos pela União e 40% pagos pelo Estado do Rio de Janeiro.

O Tribunal *a quo* reformou o *decisum*, a fim de julgar improcedente a demanda, nos termos da ementa a seguir transcrita (e-fl. 469):

Administrativo. Constitucional. Responsabilidade objetiva do Estado. Hemofílicos. Contaminação pelo vírus HIV. Dever de fiscalização do poder público.

Ausência de diagnóstico preciso sobre a AIDS ao tempo da transfusão. Exclusão donexo de causalidade.

– Afastada a ilegitimidade passiva ad causam do Estado do Rio de Janeiro e da União Federal, ante as atribuições de fiscalização dos respectivos entes públicos sobre os bancos de sangue e centros de hemoterapia no Estado do Rio de Janeiro.

– Não há como elidir, *in casu*, a responsabilidade objetiva do Estado, expressamente prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, vez que o evento danoso decorreu do próprio fato administrativo em si considerado.

– A responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que se admite a exclusão do nexo causal nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

– No caso específico, todos os Autores receberam transfusão de sangue na rede particular, em sua grande maioria no Centro de Hematologia Santa Catarina - CHSC, e alguns autores também na rede pública. Todavia, à época do contágio dos mesmos com o vírus HIV ainda não havia um diagnóstico preciso sobre a AIDS, e, por conseqüência, não existia um teste eficiente que pudesse detectar a doença na amostra de sangue do doador voluntário.

– Os Autores foram submetidos a transfusões de sangue e contaminados em época que sequer havia conhecimento detalhado sobre a AIDS, o vírus HIV, suas formas de contaminação e métodos de prevenção e detecção.

– Não se poderia exigir da União e tampouco do Estado do Rio de Janeiro a devida fiscalização do sangue, de forma a se detectar a existência do vírus HIV, se ao tempo da contaminação não havia uma previsibilidade de contágio da AIDS por transfusão de sangue. Com efeito, não se pode responsabilizar os Réus pela demora da ciência no desenvolvimento do teste de detecção do vírus HIV. Não se pode imputar aos Réus o descumprimento de um dever inexistente.

– Excluído o nexo causal, não há como imputar à União Federal e ao Estado do Rio de Janeiro qualquer responsabilidade civil pelo ocorrido.

Nas razões do apelo nobre (fls. 477-492), os recorrentes alegam que o acórdão impugnado negou vigência aos arts. 1º, 2º, itens 3 e 7; 3º e 13, todos da Lei n. 4.701/1965, bem como aos arts. 7º, I e 8º, XXVII, do Decreto-Lei n. 215/1975 (Código de Saúde do Estado do Rio de Janeiro).

Sustentam, para tanto, que houve omissão por parte dos órgãos de controle a fim de evitar a contaminação do sangue por meio da transfusão, estando, assim, evidenciada a responsabilidade dos recorridos.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 507-511.

O recurso recebeu o crivo positivo de admissibilidade, às fls. 519-522, ascendendo os autos a esta Corte, sendo-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Emerge dos autos que os autores ajuizaram ação ordinária em face da União Federal, do Estado do Rio de Janeiro e do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social - INAMPS, ao fundamento de serem hemofílicos, portadores do vírus HIV – causador da AIDS –, adquirido através de transfusão de sangue contaminado realizada nas unidades hospitalares de responsabilidade dos ora recorridos, o que evidencia a mais completa omissão das autoridades sanitárias estadual e federal, bem como da rede hospitalar como um todo, no tocante ao controle do sangue empregado nas transfusões e outros tratamentos. Assim, objetivam sejam os Réus condenados ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

O MM. Juiz *a quo* acolheu, preliminarmente, a alegação de ilegitimidade passiva do INSS para excluí-lo do feito, mantendo, contudo, a legitimidade dos réus União Federal e Estado do Rio de Janeiro. Quanto ao mérito, entendeu que a causa preponderante para a contaminação dos autores pelo vírus da AIDS ocorreu via transfusão de sangue quando do tratamento de hemofilia, vez que remota, na situação dos autores, as outras formas de contaminação.

Entendeu, ainda, que os réus deveriam ao menos ter acostado aos autos, para fins de elidir ou atenuar a responsabilidade imputada, documentos comprobatórios de controle efetivo do sangue utilizado nos tratamentos de hemofilia, haja vista ser mundialmente conhecida a tragédia da contaminação do vírus HIV. Assim, restou evidenciado o nexo de causalidade entre o dano suportado pelos autores e a má-prestação do serviço guerreado (fls. 280-296).

Reformado o *decisum* em sede de apelação, buscam os recorrentes o reconhecimento do direito à indenização pleiteada, afirmando a ocorrência do nexo de causalidade entre a omissão dos recorridos e o resultado do evento danoso.

O recurso, no entanto, não merece prosperar.

Isso porque o Tribunal *a quo*, soberano na apreciação das provas coligidas aos autos, entendeu evidenciada a falta do nexo de causalidade para a imputação da responsabilidade civil objetiva.

É o que se extrai do voto-condutor:

No caso específico, todos os Autores receberam transfusão de sangue na rede particular, em sua grande maioria no Centro de Hematologia Santa Catarina -

CHSC, e alguns autores também na rede pública. Todavia, à época do contágio dos mesmos com o vírus HIV ainda não havia um diagnóstico preciso sobre a AIDS, e, por conseqüência, não existia um teste eficiente que pudesse detectar a doença na amostra de sangue do doador voluntário.

Inclusive, merece transcrição pontos elucidativos do laudo pericial elaborado pela Perita do Juízo - Dra. Kátia Machado da Motta, especialista na área médica de hematologia, acostado nos autos da Ação Cautelar n. 92.0054823-7, às fls. 307-316, em apenso (grifos nossos):

1- No tratamento dos autores partindo da análise de seus prontuários, desde que época e com que freqüência recebeu o referido derivado e/ou sangue? Havia quadro clínico que justificasse a prescrição de sangue e ou derivados?

R: Segundo documentos nos prontuários:

a) Ricardo Henrique Andreff Gomes dos Santos foi encaminhado para o Centro de Hematologia Santa Catarina (CHSC) pela Dra. Maria Nazaré Petrucelli em 75. Por ser hemofílico A grave recebeu transfusões freqüentes, documentadas no prontuário, desde a matrícula, com concentrados de fator VIII. Havia indicação para as transfusões sem as quais provavelmente não teria sobrevivido já que há relatos de hemorragias intracranianas. A anti-HIV positivo foi detectado em 13.03.1985.

b) Reginaldo da Silva, também hemofílico A grave deu entrada no CHSC em 03.11.1986 oriundo de Campos, da clínica Hematológica Hemoclin. O primeiro exame anti-HIV feito na ocasião pelo CHSC já foi positivo. Não há como saber do passado transfusional, em Campos, com os dados disponíveis.

c) Benedito Reis de Carvalho, também hemofílico A grave, foi encaminhado pelo Inamps de Barra Mansa para o CHSC em 1978, tendo o 1º anti-HIV positivo em 17.03.1987. Como praticamente todos os Hemofílicos graves tem história de diversas transfusões com fator VIII e indicação para as mesmas.

d) Edson Mauro Bruno dos Santos, hemofílico A leve, foi encaminhado ao CHSS em 26.12.1985, pela Clínica de Hemoterapia de Niterói, com história de transfusões prévias. O anti HIV efetuado no CHSS em 1º.01.1986 já foi positivo. Não há informações sobre a história transfusional prévia.

e) Ronildo Batista de Oliveira, hemofílico A grave, com inibidor, teve seu primeiro atendimento no CHSC efetuado em 1º.08.1978, oriundo do Instituto Estadual de Hematologia Artur de Siqueira Cavalcanti. O 1º anti-HIV positivo foi em 09/1987.

Como praticamente todos os Hemofílicos graves tem história de diversas transfusões com fator VIII e indicação para as mesmas.

f) Marcos Bruno dos Santos, hemofílico A leve, com 8% de fator VIII, foi encaminhado pela Clínica de Hemoterapia de Niterói em 05.05.1981.

Na ocasião tomou crioprecipitado com indicação adequada e prosseguiu atendimento em Niterói. Em 12/1985 atendido com quadro de otite, não foi transfundido. Em 02.06.1986 foi transfundido por hemartrose, tendo o 1º anti-HIV positivo em 04.09.1986. Havia indicação para a transfusão.

g) Luiz Antônio dos Santos Pacheco, hemofílico A grave com inibidor, oriundo da Clínica de Hemoterapia de Niterói em 24.04.1981. Era transfundido na clínica de origem e no CHSC. O anti-HIV foi positivo em 07.10.1985. Como praticamente todos os Hemofílicos graves tem história de diversas transfusões com fator VIII e indicação para as mesmas.

h) Carlos Antônio Bruno, hemofilia A moderada. Anti HIV positivo em 28.06.1985. As transfusões foram adequadamente indicadas.

2- No período que recebeu tratamento utilizando hemoderivados já havia disponível no mercado internacional teste anti-HIV?

R: Os testes anti-HIV pela técnica de ELISA, surgiram no início de 1985, portanto, segundo os relatos, todos receberam transfusões antes dessa data. Ressalto que os tratamentos eram com crioprecipitado (hemocomponente) e não com hemoderivados.

3- Em que ano, se possível mês, a comunidade científica definiu as vias de transmissão do HIV?

R: A AIDS foi descrita em 1981. Evidências de que era transmissível por transfusão, acumularam-se em paralelo com informações que sugeriam que a doença era causada por um agente transmissível. Em 1983, ficou claro que a AIDS era uma doença transmissível e que a transfusão era uma possível via de contaminação.

4- Com a definição das vias de transmissão já era possível adotar-se medidas eficientes de prevenção? Quais?

R: Selecionar melhor os doadores de sangue, não aceitando doadores remunerados, efetuar uma anamnese rigorosa, analisar com maior cuidado as relações risco; benefício do emprego das transfusões, evitar compartilhar seringas, agulhas, giletes, e outros instrumentos cortantes, passar a praticar sexo com preservativos. Todas as medidas de prevenção acima são eficientes, mas nenhuma leva ao risco zero de transmissão do HIV. Não existe risco zero para transmissão do HIV.

(...)

9- Podemos afirmar que se fosse exercido um controle efetivo do sangue doado em todo o Brasil e, especialmente, no Rio de Janeiro, pelos órgãos responsáveis, o risco de infecção seria reduzido? No caso de resposta positivo, podem os Srs. Peritos demonstrarem de alguma forma (Ex. comparando com países que exerciam controle efetivo) a que níveis se reduziria a transmissão?

R: Trata-se de uma pergunta extremamente difícil uma vez que não estabelece a data ou o que é considerado como "controle efetivo". No

Brasil, as primeiras leis que dispõem sobre a doação de sangue surgem em 1950 e desde então surgem inúmeros decretos, portarias e resoluções sobre o tema. O MS desde 1980 através da portaria Interministerial n. 07 de 10.04.1980 vem implantando um Programa Nacional de Sangue e Hemoderivados que visa garantir sangue de qualidade ao povo brasileiro. A União tomou providências para obrigar a realização de testes sorológicos a partir de 1987 pela portaria Interministerial de n. 14 datada de 18.05.1987 seguida da Lei n. 7.649. Na década de 80, o Estado do Rio de Janeiro desenvolveu uma campanha intensa de fiscalização de bancos de sangue, que gerou interdições e adequações de inúmeros serviços. As fiscalizações federal e estadual vêm ocorrendo de forma regular nos últimos anos. Fica assim comprovado, que ocorreram e ocorrem, ações por parte do poder público. É correto no entanto que inúmeras pessoas se contaminaram dado o caráter inesperado e desconhecido da patologia.

11- É possível fixar-se precisamente, o tempo que uma pessoa infectada desenvolverá a síndrome?

R: Estudos indicam que o tempo médio para o aparecimento da AIDS varia de 4,5 a 10 anos após a infecção.

Que fatores são preponderantes e/ou determinantes para a fixação deste tempo, entre a infecção e o início da doença?

R: A idade do paciente, a situação prévia do seu sistema imunológico, a carga viral recebida, a via de contaminação, o tipo de cepa. Na AIDS transfusional a doença surge em cerca de 7 anos após o contágio. Nos hemofílicos esse tempo médio é estimado em 4,5 anos devido a alteração da imunidade provocada pelas inúmeras transfusões.

12- É possível, através da análise dos prontuários dos autores, fixar-se o tempo da infecção? Se possível, favor fixar o tempo e; ou período entre a infecção e o desenvolvimento da doença, e quais os critérios utilizados para a fixação?

R: Certamente em período anterior ao primeiro anti-HIV positivo de cada paciente, cuja data já foi informada para cada caso na pergunta n. 1.

(...)

16- Qualquer informação adicional que os Srs Peritos possam sobre a qualidade do sangue e as transmissões de doenças através dele, que possam auxiliar no deslinde da causa, como?

R: Não há como saber se os exames eram realizados e quando começaram a ser executados nas bolsas utilizadas pelos pacientes. Tal comprovação deve ser solicitada ao CHSC. É pouco provável, no entanto, que antes de outubro 1987 os testes fossem realizados pela não disponibilidade de reagentes no mercado.

(...)

19- Os hemofílicos naquela época eram o grupo de pessoas com mais probabilidade de serem infectadas pelo HIV? Por quê?

R: Sim. Em primeiro lugar porque o tratamento da hemofilia se faz com a reposição do fator deficiente que aquela época só podia ser obtido por transfusões. Em segundo lugar porque até meados da década de 80 se desconhecia a amplitude do risco do HIV (a doença ainda era desconhecida ou pouco compreendida nas suas formas de transmissão) e não existiam as técnicas de inativação viral dos concentrados de fatores de coagulação. Ressalto que a prescrição dos concentrados de fatores de coagulação era indispensável ao tratamento dos hemofílicos e que sem os mesmos os hemofílicos, em diversas situações iriam ao óbito.

Dessa forma, pelo que se apura dos autos, não se pode responsabilizar os Réus pela contaminação dos Autores pelo vírus HIV, vez que, quando da transfusão de sangue, as causas da doença não eram conhecidas pela comunidade médica-científica. Em outras palavras, os Autores foram submetidos a transfusões de sangue e contaminados em época que sequer havia conhecimento detalhado sobre a AIDS, o vírus HIV, suas formas de contaminação e métodos de prevenção e detecção.

E, sendo assim, não se poderia exigir da União e tampouco do Estado do Rio de Janeiro a devida fiscalização do sangue, de forma a se detectar a existência do vírus HIV, se ao tempo da contaminação não havia uma previsibilidade de contágio da AIDS por transfusão de sangue. Com efeito, não se pode responsabilizar os Réus pela demora da ciência no desenvolvimento do teste de detecção do vírus HIV. Não se pode imputar aos Réus o descumprimento de um dever até então inexistente.

[...].

De lembrar-se, ainda, que tão logo se teve conhecimento de que o vírus HIV poderia ser transmitido pelo sangue e da disponibilidade no mercado dos kits do “teste Elisa”, o Estado do Rio de Janeiro determinou, através da Lei n. 1.215, de 23.10.1987, a obrigatoriedade de realização do teste para detecção de anti-corpos anti-HIV em todos os estabelecimentos hemoterápicos.

A União, por sua vez, editou a Lei n. 7.649, de 25.01.1988, tornando obrigatório o cadastramento de doadores de sangue, bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças como a AIDS, verbis:

Art. 1º - Os bancos de sangue, os serviços de hemoterapia e outras entidades afins ficam obrigados a proceder ao cadastramento dos doadores e a realizar provas de laboratório, visando a prevenir a propagação de doenças transmissíveis através do sangue ou de suas frações.

(...)

Art. 3º - As provas de laboratório referidas no art. 1º desta Lei incluirão, obrigatoriamente, aquela destinadas a detectar as seguintes infecções: Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

Dessa forma, diante da exclusão do nexo causal, não há como imputar à União Federal e ao Estado do Rio de Janeiro qualquer responsabilidade civil pelo ocorrido.

[...].

Assim, a sentença merece ser reformada para que seja reconhecida a improcedência dos pedidos dos Autores (sem destaque no original).

Nesse contexto, é forçoso concluir que o recurso especial não reúne condições de admissibilidade tendo em vista que a demanda foi analisada pelo Tribunal *a quo* à luz do contexto fático-probatório encartado nos autos, notadamente a laudo pericial, o que é impassível de revisão por esta Corte Superior em razão da incidência da Súmula 7 desta Corte. Nesse sentido, confirmam-se:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual Civil. Ocorrência do dano, negligência, imprudência, nexo de causalidade e erro médico. Necessidade de revolvimento de todo o conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7 do STJ. *Quantum* indenizatório. Indenização por morte por acidente do trabalho. Duzentos salários mínimos. Honorários advocatícios, 20% da condenação. Razoabilidade. Moderação. Agravo improvido.

1. As questões relativas à ocorrência do dano, atuação com negligência e imprudência, nexo de causalidade e existência de erro médico implicam no revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, inadmissível nesta instância recursal. Súmula n. 7 do STJ. Precedentes.

2. Os valores da indenização por danos morais e dos honorários advocatícios, não tendo sido fixados de forma irrisória ou exagerada, mas com razoabilidade e moderação, não comportam modificação pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 785.296-GO, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJ 20.11.2006).

Recurso especial. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Erro médico. Prescrição. Não-ocorrência. Precedentes. Nexo causal e condenação. Súmula n. 7-STJ. Dispositivos constitucionais. Competência da Suprema Corte. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF. O termo *a quo* do prazo prescricional deve ser a data da cirurgia em que o autor tomou conhecimento da existência do corpo estranho localizado na sua coluna vertebral, em dezembro de 1992. Como a presente ação foi ajuizada em junho de 1996, na espécie não ocorreu a prescrição. Precedentes. No concernente ao pedido relativo ao nexo causal, revisar a decisão esposada pelo Juízo de segundo grau firmada por meio dos elementos trazidos aos autos refoge da competência

constitucionalmente atribuída ao colendo Superior Tribunal de Justiça de unificar a aplicação do direito federal, e não a revisão de entendimento exarado pelos Tribunais Federais e Estaduais. Aplicação da Súmula n. 7 do STJ.

[...]. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido (REsp n. 694.287-RJ, Rel. Ministro Franciulli Neto, Segunda Turma, DJ 20.9.2006).

A respeito da insurgência com base na alínea **b** do permissivo constitucional, tem-se que o recurso não merece ser conhecido. Isso porque com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a hipótese de cabimento prevista na alínea **b** do permissivo constitucional passou a ser limitada à afronta de lei federal por ato de governo local, transferindo-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar causas que tratam de afronta de lei local em face de lei federal. A propósito, o precedente abaixo destacado:

Tributário. Taxa de localização e funcionamento. Base de cálculo.

1. Em relação à alínea **b**, a nova redação dada ao permissivo constitucional pela Emenda Constitucional n. 45/2004 transferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgamento de recurso contra decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, **d** da CF).

2. Competência do STJ quanto à alínea **b** mantida em relação aos recursos especiais já interpostos antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004, porquanto a alteração superveniente da competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida, preservando-se a competência recursal do Tribunal respectivo. Precedentes do STF e da Primeira Seção do STJ (REsp n. 598.183-DF).

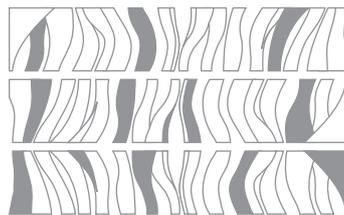
[...]

4. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 733.411-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.8.2007, DJ 13.8.2007).

O dissídio jurisprudencial invocado, por sua vez, não foi demonstrado nos termos do art. 255, e seus parágrafos, do Regimento Interno do STJ, tendo em vista que o recorrente não mencionou as circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados.

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

É como voto.



Segunda Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 31.847-RS
(2010/0058611-7)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Liége Katya Bertani
Advogado: Marcos Roberto Forchezato e outro(s)
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Carlos César D'élia e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação fora das vagas previstas no edital. Surgimento de novas vagas no decorrer do prazo de validade do certame. Cargos ocupados em caráter precário. Direito líquido e certo configurado no caso concreto. Precedentes do STF e STJ. Provimento do recurso ordinário.

1. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao regime de repercussão geral, estabeleceu os princípios constitucionais e os limites que regem a nomeação de candidatos aprovados em concurso público e a adequação da Administração Pública para a composição de seus quadros (RE n. 598.099-MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 3.10.2011).

2. No caso dos autos, a recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual foi denegado por ausência de direito líquido e certo em razão da não comprovação de preterição na ordem de classificação de concurso público.

3. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior reconhece a existência de direito líquido e certo à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital. Por outro lado, eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si só, geram apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público, pois o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública.

4. Entretanto, tal expectativa de direito é transformada em direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado se, no decorrer do prazo de validade do edital, houver a contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos, salvo situações excepcionais plenamente justificadas pela Administração, de acordo com o interesse público.

5. Na hipótese examinada, a recorrente foi aprovada para o cargo de Escrivão, fora do número de vagas previsto no edital, em regular concurso público realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Além disso, é incontroverso o surgimento de novas vagas para o referido cargo, no período de vigência do certame, as quais foram ocupadas, em caráter precário, por meio de designação de servidores do quadro funcional do Poder Judiciário Estadual.

6. Portanto, no caso concreto, é manifesto que a designação de servidores públicos de seus quadros, ocupantes de cargos diversos, para exercer a mesma função de candidatos aprovados em certame dentro do prazo de validade, transforma a mera expectativa em direito líquido e certo, em flagrante preterição a ordem de classificação dos candidatos aprovados em concurso público.

7. Sobre o tema, os seguintes precedentes do STF e STJ: RE n. 581.113-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011; EDcl no RMS n. 34.138-MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.10.2011; RMS n. 22.908-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18.10.2010; RMS n. 32.105-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30.8.2010; RMS n. 20.565-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 21.5.2007; AgRg no REsp n. 652.789-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer DJ 1º.8.2006.

8. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”.

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 30.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Liége Katya Bertani com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 119):

Mandado de segurança. Revisão de ato administrativo. Candidato aprovado. Preterição não demonstrada. Inexistência de direito líquido e certo. Caso dos autos em que inexistente direito líquido e certo da impetrante à nomeação para a vaga de Escrivão - PJ-J, visto que não comprovada preterição quanto à ordem de classificação da candidata. Segurança denegada. Unânime.

Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente, em síntese, que existem diversos cargos relativos ao concurso em que aprovada que estão preenchidos de forma precária por servidores designados, de modo que o fato de não ter sido nomeada dentro da validade do certame importa preterição de sua ordem classificatória.

O recurso ordinário foi admitido pelo Presidente do Tribunal de origem (fl. 156).

O recorrido apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 162-172).

Nesta Corte Superior, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

A recorrente apresentou petição e documentos (fls. 194-207 e 210-421), os quais foram impugnados pelo recorrido (fls. 436-456).

Foi apresentado memorial de julgamento pela recorrente, o qual não apresentou nenhum argumento novo para o julgamento do recurso (fls. 459-465).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): A pretensão recursal merece prosperar.

Inicialmente, é necessário consignar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao regime de repercussão geral, estabeleceu os princípios constitucionais e os limites que regem a nomeação de candidatos aprovados em concurso público e a adequação da Administração Pública para a composição de seus quadros:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Concurso público. Previsão de vagas em edital. Direito à nomeação dos candidatos aprovados.

I. Direito à nomeação. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II. Administração Pública. Princípio da segurança jurídica. Boa-fé. Proteção à confiança. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. Situações excepcionais. Necessidade de motivação. Controle pelo Poder Judiciário. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que

justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. *Força normativa do princípio do concurso público.* Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V. *Negado provimento ao recurso extraordinário.*

(RE n. 598.099-MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 3.10.2011).

No caso dos autos, a recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual foi denegado por ausência de direito líquido e certo em razão da não comprovação de preterição na ordem de classificação de concurso público.

O Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, consignou (fls. 120-123):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Liege Katya Bertani* contra ato praticado pelo Exmo. Des. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Alega que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul publicou o Edital n. 02/2003 – DRH – SELAP – RECSEL – *Concurso público para provimento do cargo de escrivão – PJ-J*, tendo a impetrante logrado aprovação na 243ª colocação.

Afirma que durante o prazo de validade do certame foram nomeados os candidatos que obtiveram colação até a 221ª posição e 3.498ª da lista de vagas especiais.

Refere que existem inúmeros cargos que deixaram de ser preenchidos durante o prazo de validade do concurso, já que ocupados de forma precária, por intermédio de designações.

Argumenta que o provimento de 77 cargos através de designações viola direito líquido e certo, uma vez que há preterição dos candidatos aprovados no certame.

Entende que a autoridade coatora agiu em desacordo com a Constituição Federal, em especial no seu art. 37, I, II, III, IV e IX, com o disposto no art. 19, I a IV da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, com os arts. 10 e 11 da Lei Estadual n. 10.098/1994 e o próprio edital do concurso.

Assevera que a Administração Pública deve observar o princípio da legalidade para fins de ocupar os cargos públicos de provimento efetivo, não havendo margem para o administrador agir com discricionariedade quanto a esse tema.

Reputa a existência de direito líquido e certo à nomeação na medida em que aprovada dentro do número de vagas existentes para provimento (77 vagas), não sendo nomeada em função dos cargos estarem sendo ocupados de forma precária (designações de servidores).

Requer a concessão da segurança postulada, para o fim de determinar a nomeação definitiva da impetrante para o cargo de Escrivão PJ-J.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações às fls. 56-58. Alegou, em suma, que não há ilegalidade na condução das nomeações para o provimento do cargo de Escrivão, porquanto os já nomeados superam o número de vagas previstas no edital do concurso. Referiu que não há contratação de servidores para ocuparem os cargos de Escrivão vagos, mas apenas designação de servidores de seu quadro para, em substituição, exercerem as respectivas funções, presente o interesse jurídico, a fim de que seja mantida a viabilidade dos serviços judiciários.

(...)

Tenho entendido, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a aprovação em concurso público não cria para o candidato direito subjetivo à nomeação.

(...)

Sinalo, ainda, conforme já declinado em precedente anterior (Mandado de Segurança n. 70.017.858.234), que não obstante a inexistência de direito subjetivo à nomeação, entendo que nas hipóteses em que há candidato devidamente habilitado em concurso público, o preenchimento das vagas existentes deve se dar mediante a sua nomeação, mostrando-se ilegal a efetivação de contratações emergenciais.

Na hipótese dos autos, não há falar em ilegalidade no atuar da autoridade impetrada, a amparar a alegada ofensa a direito líquido e certo da impetrante, porque não se está frente a contratação emergencial em detrimento do candidato aprovado em concurso público. A utilização de servidores do quadro funcional do Poder Judiciário para exercerem, através de designação, as atividades de escrivão não viola a ordem de nomeação do certame, mas sim visa a manutenção das atividades dos serviços judiciários.

Além disso, merece destaque que a liminar concedida pelo relator do Pedido de Providências n. 200.810.000.000.959, instaurado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, foi revogada expressamente, porquanto julgado improcedente o expediente que visava fossem tomadas providências em relação à existência de servidores atuando no cargo de escrivão, por designação, conforme se observa às fls. 30-31, o que vem em reforço da argumentação esposada. *(sem destaque no original)*.

Na hipótese examinada, a recorrente foi aprovada para o cargo de Escrivão, fora do número de vagas previsto no edital, em regular concurso público realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

A orientação jurisprudencial desta Corte Superior reconhece a existência de direito líquido e certo à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital. Por outro lado, eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si só, geram apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público, pois o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública.

Entretanto, tal expectativa de direito é transformada em direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado se, no decorrer do prazo de validade do edital, houver a contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos, salvo situações excepcionais plenamente justificadas pela Administração, de acordo com o interesse público.

Efetivamente, esta Corte Superior, inclusive em precedentes da minha relatoria (RMS n. 34.095-BA), entendia pela *inexistência de direito adquirido*

dos candidatos aprovados em relação a eventuais novas vagas que surgirem no prazo de validade do certame, caracterizando a investidura ato discricionário da Administração Pública, tampouco direito líquido e certo.

Todavia, em recente julgamento (Informativo n. 622/2011), o Supremo Tribunal Federal proclamou entendimento diverso, no seguintes termos:

Por reputar haver direito subjetivo à nomeação, a 1ª Turma proveu recurso extraordinário para conceder a segurança impetrada pelos recorrentes, determinando ao Tribunal Regional Eleitoral catarinense que proceda as suas nomeações, nos cargos para os quais regularmente aprovados, dentro do número de vagas existentes até o encerramento do prazo de validade do concurso. Na espécie, fora publicado edital para concurso público destinado ao provimento de cargos do quadro permanente de pessoal, bem assim à formação de cadastro de reserva para preenchimento de vagas que surgissem até o seu prazo final de validade. Em 20.2.2004, fora editada a Lei n. 10.842/2004, que criara novas vagas, autorizadas para provimento nos anos de 2004, 2005 e 2006, de maneira escalonada. O prazo de validade do certame escoara em 6.4.2004, sem prorrogação. Afastou-se a discricionariedade aludida pelo Tribunal Regional, que aguardara expirar o prazo de validade do concurso sem nomeação de candidatos, sob o fundamento de que se estaria em ano eleitoral e os servidores requisitados possuiriam experiência em eleições anteriores. Reconheceu-se haver a necessidade de convocação dos aprovados no momento em que a lei fora sancionada. Observou-se que não se estaria a deferir a dilação da validade do certame. Mencionou-se que entendimento similar fora adotado em caso relativo ao Estado do Rio de Janeiro. O Min. Luiz Fux ressaltou que a vinculação da Administração Pública à lei seria a base da própria cidadania. O Min. Marco Aurélio apontou, ainda, que seria da própria dignidade do homem. O Min. Ricardo Lewandowski acentuou que a Administração sujeitar-se-ia não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao da economicidade e da eficiência. A Min. Cármen Lúcia ponderou que esse direito dos candidatos não seria absoluto, surgiria quando demonstrada a necessidade pela Administração Pública, o que, na situação dos autos, ocorrera com a requisição de servidores para prestar serviços naquele Tribunal. (RE n. 581.113-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011).

Assim, é incontroverso o surgimento de novas vagas para o referido cargo, no período de vigência do certame, as quais foram ocupadas, em caráter precário, por meio de designação de servidores do quadro funcional do Poder Judiciário Estadual.

Ademais, não há falar em discricionariedade da Administração Pública para determinar a convocação de candidatos aprovados, a qual deve ser limitada

à conveniência e oportunidade da convocação dos aprovados, tampouco justificar a designação precária como mera “manutenção das atividades dos serviços judiciários”, visto que a função desempenhada pelo cargo de escrivão constitui atividade essencial prestada pelo Estado sem características de natureza provisória ou transitória.

Ademais, conforme ressaltou o Min. Napoleão Nunes Maia em caso idêntico, “a Administração não pode, i.g., providenciar recrutamento de Servidores através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual ainda existam candidatos aprovados aguardando a nomeação”, e logo adiante conclui, “tal direito subjetivo tem fundamento na constatação da existência de vaga em aberto e da premente necessidade de pessoal apto a prestar o serviço atinente ao cargo em questão” (RMS n. 29.145-RS, DJe de 1º.2.2011).

Portanto, no caso concreto, é manifesto que a designação de servidores públicos de seus quadros, ocupantes de cargos diversos, para exercer a mesma função de candidatos aprovados em certame dentro do prazo de validade, transforma a mera expectativa em direito líquido e certo, em flagrante preterição a ordem de classificação dos candidatos aprovados em concurso público.

Sobre o tema, o recente precedentes deste Órgão Julgador:

Administrativo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Concurso público. Candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital. Cadastro de reserva. Contratação temporária dos impetrantes. Surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame. Expectativa de direito que se convola em direito líquido e certo.

1. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os candidatos aprovados em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital possuem direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, o que não se constata *in casu*. Precedentes do STJ.

3. Já em relação aos candidatos aprovados fora do número de vagas estabelecido originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, o STJ entende não possuírem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. Precedentes do STJ.

4. Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em certame ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Precedentes do STJ.

5. Se, durante o prazo de validade do concurso público, são abertas novas vagas, preenchidas por contratação temporária, é obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados.

6. *In casu*, há comprovação nos autos de que, durante o prazo de validade do certame (prorrogado até 22.6.2009), foram realizadas várias contratações temporárias pela Administração para lecionar no Município de Campo Verde, inclusive dos próprios impetrantes.

7. Também está comprovado, documentalmente, o surgimento de vários cargos vagos durante o prazo de validade do concurso em decorrência de exoneração, aposentadoria e remoção de professores efetivos (fls. 81-85, e-STJ), a evidenciar a presença do direito líquido e certo reclamado.

8. Agravo Regimental provido.

(EDcl no RMS n. 34.138-MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.10.2011).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Concurso público. Professor. Ensino médio. Aprovação em primeiro lugar. Reserva técnica de vagas. Preenchimento de vagas acima do número previsto no edital a título de cadastro-reserva. Convocação reiterada de outro professor para regime especial de trabalho. Necessidade do serviço demonstrada. Direito subjetivo à nomeação.

1. Tem direito líquido e certo à nomeação o candidato, aprovado dentro do número inicial de vagas previstas a título de reserva técnica em edital de concurso público, ante a ulterior nomeação de candidatos em número superior ao previsto no edital, e a reiterada convocação de professor do quadro efetivo para o exercício de carga horária adicional no cargo para o qual foi aprovado, que demonstram a efetiva necessidade do serviço.

2. Recurso ordinário provido.

(RMS n. 22.908-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18.10.2010).

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Necessidade do preenchimento de vagas, ainda que excedentes às previstas no edital, caracterizada por ato inequívoco da Administração. Direito subjetivo à nomeação. Precedentes.

1. A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas.

2. A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas.

3. (...)

4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

(RMS n. 32.105-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30.8.2010).

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Resultado final. Revogação definitiva. Conclusão preliminar de procedimento investigatório. Ilegalidade. Contratação de temporários no prazo de validade do certame. Precedente. Recurso provido.

1. É ilegal a revogação definitiva do resultado final do Concurso Público para Provimento do Cargo de Ajudante de Serviços Gerais, regido pelo Edital n. 1/2001, da Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais, realizada com base em conclusão preliminar de procedimento investigatório. Precedente.

2. Embora aprovado em concurso público, tem o candidato mera expectativa de direito à nomeação. Porém, tal expectativa se transforma em direito subjetivo para os candidatos aprovados dentro das vagas previstas no edital se, no prazo de validade do certame, há contratação precária de terceiros, concursados ou não, para exercício dos cargos.

3. Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada.

4. Hipótese em que, constatado, ao final da investigação, que as conclusões preliminares não subsistiam e que não havia irregularidades no concurso público, caberia à Administração, à míngua de outros supostos vícios, proceder imediatamente à anulação das contratações temporárias e à nomeação dos candidatos aprovados.

5. Recurso ordinário provido.

(RMS n. 20.565-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 21.5.2007).

Administrativo. Novo concurso público. Contratação. Professor substituto. Concurso público válido. Segundo lugar. Preterição.

I – É entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

II - Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação

de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 652.789-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer DJ 1º.8.2006).

Ante o exposto, o recurso ordinário em mandado de segurança deve ser provido, a fim de determinar a imediata nomeação e posse da recorrente no cargo de Escrivão do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 35.196-MS
(2011/0178302-5)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Maria Izabel de Abreu Deotti e outro

Advogado: Paulo Victor Diotti Victoriano

Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: Rafael Antônio Mauá Timóteo e outro(s)

EMENTA

Constitucional. Administrativo. Servidor público estadual. Assistente social. Pretensão de aplicação da Lei n. 12.317/2010 aos vínculos estatutários. Regra restrita aos empregados submetidos à CLT. Autonomia dos Estados para organização administrativa. Busca da derrogação do regime jurídico. Impossibilidade.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou o pleito de aplicação do novo art. 5º-A da Lei n. 8.662/1993, incluído pela Lei n. 12.317/2010 aos servidores públicos estaduais. A referida norma laboral determina que os assistentes sociais terão jornada de trabalho de 30 horas, sem redução de salário, no caso dos contratos de trabalho já em vigor.

2. Os Estados possuem competência constitucional para legislar sobre o regime jurídico dos seus servidores públicos, bem como são dotados de autonomia administrativa (art. 18 e 25, da CF), expressa na auto-organização, com os limites impostos pela Constituição Federal e pelas Constituições dos Estados; lei federal não pode ter a pretensão de regradar diretamente os regimes jurídicos dos servidores dos Estados.

3. Eventual aplicação direta da Lei n. 12.317/2010 aos servidores públicos traria o paradoxo de uma lei federal de iniciativa legislativa ser aplicável aos servidores estaduais, cuja iniciativa de lei é atribuída ao chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, I, c, da CF). O Pretório Excelso já reconheceu a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais - de iniciativa legislativa - que pretendiam regradar jornada de trabalho de servidores dos Estados. Precedentes: ADI n. 1.895-SC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ 6.9.2007, p. 36, Ementário vol. 2.288-01, p. 126; ADI n. 3.739-PR, Relator Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ em 29.6.2007, p. 022, Ementário vol. 2.282-04, p. 707; ADI n. 3.175-AP, Relator Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ em 3.8.2007, p. 29, Ementário vol. 2.283-02, p. 418; e ADI n. 2.754-ES, Relator Min. Sydney Sanches, publicado no DJ em 16.5.2003, p. 90, Ementário vol. 2.110-01, p. 195.

4. Outro paradoxo que evita a aplicação da Lei n. 12.317/2010 é que esta configura regra trabalhista geral em cotejo aos dispositivos do regime jurídico estadual, que é lei específica; afinal “*lex specialis derogat generali*”, e nunca o contrário.

Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco”. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 19.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Maria Izabel de Abreu Deotti e outro*, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Eis o teor da ementa (e-STJ fl. 227):

Mandado de segurança. Redução de jornada de trabalho. Assistente social. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Afastada. Lei n. 12.317/2010. Redução da jornada de trabalho de 40 horas semanais para 30 horas semanais. Impossibilidade. Ausência de direito líquido e certo a ser protegido pela via mandamental. Segurança denegada.

1 - Rejeita-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, pois não existe no ordenamento jurídico proibição expressa que impeça a impetração de mandado de segurança objetivando reduzir sua jornada de trabalho, sendo que a vedação legal de qualquer alteração na carga horária de trabalho das impetrantes é questão de mérito que serve para justificar a denegação da segurança, mas não para extinguir o processo por impossibilidade jurídica do pedido.

2 - A questão acerca da jornada de trabalho dos servidores públicos diz respeito ao regime jurídico, e, nesse contexto, a competência legislativa é do ente federativo que com eles mantém vínculo jurídico-profissional. Tal competência decorre da autonomia política, administrativa e organizacional dos entes federados, prevista no art. 18, da Constituição Federal.

3 - A competência privativa da União em legislar sobre as condições para o exercício das profissões (art. 22, XVI, da Constituição Federal), não implica a possibilidade da aplicação da legislação federal ao caso em tela, pois a norma constitucional acima citada diz respeito aos requisitos legais a serem preenchidos para habilitação ao exercício de determinada profissão.

4 - A alteração da carga horária de trabalho é ato discricionário da administração pública, baseado na conveniência e oportunidade, não possuindo, o demandante, qualquer direito adquirido a regime jurídico, que, inclusive, já havia previsão da jornada de trabalho no edital do concurso.

Contra o acórdão acima, foram opostos embargos, rejeitados (e-STJ, fls. 245-250).

Nos argumentos do ordinário (e-STJ fls. 257-271), defendem os recorrentes que o advento da Lei n. 12.317/2010 incluiu o art. 5º-A, na Lei n. 8.662/1993. Argumentam que a adequação deve ser imediata, já que a Lei federal é específica e, portanto, pode determinar a adequação da jornada aos servidores estatutários dos Estados. Ainda, que a mesma Lei federal possui amparo constitucional no art. 22, XVI, da Constituição Federal.

Contrarrazões, nas quais se alega que os parâmetros de jornada de trabalho, fixados em leis federais, não são aplicáveis aos Estados, em razão da autonomia dos entes federativos (art. 18 e 25, ambos da Constituição Federal) e a necessidade de lei estadual de iniciativa dos governadores (art. 61, § 1º, II, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal). Defende que o Regime Jurídico Único do Estado (Lei Estadual n. 1.102/1990) prescreve a jornada das recorrentes em 40 horas, no seu art. 35), bem como que a Lei específica dos servidores da área de saúde (Lei Estadual n. 2.065/1999), faz o mesmo, permitindo escalas de serviço (art. 17 e §§). Ainda, alega que a lei federal não pode derogar a lei estadual no caso concreto, por força da legislação estadual. Também alega que a Lei n. 8.662/1993 somente é aplicável aos empregados celetistas, e não aos servidores públicos estaduais (e-STJ fls. 276-296).

Parecer do Subprocurador-Geral da República opina no sentido do provimento do recurso ordinário, em parecer com a seguinte ementa (e-STJ, fl. 327):

Administrativo e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público estadual que exerce o cargo de assistente social. Previsão no Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais do Mato Grosso do Sul de jornada de 40 (quarenta) horas semanais. Redução de jornada de trabalho pretendida com arrimo em norma federal que dispõe acerca das condições para o exercício da profissão de assistente social, a qual prevê uma jornada de 30 (trinta) horas semanais. Aplicabilidade da norma federal específica (art. 22, incisos I e XVI, da Constituição Federal). Necessidade de adequação dos vencimentos à nova jornada reduzida. Pelo provimento parcial do recurso, afim de que seja concedida a redução da jornada e, conseqüentemente, de seus vencimentos.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): A questão em tela envolve a avaliação da possibilidade de que uma lei federal estabeleça efeitos de

conformidade em relação à legislação estadual que rege os servidores públicos estatutários, por regular direitos de uma categoria profissional. Assim, ela pode ser resumida na seguinte *quaestio iuris*: o advento de lei federal que fixa jornada reduzida para determinada categoria profissional deve ser aplicada diretamente aos servidores públicos que labutam naquela função?

No caso concreto, os recorrentes possuem, a partir do advento da Lei Federal n. 12.317/2010, que incluiu o art. 5º-A, na Lei n. 8.662/1993, direito subjetivo à jornada de 30 (trinta) horas semanais?

Transcrevo a legislação que serve de supedâneo aos pedidos:

Lei n. 12.317, de 26 de agosto de 2010.

Acrescenta dispositivo à Lei n. 8.662, de 7 de junho de 1993, para dispor sobre a duração do trabalho do Assistente Social.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei n. 8.662, de 7 de junho de 1993, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 5º-A:

Art. 5º-A. A duração do trabalho do Assistente Social é de 30 (trinta) horas semanais.

Art. 2º Aos profissionais com contrato de trabalho em vigor na data de publicação desta Lei é garantida a adequação da jornada de trabalho, vedada a redução do salário.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Começo a apreciar o tema.

De início, deve ser analisado um problema de cunho constitucional.

Será que as normas federais que regem as categorias profissionais são normas de observância obrigatória aos servidores públicos estaduais? O Tribunal de origem considera que não (e-STJ, fl. 230):

A questão acerca da jornada de trabalho dos servidores públicos diz respeito ao regime jurídico, e, nesse contexto, a competência legislativa é do ente federativo que com eles mantém vínculo jurídico-profissional. Tal competência decorre da autonomia política, administrativa e organizacional dos entes federados, prevista no art. 18, da Constituição Federal.

Na hipótese, as impetrantes, servidoras públicas efetivas do Estado de Mato Grosso do Sul, sujeitam-se ao regime jurídico estabelecido no Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais, cuja jornada de trabalho, é de 40 horas semanais para o cargo que ocupam (assistente social).

A competência privativa da União em legislar sobre as condições para o exercício das profissões (art. 22, XVI, da Constituição Federal), não implica a possibilidade da aplicação da legislação federal ao caso em tela, pois a norma constitucional acima citada diz respeito aos requisitos legais a serem preenchidos para habilitação ao exercício de determinada profissão.

Assim, a norma inserta no art. 5º-A, da Lei Federal n. 12.317/2010, que fixa a jornada de trabalho dos assistentes sociais em 30 horas semanais não pode ser aplicada em detrimento da Lei Estadual (Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais) que estabelece a jornada de 40 horas semanais para o cargo das impetrantes.

Ademais, a atuação da Administração Pública deve pautar-se pelo disposto em lei, não podendo dela se afastar, sob pena de responsabilização administrativa, civil e penal por conceder direitos sem amparo legal.

Creio que assiste razão ao Tribunal de origem, por três motivos.

Em primeiro lugar, a aceitação de que a referida Lei fosse aplicada imediatamente aos servidores estatutários geraria a violação dos arts. 18 e 25, ambos da Constituição Federal. Isso porque, os entes federados possuem a garantia constitucional da sua auto-organização, no que diz respeito aos seus servidores.

Em segundo lugar, o entendimento pela aplicação da Lei aos servidores públicos colocaria tal diploma normativo sob o risco de decretação de sua inconstitucionalidade, já que as normas que regem os estatutários - no Estados, Distrito Federal, União e municípios - é de iniciativa privativa dos mandatários do Poder Executivo. No caso, a referida lei foi produzida por iniciativa do Poder Legislativo Federal.

A propósito, o dispositivo constitucional, na redação atual, posterior à Emenda Constitucional n. 18/1998:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

(...)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

O art. 61, § 1º, II, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, serve de amparo para a preservação da iniciativa de lei estadual ou distrital aos chefes dos poderes executivos das unidades federadas.

Prova disso é que este fundamento tem sido suficiente ao Supremo Tribunal Federal, para a decretação da inconstitucionalidade, por vício de forma, de diversas leis estaduais que modificam direitos ou deveres dos servidores públicos.

Neste sentido:

I. Ação direta de inconstitucionalidade: Lei Complementar Estadual n. 170/1998, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre o Sistema Estadual de Ensino: artigo 26, inciso III; artigo 27, seus incisos e parágrafos; e parágrafo único do artigo 85: inconstitucionalidade declarada. II. Prejuízo, quanto ao art. 88 da lei impugnada, que teve exaurida a sua eficácia com a publicação da Lei Complementar Estadual n. 351, de 25 de abril de 2006. III. Processo legislativo: normas de lei de iniciativa parlamentar que cuidam de jornada de trabalho, distribuição de carga horária, lotação dos profissionais da educação e uso dos espaços físicos e recursos humanos e materiais do Estado e de seus municípios na organização do sistema de ensino: reserva de iniciativa ao Poder Executivo dos projetos de leis que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (art. 61, II, § 1º, **c**).

(ADI n. 1.895-SC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 2.8.2007, publicado no DJ 6.9.2007, p. 36, Ementário vol. 2.288-01, p. 126).

Ação direta de inconstitucionalidade. 1. Servidor público. Jornada de trabalho. Redução da carga horária semanal. 2. Princípio da separação de poderes. 3. Vício de iniciativa. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo 4. Precedentes. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI n. 3.739-PR, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.5.2007, publicado no DJ em 29.6.2007, p. 022, Ementário vol. 2.282-04, p. 707; ADI n. 3.175-AP, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.5.2007, publicado no DJ em 3.8.2007, p. 29, Ementário vol. 2.283-02, p. 418).

Direito Constitucional e Administrativo. Regime jurídico dos servidores públicos. Ação direta de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 251, de 12 de julho de 2002, que regula extensão de jornada de trabalho e respectivos vencimentos de servidores do Estado do Espírito Santo. Alegação de que tal norma implica violação aos artigos 61, § 1º, II, a, b, c e e, 63, I, 84, II, III e VI, a, 169, § 1º, I e II, todos da Constituição Federal. 1. É inconstitucional a lei impugnada, pois regula regime jurídico de servidor público, sem iniciativa do Governador do Estado. 2. Ação Direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 251, de 15.6.2002, do Estado do Espírito Santo. 3. Plenário. Decisão unânime.

(ADI n. 2.754-ES, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 3.4.2003, publicado no DJ em 16.5.2003, p. 90, Ementário vol. 2110-01, p. 195).

Por fim, o terceiro motivo é que a Lei Federal n. 12.317/2010, que incluiu o art. 5º-A, na Lei n. 8.662/1993, versa claramente sobre direito do trabalho. Dessa forma, ela estabelece normas que atingem os empregados submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º.5.1943) e não aos diversos regimes jurídicos estatutários.

Em princípio, cabe indicar que a CLT é a norma geral trabalhista, e os estatutos dos servidores, como no caso do Estado do Mato Grosso do Sul (Lei Estadual n. 1.102/1990) é a lei específica.

Mais ainda, a lei mais específica fixa as atividades dos servidores da área de saúde, que enquadra os recorrente (Lei Estadual n. 2.065/1999).

Em síntese, uma norma geral trabalhista - incidente nas relações contratuais, pautadas pela CLT - não poderia derrogar normas jurídicas específicas, aplicáveis ao labor dos servidores públicos. Afinal, "*lex specialis derogat generali*" e nunca o contrário.

Um argumento adicional ao raciocínio acima é que a Lei n. 12.317/2010 menciona explicitamente a aplicação aos contratos de trabalho, e não à entrada em exercício ou provimento, modo de início da relação estatutária.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.089.998-RJ (2008/0205608-2)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Megadata Computações Ltda.

Advogado: Carolina de Oliveira Loureiro
Advogada: Luisa Amaral Ferreira e outro(s)
Recorrido: Fazenda Nacional
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Cofins. Regime de contribuição. Lei n. 10.833/2003. Instrução Normativa n. 468/2004. Violação do princípio da legalidade.

1. Cuida-se de recurso especial interposto pelo contribuinte, questionando o poder regulamentar da Secretaria da Receita Federal, na edição da Instrução Normativa n. 468/2004, que regulamentou o art. 10 da Lei n. 10.833/2003.

2. O art. 10, inciso XI, da Lei n. 10.833/2003 determina que os contratos de prestação de serviço firmados *a preço determinado* antes de 31.10.2003, e com prazo superior a 1 (um) ano, *permanecem sujeitos* ao regime tributário da cumulatividade para a incidência da Cofins. (Grifo meu).

3. A Secretaria da Receita Federal, por meio da Instrução Normativa n. 468/2004, ao definir o que é “*preço predeterminado*”, estabeleceu que “o caráter predeterminado do preço subsiste *somente até* a implementação da primeira alteração de preços” e, assim, acabou por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS (de 0,65% para 1,65%) e da Cofins (de 3% para 7,6%).

4. Somente é possível a alteração, aumento ou fixação de alíquota tributária por meio de lei, sendo inviável a utilização de ato infralegal para este fim, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.

5. No mesmo sentido do voto que eu proferi, o Ministério Público Federal entendeu que houve ilegalidade na regulamentação da lei pela Secretaria da Receita Federal, pois “a simples aplicação da cláusula de reajuste prevista em contrato firmado anteriormente a 31.10.2003 não configura, por si só, causa de indeterminação de preço, uma vez que não muda a natureza do valor inicialmente fixado, *mas tão somente repõe, com fim na preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, a desvalorização da moeda frente à inflação.*” (fls. 335, grifo meu).

Mantenho o voto apresentado, no sentido de dar provimento ao recurso especial.

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 Castro Meira, acompanhando o Sr. Ministro Humberto Martins, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 30.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por *Megadata Computações Ltda.* com fundamento na alínea **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos termos da seguinte ementa (fls. 210-211e):

Tributário. Cofins. Lei n. 10.833/2003. Instrução Normativa n. 468/2004 que regula o disposto em lei. Possibilidade.

1. A questão posta nos autos cinge-se a esclarecer se a receita advinda do contrato firmado entre a impetrante (ora apelada) e a Fenaseg, por ser anterior a 31 de outubro de 2003, estaria alcançado pelo comando dos artigos 10 e 15 da Lei n. 10.833/2003, em razão da Instrução Normativa n. 468/2004, aplicando-se, portanto, a sistemática da não-cumulatividade.

2. O artigo 10, inciso XI, alínea **b**, da Lei n. 10.833, de 2003, estabelece que as disposições acerca da nova sistemática de não-cumulatividade, prevista nos artigos 1º a 8º, não se aplicam aos contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, desde que com prazo superior a 1 ano, preço predeterminado, seja de bens ou serviços.

3. A Instrução Normativa n. 468, de 8 de novembro de 2004, da Secretaria da Receita Federal, regulou a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e para a Cofins, sobre as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, definindo, entre outras providências, o conceito de preço determinado, para efeito de aplicação da regra excepcionada pela Lei n. 10.833/2003.

4. A Instrução Normativa n. 468/2004 encontra-se em conformidade com o CTN, na medida em que apenas explicita que, havendo majoração do preço antes pré-fixado, ficam os contribuintes que apuram o Imposto de Renda com base no lucro real, obrigados a incluírem as receitas decorrentes desse contrato (em que os preços ajustados deixaram de ser prefixados), e a apurarem a Cofins de forma não cumulativa, na forma da Lei n. 10.833/2003.

5. A IN n. 468/2004 apenas retoma o que está disposto na alínea **b**, do inciso XI, do artigo 10 da Lei n. 10.833/2003, ou seja, somente permanecem tributadas no regime da cumulatividade as receitas advindas de contratos com validade superior a um ano e firmados anteriormente a 31.10.2003.

6. Apelo e remessa a que se dá provimento.

Nas razões do recurso especial, a recorrente sustenta, além de dissídio jurisprudencial, que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 10, XI e XXVI, e 15, V, da Lei n. 10.833/2003, bem como os arts. 97 e 110 do CTN, porquanto reconheceu a legalidade à Instrução Normativa n. 468/2004 da SRF para alterar a sistemática de apuração cumulativa do contrato firmado anterior a 31.12.2003 para não cumulativo, ante o advento de reajuste do contrato.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 274-286e, sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 291-293e).

Parecer do Ministério Público Federal no sentido de dar provimento ao recurso especial, conforme ementa que transcrevo:

Tributário e Administrativo. Cofins e PIS. Regime de tributação. Lei n. 10.833/2003, inciso XI, art. 10. Receita advinda de contrato firmado anteriormente a 31.10.2003, com predeterminação de preço. Submissão excepcional ao regime cumulativo. Alteração de conceito de preço predeterminado, por instrução normativa da SRF. Restrição injusta ao benefício fiscal cumulativo, em face unicamente de cláusula de reajuste prevista no contrato. Limitação ilegal do alcance da norma.

- A simples aplicação da cláusula de reajuste prevista em contrato firmado anteriormente a 31.10.2003 não configura, por si só, causa de indeterminação de preço, uma vez que não muda a natureza do valor inicialmente fixado, mas tão

somente repõe, com fim na preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, a desvalorização da moeda frente à inflação.

- Parecer pelo **conhecimento e provimento** do presente recurso.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Ementa: Tributário. Cofins. Regime de contribuição. Lei n. 10.833/2003. Instrução normativa n. 468/2004. Extrapolação do poder regulamentar. Aumento de alíquota. Observância do princípio da legalidade. Cláusula de reajuste. Manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Obrigatoriedade. Não ocorrência de alteração contratual.

1. O art. 10, inciso XI, da Lei n. 10.833/2003, determina que os contratos de prestação de serviço firmados a preço determinado, antes de 31.10.2003, e com prazo superior a 1 (um) ano, permanecem sujeitos ao regime tributário da cumulatividade para a incidência da Cofins.

2. A Instrução Normativa n. 468/2004 da Secretaria da Receita Federal, com intuito de conceituar o termo “preço determinado”, ultrapassou seu poder regulamentar porque, ao definir a cláusula de reajuste como marco temporal para modificação do caráter predeterminado do preço, acabou por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS e da Cofins.

3. O entendimento jurisprudencial desta Corte Especial só admite alteração, aumento ou fixação de alíquota tributária por meio de lei, sendo inviável a utilização de ato infralegal para este fim, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.

4. A legislação federal em comento não previu alteração do regime de contribuição por aplicação de cláusula de reajuste nos contratos firmados, não podendo instrumento normativo hierarquicamente inferior determinar a alteração do regime tributário, em observância da legalidade.

5. “Às portarias, aos regulamentos, decretos e instruções normativas não é dado inovar a ordem jurídica, mas apenas conferir

executoriedade às leis, nos estritos limites estabelecidos por elas” (REsp n. 872.169-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 13.5.2009).

6. A introdução de cláusula de reajuste nos contratos administrativos visa assegurar às partes a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro da avença, e deve constar tanto do instrumento contratual, bem como do próprio ato convocatório do processo de licitação, conforme estabelecidos nos arts. 40, XI, e 55, III, da Lei n. 8.666/1993.

7. A aplicação de cláusula de reajuste não provoca alteração contratual, conforme dispõe o § 8º do art. 65 da Lei de Licitações, pois “as modificações incidentais acaso introduzidas não inovam o acordado; ao contrário, confirmam o seu sentido e conteúdo, apenas adaptando-os às circunstâncias que envolvem a execução das respectivas prestações” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009).

Recurso especial provido.

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Ocorrido o questionamento e demonstrado o dissídio jurisprudencial, conheço do recurso especial pela alínea c. Passo à análise do recurso especial.

Aduz a recorrente que a Secretária da Receita Federal ultrapassou seu poder regulamentar ao conceituar preço predeterminado no art. 2º, § 2º, da Instrução Normativa n. 468/2004, pois acabou por alterar, substancialmente, o alcance do benefício concedido pelos art. 10 da Lei n. 10.833/2003, prejudicando a recorrente.

Preliminarmente, para aclarar a exposição, os preditos dispositivos, *in verbis*:

Lei n. 10.833/2003

(...)

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da Cofins, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

(...)

XI - as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:

(...)

b) com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços;

IN n. 468/2004

Art. 1º Permanecem tributadas no regime da cumulatividade, ainda que a pessoa jurídica esteja sujeita à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, as receitas por ela auferidas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:

(...)

II - com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços;

(...)

Art. 2º Para efeito desta Instrução Normativa, preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato.

§ 1º Considera-se também preço predeterminado aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução.

§ 2º *Se estipulada no contrato cláusula de aplicação de reajuste, periódico ou não, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços verificada após a data mencionada no art. 1º.*

(...).

Observa-se que o art. 2º, § 2º, da IN n. 468/2004, ao conceituar o termo “preço determinado”, estipula que a existência de cláusula de reajuste o descaracteriza, alterando, conseqüentemente, a situação da pessoa jurídica do regime tributário da cumulatividade para o não cumulativo.

Entendo que a referida instrução normativa ultrapassou o poder regulamentar, conforme aduz a recorrente. Isto porque, ao definir a cláusula de reajuste como marco temporal para modificação do caráter predeterminado do preço, acabou por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS (de 0,65% para 1,65%) e da Cofins (de 3% para 7,6%).

Cumpre asseverar que o entendimento jurisprudencial desta Corte Especial só admite alteração, aumento ou fixação de alíquota tributária por meio de lei, sendo inviável a utilização de ato infralegal para este fim, sob pena de violação ao princípio da legalidade tributária.

Neste sentido:

Processual Civil. Tributário. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Fusex. Natureza tributária. Fixação da alíquota por portaria. Impossibilidade. Lançamento de ofício. Prescrição quinquenal.

1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.

2. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” (Súmula n. 211-STJ).

3. “O Fundo de Saúde do Ministério do Exército (Fusex) é custeado pelos próprios militares que gozam, juntamente com seus dependentes, de assistência médico-hospitalar. A contribuição de custeio, tendo em vista seu caráter compulsório, tem natureza jurídica tributária, sujeitando-se ao princípio da legalidade. Precedente: REsp n. 789.260-PR, Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 19.6.2006” (REsp n. 761.421-PR, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 1º.3.2007).

4. “(...) por se tratar de lançamento de ofício, o prazo prescricional a ser aplicado às ações de repetição de indébito de contribuições ao Fusex é o quinquenal, nos termos do art. 168, I, do CTN” (REsp n. 1.068.895-RS, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJe de 20.10.2008) 5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 857.464-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.2.2009, DJe 2.3.2009.).

Tributário. Crédito-prêmio presumido de IPI. Lei n. 9.363, de 1996. Aumento da alíquota de Cofins pela Lei n. 9.718, de 1998. Não-repercussão no benefício. Princípio da legalidade.

1. O crédito-prêmio presumido do IPI instituído pela Lei n. 9.363, de 1996, no percentual de 5,37%, como forma de ressarcimento do PIS e da Cofins pagos em razão de matérias-primas, produtos intermediários e de material de embalagem, todos utilizados no processo de industrialização dos produtos destinados ao exterior, não foi majorado automaticamente pela Lei n. 9.718, de 1998, que aumentou a alíquota da Cofins de 2% para 3%.

2. A homenagem ao princípio da legalidade tributária impede que, por construção jurisprudencial, sejam aumentadas alíquotas tributárias, quer para cobrar impostos, taxas e contribuições, quer para deferir incentivos fiscais de qualquer origem (financeiro ou tributário).

(...)

7. Recurso especial conhecido e não-provido.

(REsp n. 988.329-PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 6.3.2008, DJe 26.3.2008.).

Com efeito, infere-se da leitura da legislação federal que não houve nenhuma previsão de alteração do regime de contribuição por aplicação de cláusula de reajuste nos contratos firmados, não podendo instrumento normativo hierarquicamente inferior determinar a alteração do regime tributário, em observância do princípio da legalidade.

A respeito do tema, leciona Hugo de Brito Machado:

As normas complementares são, formalmente, atos administrativos, mas materialmente são leis.

(...)

Diz-se que são complementares porque se destinam a completar o texto das leis, dos tratados e convenções internacionais e decretos. Limitam-se a completar. Não podem inovar ou de qualquer forma modificar o texto da norma que complementam.

(...)

Como regras jurídicas de categoria inferior, as normas complementares evidentemente não podem modificar as leis, nem os decretos e regulamentos. (Curso de Direito Tributário, p. 81-82).

A Primeira Turma, quando do julgamento do REsp n. 1.109.034-PR, relatoria do Min. Benedito Gonçalves (DJe 6.5.2009), reafirmou o entendimento desta Corte nesse sentido, ao asseverar que “Instruções Normativas constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis. De consequência, à luz dos art. 97 e 99 do Código Tributário Nacional, Instruções Normativas não podem modificar Lei a pretexto de estarem regulando o aproveitamento do crédito presumido do IPI”.

A ementa do julgado ficou assim assentada:

Tributário. Recurso especial em mandado de segurança. Base de cálculo do crédito presumido de IPI. Lei n. 9.363/1996. Aquisição de insumos de pessoas físicas e/ou cooperativas. Possibilidade. Princípio da hierarquia normativa. Interpretação literal da legislação tributária. Art. 111 do CTN. Jurisprudência pacífica do STJ.

1. “Não consubstancia fundamento de natureza constitucional, a exigir a interposição de recurso extraordinário, a afirmação de que instrução normativa extrapolou os limites da lei que pretendia regulamentar. Trata-se de mero juízo de legalidade, para cuja formulação é indispensável a investigação da interpretação dada pelo acórdão recorrido aos dispositivos cotejados, incidindo, portanto, a

orientação expressa na Súmula n. 636-STF, segundo a qual ‘não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida’ (REsp n. 509.963-BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.8.2005, DJ 3.10.2005 p. 122).

2. No caso, interpretar-se a Lei n. 9.363/1996 com a exclusão das aquisições de insumos de pessoas físicas e/ou cooperativas da base de cálculo do crédito presumido do IPI é fazer distinção onde a lei não a fez. Não há como, numa interpretação literal do citado art. 1º, chegar-se à conclusão de que os insumos adquiridos de pessoas físicas ou cooperativas não podem compor a base de cálculo do crédito presumido do IPI. É certo que a interpretação literal preconizada pela lei tributária objetiva evitar interpretações ampliativas ou analógicas (v.g.: REsp n. 62.436-SP, Min. Francisco Peçanha Martins), mas também não pode levar a interpretações que restrinjam mais do que a lei quis.

3. Com efeito, Instruções Normativas constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis. De consequência, à luz dos art. 97 e 99 do Código Tributário Nacional, Instruções Normativas não podem modificar Lei a pretexto de estarem regulando o aproveitamento do crédito presumido do IPI.

4. O acórdão recorrido está em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que tem entre suas atribuições constitucionais a de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.109.034-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16.4.2009, DJe 6.5.2009.).

A Segunda Turma: “Às portarias, aos regulamentos, decretos e instruções normativas não é dado inovar a ordem jurídica, mas apenas conferir executoriedade às leis, nos estritos limites estabelecidos por elas. A sistemática criada pela referida portaria (Portaria do Ministério da Fazenda n. 238-840), portanto, ofende o princípio da legalidade, segundo o qual apenas a lei pode criar e modificar obrigações, pois ela não estava prevista em nenhum dos artigos do Decreto-Lei n. 2.052/1983, extrapolando os contornos delineados por este”.

Referido julgado ficou assim ementado:

Processual Civil e Tributário. PIS. Decreto-Lei n. 2.052/1983. Portaria n. 238/84. Regime de substituição tributária. Ofensa ao princípio da legalidade. Modificação indevida de fato gerador, base de cálculo e sujeito passivo da obrigação. Precedente.

1. Às portarias, regulamentos, decretos e instruções normativas não é dado inovar a ordem jurídica, mas apenas conferir executoriedade às leis, nos estritos limites estabelecidos por elas.

2. Sistemática da Portaria n. 238/83 do Ministério da Fazenda que extrapola os limites estabelecidos no art. 16 do Decreto-Lei n. 2.052/1983. Ofensa ao princípio da legalidade.

3. Modificação indevida do fato gerador, da base de cálculo e do sujeito passivo da obrigação tributária.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 872.169-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 13.5.2009).

Outrossim, cabe lembrar que a introdução de cláusula de reajuste é admitida para assegurar às partes a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro da avença. Deve haver uma permanente equivalência entre os encargos suportados pelo particular e a remuneração a ele paga pela Administração.

O normativo federal que rege as licitações e contratos firmados pela Administração Pública, Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993, estabelece a observância obrigatória de determinadas regras, das quais a cláusula de reajuste de preço deve constar não apenas do instrumento contratual, mas também do próprio ato convocatório do processo de licitação.

Assim dispõe seu texto:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, o dia e a hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

(...)

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios da atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

A aplicação de reajuste apenas representa o repasse da correção monetária durante a vigência do contrato, e não o estabelecimento de um novo contrato. O reajuste não provoca alteração contratual, motivo pelo qual é registrado mediante simples apostila. É o que dispõe o § 8º do art. 65 da Lei de Licitações:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

§ 8.º *A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento. (grifou-se).*

Neste sentido, a doutrina:

O § 8º arrola as hipóteses que não constituem alteração ideológica do contrato, isto é, não lhe transtornam a substância, nem lhe afetam o equilíbrio econômico-financeiro. Nelas, as modificações incidentais acaso introduzidas não inovam o acordado; ao contrário, confirmam o seu sentido e conteúdo, apenas adaptando-os às circunstâncias que envolvem a execução das respectivas prestações. Por isto a lei não considera alteração contratual tais adaptações circunstanciais, autorizando que sua ocorrência possa ser registrada nos assentos administrativos por apostila (na prática dos Tribunais de Contas, basta anotar-se a ocorrência no verso do termo do contrato, se for este o seu instrumento, ou emitir nota de empenho suplementar).

Qualquer aditamento ao contrato seria, nessas hipóteses, despicando, porquanto não se trata de convencionar-se o que não se pactuara, mas de mantido o acordado, viabilizar-lhe o cumprimento nas circunstâncias que se seguiram a celebração. Assim, são modificações incidentais que não alteram o contrato:

a) reajuste de preços, que farão variar o valor inicialmente estimado do contrato, desde que calculados segundo os critérios previstos no próprio contrato;

b) atualizações monetárias e compensações ou penalizações financeiras, desde que nos termos previstos nas cláusulas atinentes às condições de pagamento;

c) empenho de dotações orçamentárias suplementares, desde que observado o limite do correspondente valor corrigido. (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.).

O § 8º reconheceu, corretamente, a inocorrência de alteração contratual quando aplicado o reajuste de preços ou outras compensações financeiras por inflação. A mera atualização monetária importa recuperação do valor real da moeda, deteriorado em virtude da inflação. A correção monetária mantém a identidade da moeda e não acarreta qualquer elevação dos encargos da Administração (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, a fim de reconhecer da ilegalidade da alteração do regime de contribuição promovido pelo art. 2º, § 2º, da IN/SRF n. 468/2004.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário e Processual Civil. Contribuição ao PIS e Cofins. Não-cumulatividade. Regra de transição. Art. 10, inc. XI, alínea **b**, da Lei n. 10.833/2003. Regulamentação. Secretaria da Receita Federal. Art. 92 da Lei n. 10.833/2003. Conceito de “preço predeterminado”. Art. 2º, § 2º, da IN/SRF n. 468/2004. Escolha de critério válido e razoável. Ilegalidade. Inexistência. Revogação. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211 do STJ.

1. A Lei n. 10.833/2003 prescreve que permanecem sujeitas às normas tributárias vigentes anteriormente (cumulatividade) as receitas relativas a contratos firmados antes de 31.10.2003, com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou *de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços*.

2. Os atos regulamentares infralegais não podem contrariar o disposto em norma de hierarquia superior, sob pena se incidirem em vício de *ilegalidade*. Com efeito, “as Instruções Normativas, editadas por Órgão competente da Administração Tributária, constituem espécies jurídicas de carácter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares” (ADI n. 531 AgR, Re. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.1991, DJ 3.4.1992 PP-04288 EMENT VOL-01656-01 PP-00095 RTJ VOL-00139-01 PP-00067).

3. A regulamentação da Lei n. 10.833/2003 pela Instrução Normativa SRF n. 468/2004 não incorreu em *ilegalidade*, porque os limites da norma legal foram respeitados, não havendo impropriedade alguma na atividade promovida pela Secretaria da Receita Federal, que apenas definiu o alcance da expressão “preço predeterminado”.

4. O art. 92 da Lei n. 10.833/2003 conferiu à Secretaria da Receita Federal a competência para editar as normas necessárias à aplicação da referida lei. Dessa forma, não existindo no campo do Direito Administrativo disposição que estabeleça expressamente o sentido da referida expressão, definiu-se “preço predeterminado”, *para fins tributários*, como sendo apenas “aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato” ou “aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução” (art. 2º, *caput* e § 1º, da IN/SRF n. 468/2004). Em seguida, o regulamento especificou que o caráter predeterminado do preço subsistiria somente até a implementação da primeira alteração de preços verificada após a vigência da lei nova (art. 2º, § 2º, da IN/SRF n. 468/2004).

5. A partir da publicação da MP n. 135/2003 (31.10.2003), os preços reajustados *não* são mais *predeterminados* em relação ao regime da não-cumulatividade instituído pela referida MP, mas, sim, *pós-determinados*, de molde a não se subsumirem mais à regra do art. 10, inc. XI, **b**, da Lei n. 10.833/2003, restrita, repita-se, aos casos de *preços predeterminados*.

6. Ao definir o preço determinado como sendo apenas aquele fixado inicialmente (anterior ao reajuste), afastando essa característica com a superveniência de sua alteração, a Administração Fazendária, autorizada expressamente por lei, elegeu um critério razoável e válido para conferir os contornos necessários à aplicação da regra nova, sem ofender qualquer outra disposição normativa.

7. Configura-se irrecusável a aplicação, ao caso, do sentido consagrado no art. 111, inc. II, do CTN, que prescreve a *interpretação literal* da legislação tributária em hipóteses semelhantes.

8. A Lei de Licitações dispõe de mecanismos suficientes para proteger a equação econômico-financeira do contrato, afastando qualquer prejuízo às partes contratantes diante de modificação

superveniente na esfera tributária que tenha repercussão no contrato (arts. 65, inc. II, **d**, e § 5º, da Lei n. 8.666/1993).

9. Desta forma, o art. 2º, § 2º, da IN/SRF n. 468/2004 atendeu ao disposto nos arts. 97, inc. II, 99 e 100, inc. I, do CTN, na medida em que a regulamentação a cargo da Secretaria da Receita Federal não teve o condão de extrapolar os limites legais estabelecidos, tampouco ensejou majoração de tributo.

10. Quanto à tese de que a IN/SRF n. 468/2004 teria sido revogada pela IN/SRF n. 658/2006, não se depreende do acórdão recorrido o necessário prequestionamento da referida tese jurídica, deixando de atender, no ponto, ao comando constitucional que exige a presença de causa decidida como requisito para a interposição do apelo nobre (art. 105, inc. III, da CR/1988). Incidência, pois, da Súmula n. 211 desta Corte.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Dando prosseguimento ao julgamento, passo a fazer uma breve síntese da controvérsia debatida nos autos.

A Lei n. 10.833/2003, decorrente da conversão da MP n. 135/2003, instituiu o regime da *não-cumulatividade* para a Cofins, produzindo efeitos a partir de 1º.2.2004. Em seu art. 15, essa disciplina foi estendida à contribuição ao PIS.

O cerne da controvérsia consiste em definir se a regulamentação do art. 10, inc. XI, alínea **b**, da Lei n. 10.833/2003, operada pelo art. 2º, § 2º, da Instrução Normativa SRF n. 468/2004, extrapolou os limites legalmente traçados para a cobrança da contribuição relativa ao PIS e à Cofins.

A referida lei prescreve que permanecem sujeitas às normas tributárias vigentes anteriormente (cumulatividade) as receitas relativas a contratos firmados antes de 31.10.2003, com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou *de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços*.

A IN/SRF n. 468/2004, por sua vez, dispõe que, estipulada no contrato cláusula de aplicação de reajuste, periódico ou não, o caráter *predeterminado* do preço subsiste somente *até* a implementação da *primeira alteração de preços* verificada após 31.10.2003, data em que a legislação nova passou a vigor. A partir

daí - alteração posterior a 31.10.2003 -, o novo regime da *não-cumulatividade* passa a ser de observância obrigatória.

Esta a redação dos dispositivos em discussão:

Lei n. 10.833/2003.

Art. 10. Permanecem *sujeitas* às normas da legislação da Cofins, *vigentes anteriormente* a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

(...)

XI - as receitas relativas a *contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003*:

a) com prazo superior a 1 (um) ano, de administradoras de planos de consórcios de bens móveis e imóveis, regularmente autorizadas a funcionar pelo Banco Central;

b) com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a **preço predeterminado**, de bens ou serviços;

c) de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços contratados com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, bem como os contratos posteriormente firmados decorrentes de propostas apresentadas, em processo licitatório, até aquela data;

Instrução Normativa SRF n. 468/2004.

Dispõe sobre a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidentes sobre as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003.

Art. 1º Permanecem tributadas no regime da cumulatividade, ainda que a pessoa jurídica esteja sujeita à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, as receitas por ela auferidas relativas a *contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003*:

(...)

Art. 2º Para efeito desta Instrução Normativa, **preço predeterminado** é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato.

§ 1º Considera-se também preço predeterminado aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução.

§ 2º Se estipulada no contrato cláusula de aplicação de reajuste, periódico ou não, o **caráter predeterminado** do preço **subsiste** somente **até a implementação da primeira alteração** de preços verificada após a data mencionada no art. 1º.

§ 3º Se o contrato estiver sujeito a regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, o caráter predeterminado do preço subsiste até a eventual implementação da primeira alteração nela fundada após a data mencionada no art. 1º.

(Grifei).

A parte recorrente assevera que “não poderia a Secretaria da Receita Federal alterar a Lei, pois não tem competência constitucional para criar ou majorar tributos, não cabendo, igualmente, a defesa da citada Instrução Normativa sob o argumento de que apenas veio interpretar o termo descrito na lei, porque, na verdade, está ampliando o conceito do que seja ‘preço pré-determinado’” (e-STJ fl. 234). Alegou, ainda, que a IN/SRF n. 468/2004 teria sido revogada pela IN/SRF n. 658/2006.

Sua Excelência, o e. Min. Humberto Martins, votou pelo provimento do recurso especial da contribuinte, entendendo que seria ilegal a alteração do regime de contribuição ao PIS e da Cofins, promovido pelo art. 2º, § 2º, da IN/SRF n. 468/2004.

Considerou que, ao definir-se a cláusula de reajuste do contrato como marco temporal para a modificação do caráter predeterminado do preço, acabou-se por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas relativas ao PIS e Cofins, em detrimento do *princípio da legalidade tributária*.

Ponderou, ainda, que a introdução de cláusula de reajuste nos contratos administrativos visa assegurar às partes a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro da avença, e deve constar tanto do instrumento contratual, bem como do próprio ato convocatório do processo de licitação, conforme estabelecidos nos arts. 40, XI, e 55, III, da Lei n. 8.666/1993.

Não obstante a costumeira excelência dos argumentos dos argumentos trazidos à baila pelo e. Relator, ousou discordar da tese apresentada.

Como é cediço, os atos regulamentares infralegais não podem contrariar o disposto em norma de hierarquia superior, sob pena se incidirem em vício de *ilegalidade*.

Com efeito, “as Instruções Normativas, editadas por Órgão competente da Administração Tributária, constituem espécies jurídicas de carácter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos

presidenciais, de que devem constituir normas complementares” (ADI n. 531 AgR, Re. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.1991, DJ 3.4.1992 PP-04288 EMENT VOL-01656-01 PP-00095 RTJ VOL-00139-01 PP-00067).

Na hipótese vertente, penso não ter ocorrido a referida *ilegalidade*. Isso porque os limites da norma legal foram respeitados, não havendo impropriedade alguma na regulamentação promovida pela Secretaria da Receita Federal, que apenas definiu o alcance da expressão “preço predeterminado”.

O art. 92 da Lei n. 10.833/2003 conferiu à Secretaria da Receita Federal a competência para editar as normas necessárias à aplicação da referida lei. Dessa forma, não existindo no campo do Direito Administrativo disposição que estabeleça expressamente o sentido da referida expressão, definiu-se “preço predeterminado”, *para fins tributários*, como sendo apenas “aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato” ou “aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução” (art. 2º, *caput* e § 1º, da IN/SRF n. 468/2004). Em seguida, o regulamento especificou que o caráter predeterminado do preço subsistiria somente até a implementação da primeira alteração de preços verificada após a vigência da lei nova (art. 2º, § 2º, da IN/SRF n. 468/2004).

Dessarte, entendo que atribuir ao termo “preço *predeterminado*” o sentido de preço fixado *antes* do primeiro reajuste ocorrido na vigência da lei nova não provoca qualquer incompatibilidade entre o texto legal e o respectivo regulamento. *A contrario sensu*, também é possível compreender como sendo *pós-determinado* o preço fixado *após* a edição da legislação pertinente à não-cumulatividade.

A partir da publicação da MP n. 135/2003 (em 31.10.2003), os preços reajustados *não* são mais *predeterminados* em relação ao regime da não-cumulatividade instituído pela referida MP, mas, sim, *pós-determinados*, de molde a não se subsumirem mais à regra do art. 10, inc. XI, **b**, da Lei n. 10.833/2003, restrita, repita-se, aos casos de *preços predeterminados*.

Trata-se, pois, de *conceito jurídico indeterminado* cujo sentido reclama regulamentação que lhe confira concretude. Por tal razão, a IN/SRF n. 468/2004 é norma nitidamente complementar da lei tributária, respeitando o conteúdo e alcance da norma de superior hierarquia (Lei n. 10.833/2003), nos termos dos arts. 99 e 100 do CTN.

Ao definir o preço determinado como sendo apenas aquele fixado inicialmente (anterior ao reajuste), afastando essa característica com

a superveniência de sua alteração, a Administração Fazendária, autorizada expressamente por lei, elegeu um critério razoável e válido para conferir os contornos necessários à aplicação da regra nova, sem ofender qualquer outra disposição normativa.

Cumpra destacar que a incidência da norma tributária poderia ter se dado imediatamente, respeitada a anterioridade nonagesimal, para determinar a aplicação da sistemática da não-cumulatividade aos fatos geradores futuros (art. 105 do CTN).

No entanto, o legislador optou por postergar essa mudança de regime apenas em determinados casos. Daí porque é possível considerar que o art. 10 da Lei n. 10.833/2003 estabeleceu benesse parecida com uma isenção (mas que, a rigor, não é), ao afastar, de modo *excepcional* e por certo período, a incidência da alíquota nova e mais gravosa. Compreendido isso, configura-se irrecusável a aplicação, ao caso, do sentido consagrado no art. 111, inc. II, do CTN, que prescreve a *interpretação literal* da legislação tributária em hipóteses semelhantes.

Não discordo do fato de que as cláusulas de reajuste apenas se destinam a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem maiores alterações, conforme sustentado pelo Relator. Todavia, aqui não está se tratando da existência ou não de alteração contratual como pressuposto para a aplicação da nova sistemática, mas apenas da adequação do conceito de “preço predeterminado” proposto na IN/SRF, já que a Lei n. 8.666/1993 não estabeleceu essa definição.

Além disso, a Lei de Licitações dispõe de mecanismos suficientes para proteger a referida equação, afastando qualquer prejuízo às partes contratantes diante de modificação superveniente na esfera tributária que tenha repercussão no contrato.

Com efeito, o art. 65, § 5º, da Lei n. 8.666/2003 impõe a revisão dos preços contratados quando quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, ocorridas após a data da apresentação da proposta, tiverem comprovada repercussão no contrato. Vejamos:

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Dessa forma, repercutindo no contrato a alteração da legislação tributária, é imperiosa a sua revisão para mais ou para menos, conforme o caso.

Nesse sentido, ainda, dispõe o art. 65, inc. II, **d** da Lei n. 8.666/1993:

Art. 65. Os *contratos* regidos por esta Lei poderão ser *alterados*, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para *restabelecer* a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato*, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou *fato do príncipe*, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994).

(Grifo nosso).

Dessarte, trata-se daquela situação estudada na doutrina a título de *fato do príncipe*, cuja lição, por pertinente, transcrevo:

A maior parte da doutrina francesa reputa que o fato do príncipe se verifica quando a execução do contrato é onerada por medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato. O exemplo típico consiste na *elevação da carga tributária incidente sobre a execução da prestação devida pelo particular*.

(JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 781).

(Grifo nosso).

Não há, portanto, prejuízo ao contratado/contribuinte, que pode se valer de outros meios para mitigar os efeitos da elevação da carga tributária, sem que, com isso, seja necessário conferir sentido amplo ao termo “conceito predeterminado”.

Em suma, com base na MP n. 135/2003 e na Lei n. 10.833/2003, a IN/SRF n. 468/2004 preservou a submissão ao regime antigo (cumulatividade) quanto ao faturamento decorrente de contratos fundados em preços predeterminados. Por conseguinte, autorizou a aplicação do regime novo (não-cumulatividade) quando o faturamento passar a provir de contratos cujos preços já tenham, na vigência da nova sistemática, sido alterados.

Desta forma, entendo que o art. 2º, § 2º, da IN/SRF n. 468/2004 atendeu ao disposto nos arts. 97, inc. II, 99 e 100, inc. I, do CTN, na medida em que a regulamentação a cargo da Secretaria da Receita Federal não teve o condão de extrapolar os limites legais estabelecidos, tampouco ensejou majoração de tributo.

Por fim, quanto à tese de que a IN/SRF n. 468/2004 teria sido revogada pela IN/SRF n. 658/2006, não se depreende do acórdão recorrido o necessário prequestionamento da referida tese jurídica, deixando de atender, no ponto, ao comando constitucional que exige a presença de causa decidida como requisito para a interposição do apelo nobre (art. 105, inc. III, da CR/1988). Incidência, pois, da Súmula n. 211 desta Corte.

Com essas considerações, peço vênias ao e. Relator e voto por *conhecer, em parte*, do recurso especial, para, na parte conhecida, *negar-lhe provimento*.

VOTO-VISTA REGIMENTAL

Ementa: Tributário. Cofins. Regime de contribuição. Lei n. 10.833/2003. Instrução Normativa n. 468/2004. Violação do princípio da legalidade.

1. Cuida-se de recurso especial interposto pelo contribuinte, questionando o poder regulamentar da Secretaria da Receita Federal, na edição da Instrução Normativa n. 468/2004, que regulamentou o art. 10 da Lei n. 10.833/2003.

2. O art. 10, inciso XI, da Lei n. 10.833/2003 determina que os contratos de prestação de serviço firmados *a preço determinado* antes de 31.10.2003, e com prazo superior a 1 (um) ano, *permanecem sujeitos* ao regime tributário da cumulatividade para a incidência da Cofins. (Grifo meu.)

3. A Secretaria da Receita Federal, por meio da Instrução Normativa n. 468/2004, ao definir o que é “*preço predeterminado*”, estabeleceu que “o caráter predeterminado do preço subsiste *somente até* a implementação da primeira alteração de preços” e, assim, acabou por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS (de 0,65% para 1,65%) e da Cofins (de 3% para 7,6%).

4. Somente é possível a alteração, aumento ou fixação de alíquota tributária por meio de lei, sendo inviável a utilização de ato infralegal para este fim, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.

5. No mesmo sentido do voto que eu proferi, o Ministério Público Federal entendeu que houve ilegalidade na regulamentação da lei pela Secretaria da Receita Federal, pois “a simples aplicação da cláusula de reajuste prevista em contrato firmado anteriormente a 31.10.2003 não configura, por si só, causa de indeterminação de preço, uma vez que não muda a natureza do valor inicialmente fixado, *mas tão somente repõe, com fim na preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, a desvalorização da moeda frente à inflação.*” (fls. 335, grifo meu.).

Mantenho o voto apresentado, no sentido de dar provimento ao recurso especial.

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto pelo contribuinte, questionando o poder regulamentar da Secretaria da Receita Federal, na edição da Instrução Normativa n. 468/2004, que regulamentou o art. 10 da Lei n. 10.833/2003.

Para melhor ilustração do caso, transcrevo os citados dispositivos legais:

Lei n. 10.833/2003

Art. 10. *Permanecem sujeitas às normas da legislação da Cofins, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º: (...)*

XI - as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003: (...)

b) com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços;

IN n. 468/2004

Art. 1º Permanecem tributadas no regime da cumulatividade, ainda que a pessoa jurídica esteja sujeita à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, as receitas por ela auferidas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003: (...)

II - com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços; e

(...)

Art. 2º Para efeito desta Instrução Normativa, **preço predeterminado** é aquela fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato.

§ 1º Considera-se também preço predeterminado aquele fixado em moeda nacional por unidade de produto ou por período de execução.

§ 2º Se estipulada no contrato cláusula de aplicação de reajuste, periódico ou não, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços verificada após a data mencionada no art. 1º.
(...).

O Ministro Mauro Campbell Marques, em judicioso voto-vista, entendeu que a Instrução Normativa n. 468/2004 *não é ilegal*, pois a Secretaria da Receita Federal, “ao definir o preço determinado como sendo apenas aquele fixado inicialmente (anterior ao reajuste), afastando essa característica com a superveniência de sua alteração, a Administração Fazendária, autorizada expressamente por lei, elegeu um critério razoável e válido para conferir os contornos necessários à aplicação da regra nova, sem ofender qualquer outra disposição normativa”.

Manifestei meu voto no sentido de que a Instrução Normativa n. 468/2004 da Secretaria da Receita Federal *ultrapassou seu poder regulamentar* porque, ao definir a cláusula de reajuste como marco temporal para modificação do caráter predeterminado do preço, acabou por conferir, de forma reflexa, *aumento das alíquotas do PIS e da Cofins*.

E, como é sabido, só se admite alteração, aumento ou fixação de alíquota tributária por meio de lei, sendo inviável a utilização de ato infralegal para este fim, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.

No mesmo sentido do voto que eu proferi, o Ministério Público Federal entendeu que houve ilegalidade na regulamentação da lei pela Secretaria da Receita Federal, pois “a simples aplicação da cláusula de reajuste prevista em contrato firmado anteriormente a 31.10.2003 não configura, por si só, causa de indeterminação de preço, uma vez que não muda a natureza do valor inicialmente fixado, *mas tão somente repõe, com fim na preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, a desvalorização da moeda frente à inflação*” (fls. 335, grifo meu).

Com efeito, a Secretaria da Receita Federal, ao definir o que é “preço predeterminado”, determinou que “o caráter predeterminado do preço subsiste *somente até* a implementação da primeira alteração de preços”, e acabou por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS (de 0,65% para 1,65%) e da Cofins (de 3% para 7,6%).

Em outro giro verbal, o preço fixado em contrato não se altera em razão do reajuste dos índices de correção monetária, que apenas preservam o valor original. Por esse motivo, o marco inicial para se considerar os benefícios da Lei

n. 10.833/2003 é o do contrato firmado e não o do reajuste do contrato, feito tão somente para manter o valor contratado.

Portanto, a regulamentação feita pela Secretaria da Receita Federal extrapola os limites legais ao fixar que o benefício da lei tributária se encerra no primeiro reajuste do contrato, pois acaba, como dito, aumentando as alíquotas do PIS e da Cofins por via reflexa.

Nesse sentido, citei, em meu voto, precedente de ambas as Turmas de Direito Público.

Vale reiterar que a Primeira Turma, quando do julgamento do REsp n. 1.109.034-PR, relatoria do Min. Benedito Gonçalves (DJe 6.5.2009), reafirmou o entendimento desta Corte nesse sentido, ao asseverar que as “Instruções Normativas constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis. De consequência, à luz dos arts. 97 e 99 do Código Tributário Nacional, Instruções Normativas não podem modificar Lei a pretexto de estarem regulando o aproveitamento do crédito presumido do IPI”.

A Segunda Turma dispôs: “Às portarias, aos regulamentos, decretos e instruções normativas não é dado inovar a ordem jurídica, mas apenas conferir executoriedade às leis, nos estritos limites estabelecidos por elas. A sistemática criada pela referida portaria (Portaria do Ministério da Fazenda n. 238/840), portanto, ofende o princípio da legalidade, segundo o qual apenas a lei pode criar e modificar obrigações, pois ela não estava prevista em nenhum dos artigos do Decreto-Lei n. 2.052/1983, extrapolando os contornos delineados por este”. (REsp n. 872.169-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 13.5.2009).

Assim, não obstante os relevantes fundamentos do voto-vista divergente, apresentado pelo eminente Ministro Mauro Campbell Marques, mantenho o meu posicionamento inicial, para dar provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Realinho o meu entendimento, aderindo, neste julgamento, aos argumentos do Sr. Ministro Relator, para dar provimento ao recurso especial do contribuinte.

Por conseguinte, torno sem efeito o voto-vista anteriormente proferido.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo egr. TRF da 2ª Região que reformou a sentença que concedera a segurança com o objetivo de obstar a aplicação dos §§ 2º e 3º da IN n. 468/2004-SRF, expedida para a aplicação do art. 10, XI, **b**, da Lei n. 10.833/2003, em relação a contrato de processamento de dados.

Após o voto do Relator, Min. Humberto Martins, e do Min. Mauro Campbell Marques pelo provimento do recurso, pedi vista para analisar a espécie.

Examino o teor do dispositivo supracitado:

Art. 10 - Permanecem sujeitas às normas da legislação da Cofins, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º e 8º:

(...)

XI - as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:

(...)

b) com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços; (e-STJ fl. 131).

Por seu turno, assim orienta a IN, nas disposições ora referidas:

Art. 2º.

Para efeito desta Instrução Normativa, preço predeterminado é aquele fixado em moeda nacional como remuneração da totalidade do objeto do contrato.

(...)

§ 2º Se estipulada no contrato cláusula de aplicação de reajuste, periódico ou não, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços verificada após a data mencionada no art. 1º.

§ 3º - Se o contrato estiver sujeito a regra de ajuste para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, nos termos dos arts. 57, 58 e 65 da Lei n. 8.666, de 231 de junho de 1993, o caráter predeterminado do preço subsiste até a eventual implementação da primeira alteração nela fundada após a data mencionada no art. 1º. (e-STJ fl. 131).

Para o acórdão recorrido, haveria incidência da interpretação consagrada na IN n. 468/2004, eis que se cuida de norma complementar tributária, expedida

nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional. Em consequência, como o contrato celebrado pela recorrente com a Fenaseg tem duração superior a um ano, seria inarredável a incidência do § 2º do art. 2º, da norma complementar em foco. Desse modo, havendo cláusula de reajuste, o caráter prefixado do preço permaneceria apenas a ocorrência da primeira alteração por tratar-se de contrato com prazo superior a um ano, firmado antes de 31.10.2003.

Discute-se a subsistência da restrição normativa em face do que dispõe ao disposto no art. 10 da Lei n. 10.833/2003, que manteve para os contratos celebrados antes de sua vigência a sistemática de apuração da Cofins do sistema anterior (Lei n. 10.637/2002, preservando-os das alterações ocorridas após a sua celebração, em observância, entre outras, ao princípio da não surpresa.

Concluo que há grande descompasso entre a previsão legal e a norma complementar que culmina por causar gravames inesperado à recorrente, considerando que, após o primeiro reajuste, deveria passar a observar a sistemática da lei então vigente. Em uma palavra, a indigitada Instrução Normativa restringe a garantia assegurada pelo dispositivo legal, assim também vulnerando o art. 99 do CTN, por interpretação extensiva.

Em abono ao meu convencimento, trago a seguinte passagem do judicioso pronunciamento do Subprocurador-Geral da República Dr. Fernando H. O. de Macedo:

Com efeito, parece-nos que a tese defendida pela Parte ora Recorrente é que mais se coaduna com os princípios da irretroatividade da lei tributária, da segurança jurídica e da inalterabilidade dos atos jurídicos perfeitos, estampados nos arts. 150, inciso III e 5º, XXXVI, da Constituição Federal ora vigente, motivo esse pelo qual optamos por encampar a idéia ali expressa, e nos firmarmos no entendimento de que a Instrução Normativa SFR n. 468 de 2004 pode ter vindo, de fato, a *restringir* o alcance dado pela regra de exceção prevista na Lei n. 10.833, já que a regra ali exposta *excluiu* da incidência daquela norma excepcional, receitas elencadas pela própria Lei, e isto mediante o entendimento de desconfiguração do caráter de *predeterminação do preço*, em face de mera aplicação de cláusula de *reajuste* prevista no contrato.

Ora, a lei tributária deve ser *anterior* ao conjunto de fatos que constituem o pressuposto da incidência de seus efeitos (ainda que de tais fatos decorram atos de trato sucessivo no tempo), para que se possa, a partir daí, estabelecer os encargos decorrentes da intervenção do Estado na esfera econômica do Particular, sob pena, de resto, de ofensa às exigências da segurança jurídica e ao inafastável direito subjetivo ao conhecimento prévio das regras fiscais aplicáveis. Daí porque se entender que as receitas relativas a contratos de fornecimentos de bens ou serviços, a preço determinado, com prazo superior a 1 ano, firmado

anteriormente a 31 de outubro de 2003, não devem se sujeitar às alterações promovidas pela nova sistemática de cálculo e apuração das contribuições ao PIS e Cofins, pois que celebrados levando-se em consideração o sistema normativo à época aplicável e os respectivos impactos na operacionalização do negócio, de forma que, não se contemplando hipótese de efetiva alteração do preço e das condições pactuadas no contrato ou de qualquer forma de recomposição de custos (ressaltando que a correção monetária do preço ajustado nada mais é do que mera preservação do valor real da moeda frente aos efeitos do desgaste inflacionário ao longo do tempo, nada alterando quanto ao caráter predeterminado do preço originariamente idealizado pelas partes), não há que se cogitar da repercussão econômica da majoração da alíquota associada à implantação da não-acumulatividade do novo regime de tributação, e tudo, de resto, tanto por força do disposto na alínea **b** do inciso XI do art. 10 da Lei n. 10.833/2003, como da inafastável obediência ao princípio da irretroatividade da lei tributária. (e-STJ fl. 337).

Com essas considerações, também sigo o bem elaborado voto apresentado pelo ilustre Relator para *dar provimento ao recurso especial*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.161.003-RS (2009/0194588-0)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Marcopolo S/A

Advogado: Decio Frignani Junior e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL. Empresas controladas e coligadas situadas no exterior. Disponibilidade econômica e jurídica da renda. Arts. 43, § 2º, do CTN e 74 da MP n. 2.158-35/2001.

1. A posterior destinação dos lucros auferidos pelas empresas coligadas e controladas está diretamente sob o controle da investidora

(no caso de empresa controlada) ou do grupo empresarial a que pertence a investidora (no caso de empresa coligada). Sendo assim, havendo a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, o valor está apto a compor a base de cálculo do imposto de renda. Inteligência do art. 43, § 2º, do CTN, e 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001. Precedentes: REsp n. 983.134-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3.4.2008; e REsp n. 907.404-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23.10.2007.

2. O STF está examinando a tese de inconstitucionalidade do § 2º do art. 43 do CTN, acrescentado pela LC n. 104/2001, e do art. 74, *caput* e parágrafo único, da MP n. 2.158-35/2001, em razão da ADIn n. 2.588, proposta pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, contudo, não havendo liminar, as normas permanecem em vigor.

3. O art. 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, não revogou o art. 25, § 5º, da Lei n. 9.249/1995, ao estabelecer que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior passam a ser considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual forem apurados.

4. Tema que difere daquele enfrentado no REsp n. 1.211.882-RJ.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “Proseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.”

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha (voto-vista), Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto com apoio no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado (e-STJ fls. 419-428):

IRPJ. CSLL. Prejuízo fiscal. Empresas coligadas ou controladas estabelecidas no exterior. Compensação. Empresa nacional. Impossibilidade. Art. 25 da Lei n. 9.249/1995. Art. 4º e § 2º do art. 7º da IN SRF n. 213/2002. Vigência. O advento da MP n. 2.158-35/2001 não implicou revogação do art. 25 da Lei n. 9.249/1995. Este último dispositivo trouxe nova disposição sobre a composição da base de cálculo dos tributos (IRPJ e CSLL), abrangendo, pois, a incidência ao lucro auferido pelas empresas situadas no exterior e que sejam coligadas ou controladas por empresas nacionais. A Medida Provisória somente veio a fixar de forma diferente o momento em que se considera auferido o lucro. O abatimento do prejuízo da empresa situada no exterior pode ser efetivando no seu próprio balanço, ou seja, com o lucro auferido também fora do Brasil, nos termos como disposto no § 2º do art. 4º da IN SRF n. 213/2002. Permite-se, assim, mesmo que de forma indireta, à empresa brasileira refletir na sua escrita os prejuízos das empresas coligadas ou controladas estabelecidas no exterior e afasta-se, outrossim, qualquer risco de ofensa à Universalidade do imposto de renda (inciso I do § 2º do art. 153 da CF/1988). Não havendo autorização expressa para a pretensão da autora na legislação de regência dos tributos (IRPJ e CSLL), o Judiciário não pode atuar como legislador positivo sob pena de ofensa ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes - art. 2º da CF/1988.

Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos para esclarecer que, segundo a jurisprudência do STF, não há um conceito de renda estabelecido na Constituição e no CTN - RE n. 201.465-6-MG (e-STJ fls. 442-449).

Nas razões, sustenta a parte Recorrente, em síntese, que o acórdão negou vigência aos seguintes artigos: 43 e 110 do CTN; 25, § 5º, da Lei n. 9.249/1995; 74 da MP n. 2.158-35/2001. Afirma possuir o direito de computar na base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, desde 2002, de forma integral, os valores referentes aos prejuízos - resultados negativos - apurados no exterior por intermédio de suas empresas controladas e coligadas (e-STJ fls. 451-484).

Contra-razões nas e-STJ fls. 543-550.

O recurso foi regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 554-555).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): De início, declaro conhecer do recurso especial, visto que prequestionadas as teses que gravitam em torno dos dispositivos legais tidos por violados.

Outrossim, observo que o tema tratado no presente recurso especial em muito difere daquele tratado no REsp n. 1.211.882-RJ, de minha relatoria, onde se discute a legalidade da tributação pelo resultado positivo da equivalência patrimonial, registrado na contabilidade da empresa brasileira (empresa investidora), referente ao investimento existente em empresa controlada ou coligada no exterior (empresa investida), previsto no art. 7º, § 1º, da Instrução Normativa SRF n. 213/2002.

O que se enfrenta aqui é a questão relacionada aos efeitos do art. 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, que alterou o momento da disponibilidade para a controladora dos lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior. Passo ao exame.

Quanto ao mérito, a tese da contribuinte é a de que o art. 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, teria revogado parcialmente o art. 25, § 5º, da Lei n. 9.249/1995, ao estabelecer que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior *passariam a ser considerados disponibilizados* para a controladora ou coligada no Brasil *na data do balanço* no qual tiverem sido apurados. A legislação citada assim estabelece:

Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano. (Vide Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001).

[...]

§ 2º *Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou **controladas**, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:*

I - as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;

II - os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, **na proporção de sua participação acionária**, para apuração do lucro real;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, até a data do balanço de encerramento;

IV - as demonstrações financeiras das filiais, sucursais e controladas que embasarem as demonstrações em Reais deverão ser mantidas no Brasil pelo prazo previsto no art. 173 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 3º *Os lucros auferidos no exterior por **coligadas** de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:*

I - *os lucros realizados pela coligada serão adicionados ao lucro líquido, **na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada;***

II - os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido, para apuração do lucro real, sua participação nos lucros da coligada apurados por esta em balanços levantados até a data do balanço de encerramento da pessoa jurídica;

IV - a pessoa jurídica deverá conservar em seu poder cópia das demonstrações financeiras da coligada.

§ 4º Os lucros a que se referem os §§ 2º e 3º serão convertidos em Reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados os lucros da filial, sucursal, controlada ou coligada.

§ 5º Os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil.

§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.

O art. 74 foi introduzido na 34ª reedição da Medida Provisória n. 2.158/2001, que foi publicada no D.O.U. de 28.7.2001, que alterou o momento da disponibilização dos lucros. Veja-se:

Medida Provisória n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, **os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados**, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de

dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.

No seu entender, essa alteração de critério temporal teve reflexo no próprio critério material da hipótese de incidência dos tributos IRPJ e CSLL, na medida em que permitiu a tributação por um lucro ou dividendo ainda não distribuído à controladora, de modo que não exauridos os prejuízos do exterior.

Sendo assim, a legislação deixou de tratar os rendimentos produzidos por empresas controladas e coligadas como rendimentos de terceiros, tributáveis pela empresa nacional apenas quando efetivamente adquirida a disponibilidade jurídica ou econômica (distribuição de dividendos), e passou a considerar tais rendimentos como se produzidos pela própria empresa nacional, adotando o que chamou de “critério de bases universais”.

Desta maneira, afirma que, para a correção do sistema e adoção plena do “critério de bases universais”, poderia deduzir diretamente da base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos pela investidora, os prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativas apurados pelas empresas coligadas ou controladas, tendo havido revogação tácita da vedação estabelecida no § 5º, do art. 25, da Lei n. 9.249/1995.

Sem razão a recorrente.

É necessário esclarecer que a empresa investidora, a empresa coligada e a empresa controlada estão submetidas a relações jurídico-tributárias distintas. Cada qual é tributada pelo IRPJ e pela CSLL (ou tributos equivalentes no país onde se encontram) em razão de sua própria base de cálculo que é apurada segundo os lucros e prejuízos que cada uma obteve no período.

Nesse sentido, em tese existem seis relações jurídico-tributárias, sendo que os prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativas auferidas em cada uma delas devem ficar restritos ao cálculo do IRPJ e da CSLL (ou tributos equivalentes no país onde se encontram) devidos por cada uma, individualmente.

No entanto, a empresa investidora, por ter capital empregado nas outras duas, pode ter *lucro próprio* decorrente da lucratividade que esse capital representou no período, através do bom desempenho das empresas coligadas e controladas, das quais é sócia.

Nesse caso, as bases de cálculo do seu IRPJ e da sua CSLL sofrerão o impacto dessa lucratividade, havendo a lei apenas disciplinado o momento em que se apura esse lucro e em que ocorre esse impacto, tendo o art. 74, da Medida

Provisória n. 2.158-35/2001, antecipado essa data do *momento da distribuição dos dividendos* da coligada ou controlada para o *momento da apuração do lucro no balanço* da coligada ou controlada.

Houve sim alteração da base de cálculo, no entanto, tal antecipação não é mera ficção legal. Trata-se da constatação no plano material de que a posterior destinação dos lucros auferidos pelas empresas coligadas e controladas (pagamento de dividendos, apropriação em reserva ou capitalização da sociedade - arts. 193 a 205 da LSA) está diretamente sob o controle da investidora (no caso de empresa controlada) ou do grupo empresarial a que pertence a investidora (no caso de empresa coligada). Sendo assim, havendo a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, o valor está apto a compor a base de cálculo do imposto de renda. A técnica de tributação encontra respaldo no art. 43, *caput* e parágrafos, do CTN, especialmente no § 2º:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela LCP n. 104, de 10.1.2001).

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento **oriundos do exterior**, a lei **estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade**, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela LCP n. 104, de 10.1.2001).

De outro lado, caso haja prejuízos e perdas, é possível a compensação a ser feita pela empresa investidora que se dará somente e no limite dos lucros auferidos no exterior das respectivas coligadas e controladas, nos respectivos balanços, não podendo haver a importação de prejuízos.

Nesse sentido, também não procede a alegação de que a mudança de critério temporal acabou por excluir da apuração da base de cálculo eventuais prejuízos sofridos pela coligada ou controlada. Se os lucros são considerados disponibilizados na data do balanço, isto significa que os eventuais prejuízos já foram contabilizados nos próprios balanços das controladas e coligadas.

Se assim não o fosse, não seria possível verificar a ocorrência ou não de lucro. Desta feita, a insurgência da contribuinte parece ser contra a não consideração da destinação do lucro líquido das coligadas ou controladas na base de cálculo do imposto de renda da investidora (fim da tributação exclusiva dos dividendos oriundos das coligadas e controladas), com a crença de que isto seria o suficiente para permitir-lhe importar os prejuízos das empresas controladas e coligadas como se fossem seus, o que me ficou mais bem elucidado após a leitura dos memoriais apresentados. O tema, já o enfrentei acima.

Outrossim, inexistente legalmente o benefício fiscal de se deduzir diretamente da base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos pela investidora, os prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativas apurados pelas empresas coligadas ou controladas, pois estes integram as bases de cálculo dos tributos em tese devidos por essas e não por aquela.

Também não se pode presumir por revogada uma norma que se encaixa perfeitamente na sistemática de tributação vigente que individualiza e estabelece limites claros entre as bases de cálculo das empresas investidora, coligada e controlada.

Em suma, o que o contribuinte pleiteia é o reconhecimento de uma dedução não prevista em lei e a revogação tácita de uma norma que expressamente veda essa dedução, em flagrante contrariedade ao art. 111, do CTN.

O tema já foi enfrentado nesta Segunda Turma, tendo produzido os seguintes precedentes:

Tributário. Imposto de Renda e Contribuição Social Sobre o Lucro. Empresas controladas situadas no exterior. Disponibilidade econômica e jurídica da renda. Arts. 43, § 2º, do CTN e 74 da MP n. 2.158-35/2001.

1. O art. 43 do CTN, sobretudo o seu § 2º, determina que o imposto de renda incidirá sobre a disponibilidade econômica ou jurídica da renda e que a lei fixará o momento em que se torna disponível no Brasil a renda oriunda de investimento estrangeiro.

2. Atendendo à previsão contida no § 2º do art. 43 do CTN, a Medida Provisória n. 2.158-35/2001 dispôs, no art. 74, que “os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados”.

3. Em outras palavras, o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 considera ocorrido o fato gerador no momento em que a empresa controlada ou coligada no exterior publica o seu balanço patrimonial positivo.

4. Não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira da renda ou dos proventos de qualquer natureza. Enquanto esta última se refere à imediata “utilidade” da renda, a segunda está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros.

5. Não é necessário que a renda se torne efetivamente disponível (disponibilidade financeira) para que se considere ocorrido o fato gerador do imposto de renda, limitando-se a lei a exigir a verificação do acréscimo patrimonial (disponibilidade econômica). No caso, o incremento patrimonial verificado no balanço de uma empresa coligada ou controlada no exterior representa a majoração, proporcionalmente à participação acionária, do patrimônio da empresa coligada ou controladora no Brasil.

6. Sob esse prisma, parece razoável que o patrimônio da empresa brasileira já se considere acrescido desde a divulgação do balanço patrimonial da empresa estrangeira. Nesse caso, há disponibilidade econômica. O que não há é disponibilidade financeira, que se fará presente apenas quando do aumento nominal do valor das ações ou do número de ações representativas do capital social.

7. É conveniente salientar que o Supremo está examinando a tese de inconstitucionalidade do § 2º do art. 43 do CTN, acrescentado pela LC n. 104/2001, e do art. 74, *caput* e parágrafo único, da MP n. 2.158-35/2001, em razão da ADIn n. 2.588, proposta pela Confederação Nacional da Indústria - CNI.

8. Pelos votos já proferidos na ADIn, tem-se uma noção de como é tormentosa a questão em torno da constitucionalidade do disposto no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001. Há voto no sentido da inconstitucionalidade apenas quanto às empresas coligadas (Min. Ellen Gracie); votos pela total constitucionalidade do dispositivo (Ministros Nelson Jobim e Eros Grau); e votos pela sua total inconstitucionalidade (Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski).

9. A par de discussões de ordem constitucional, o certo é que o dispositivo ainda não foi retirado do ordenamento nem suspenso por liminar, e o recurso especial surgiu tão-somente para exame da ilegalidade do art. 7º da IN SRF n. 213/2001. Sob o prisma infraconstitucional, como visto, nada há de ilegal na Instrução Normativa, que encontra amparo nas regras dos arts. 43, § 2º, do CTN e 74 da MP n. 2.158-35/2001, que permitem seja considerada disponível a renda desde a publicação dos balanços patrimoniais das empresas coligadas e controladas no estrangeiro.

10. Recurso especial provido (REsp n. 983.134-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3.4.2008).

Tributário. Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Contribuição Social Sobre o Lucro. Lucros auferidos por empresas controladas situadas no exterior. Disponibilidade jurídica da renda. Art. 74 da MP n. 2.158-35/2001. Hipótese de incidência contida no *caput* do art. 43 do CTN. Entendimento que se coaduna com o atual posicionamento do STF.

1. A análise da aplicação de uma lei federal não é incompatível com o exame de questões constitucionais subjacentes ou adjacentes.

2. *Para que haja a disponibilidade econômica, basta que o patrimônio resulte economicamente acrescido por um direito, ou por um elemento material, identificável como renda ou como proventos de qualquer natureza. Não importa que o direito ainda não seja exigível (um título de crédito ainda não vencido), ou que o crédito seja de difícil e duvidosa liquidação (contas a receber). O que importa é que possam ser economicamente avaliados e, efetivamente, cresçam ao patrimônio.* (Zuudi Sakakihara in “Código Tributário Nacional Comentado”, coordenador Vladimir Passos de Freitas, Ed. RT, p. 133).

3. A Medida Provisória n. 2.158-35/2001, ao adotar a data do balanço em que os lucros tenham sido apurados na empresa controlada, independentemente do seu efetivo pagamento ou crédito, não maculou a regra-matriz da hipótese de incidência do imposto de renda contida no *caput* do art. 43 do CTN, pois, pré-existindo o acréscimo patrimonial, a lei estava autorizada a apontar o momento em que se considerariam disponibilizados os lucros apurados pela empresa controlada.

4. O entendimento firmado coaduna-se com a tese que prevalece no julgamento de mérito da ADI n. 2.588, no qual a eminente relatora Ministra Ellen Gracie proferiu voto no sentido de julgar procedente, em parte, o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade apenas da expressão “ou coligada”, duplamente contida no *caput* do referido art. 74, por ofensa ao disposto no art. 146, III, **a**, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a definição de fato gerador.

5. A hipótese dos autos, todavia, cuida de empresas controladas localizadas no exterior, situação em que há posição de controle das empresas situadas no Brasil sobre aquelas.

Recurso especial improvido (REsp n. 907.404-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23.10.2007).

Do voto do Min. Castro Meira no REsp n. 983.134-RS, colho as seguintes observações que narram situação ainda atual:

É oportuno salientar que o Supremo está examinando a tese de inconstitucionalidade do § 2º do art. 43 do CTN, acrescentado pela LC n. 104/2001, e do art. 74, *caput* e parágrafo único, da MP n. 2.158-35/2001, em razão da ADIn n. 2.588, proposta pela Confederação Nacional da Indústria - CNI.

A Min. Ellen Gracie, relatora do feito, julgou procedente em parte o pedido, por entender não configurada a disponibilidade econômica da coligada brasileira antes da efetiva remessa dos lucros ou, pelo menos, antes da deliberação dos órgãos diretores sobre a destinação dos lucros do exercício. Assim, votou no

sentido de declarar a inconstitucionalidade apenas da expressão “ou coligada”, duplamente contida no *caput* do referido art. 74, por ofensa ao disposto no art. 146, III, **a**, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a definição de fato gerador.

Prosseguindo-se no julgamento, votou o Ministro Nelson Jobim, julgando a ação improcedente, no que foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau. O Ministro Marco Aurélio julgou procedente o pedido, por considerar inconstitucional o artigo 74, e seu parágrafo único, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, no que foi acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski.

O processo, atualmente, encontra-se com vistas ao Ministro Carlos Britto.

Como se vê, a questão da constitucionalidade do disposto no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 é tormentosa. Há voto no sentido da inconstitucionalidade apenas quanto às empresas coligadas. Há votos pela total constitucionalidade do dispositivo e, também, pela sua total inconstitucionalidade.

A par de discussões de ordem constitucional, o certo é que o dispositivo ainda não foi retirado do ordenamento nem suspenso por liminar, e o recurso especial surgiu tão-somente para exame da ilegalidade do art. 7º da IN SRF n. 213/2001.

O recurso, portanto, não merece êxito.

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

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Recurso especial interposto por Marcopolo S.A., com base no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão de fls. 419-428, da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento à apelação da ora recorrente, com a seguinte ementa:

IRPJ. CSLL. Prejuízo fiscal. Empresas coligadas ou controladas estabelecidas no exterior. Compensação. Empresa nacional. Impossibilidade. Art. 25 da Lei n. 9.249/1995. Art. 4º e § 2º do art. 7º da IN SRF n. 213/2002. Vigência.

O advento da MP n. 2.158-35/2001 não implicou revogação do art. 25 da Lei n. 9.249/1995. Este último dispositivo trouxe nova disposição sobre a composição da base de cálculo dos tributos (IRPJ e CSLL), abrangendo, pois, a incidência ao lucro auferido pelas empresas nacionais. A Medida Provisória somente veio a fixar de forma diferente o momento em que se considera auferido o lucro.

O abatimento do prejuízo da empresa situada no exterior pode ser efetivado no seu próprio balanço, ou seja, com o lucro auferido também fora do Brasil,

nos termos como disposto no § 2º do art. 4º da IN SRF n. 213/2002. Permite-se, assim, mesmo que de forma indireta, à empresa brasileira refletir na sua escrita os prejuízos das empresas coligadas ou controladas estabelecidos no exterior e afasta-se, outrossim, qualquer risco de ofensa à Universalidade do imposto de renda (inciso I do § 2º do art. 153 da CF/1988).

Não havendo autorização expressa para a pretensão da autora na legislação de regência dos tributos (IRPJ e CSLL), o Judiciário não pode atuar como legislador positivo sob pena de ofensa ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes – art. 2º da CF/1988 (fl. 426).

O Tribunal de origem acolheu, em parte, os embargos de declaração da apelante para explicitar o julgado e para fins de prequestionamento, sem alterar a conclusão do aresto embargado, estando o acórdão respectivo assim ementado:

Embargos de declaração. Cabimento. Esclarecimento. Prequestionamento.

São pré-requisitos autorizadores dos embargos de declaração a omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada. Também a jurisprudência os admite para a correção de erro material e para fim de prequestionamento.

O Supremo Tribunal Federal tem proclamado que os embargos declaratórios devem ser apreciados com espírito de compreensão, podendo, assim, serem acolhidos para esclarecer o julgado.

Embargos de declaração acolhidos para esclarecer que, segundo a jurisprudência do STF, não há um conceito de renda estabelecido na Constituição e no CTN – RE n. 201.465-6-MG.

Prequestionam-se artigos de lei na intenção de evitar não sejam conhecidos eventuais recursos a serem manejados nas instâncias superiores (fl. 449).

Esclarece a recorrente que propôs a ação declaratória “com o objetivo de ver reconhecido o direito de computar na base de cálculo do Imposto de Renda sobre Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), desde o exercício de 2002, de forma integral, os valores referentes aos prejuízos – resultados negativos – apurados no exterior por intermédio de suas empresas controladas e coligadas, em virtude da sistemática instituída pela Medida Provisória n. 2.158-35/2001” (fl. 454). Almeja, ainda, afastar o “§ 2º, do artigo 7º, da IN n. 213/2002, ou qualquer outro dispositivo que busque a limitação do seu direito em deduzir no Lucro Real e na base de cálculo da CSLL os prejuízos incorridos no exterior, contidos nos resultados de equivalência patrimonial das suas empresas controladas e coligadas” (fl. 454).

Alega contrariedade aos artigos 43 e 110 do Código Tributário Nacional, 25, § 5º, da Lei n. 9.249/1995 e 74 da MP n. 2.158-35/2001, argumentando,

em primeiro lugar, que o conceito de renda encontra-se vinculado ao “acréscimo patrimonial” e “que o acréscimo tributável é formado necessariamente pela consideração dos ingressos e dos desembolsos, sem o que não há acréscimo patrimonial. Daí porque afirmar que os custos e determinadas despesas devem obrigatoriamente ser computadas na formação da renda tributável, *sob pena de não se alcançar a renda, enquanto efetivo acréscimo patrimonial, ou seja, de estar tributando o patrimônio e não o acréscimo sobre ele*” (fl. 464).

Sustenta que “a norma constante no § 5º, artigo 25 da Lei n. 9.249/1995, ao vedar a compensação de prejuízos do exterior com os lucros auferidos no Brasil, guardava sintonia com o ordenamento jurídico, pois *somente haveria a base tributável quando todo o prejuízo acumulado no exterior fosse exaurido pela compensação com lucros supervenientes auferidos no exterior*” (fl. 471). Entretanto, a sistemática da Lei n. 9.249/1995 “*foi drasticamente alterada pelas disposições do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, na medida em que deixou de tratar os rendimentos produzidos por empresas controladas e coligadas como rendimentos de terceiros (dividendos)*, tributáveis pela empresa nacional apenas quando efetivamente adquirida a disponibilidade jurídica ou econômica, *e passou a considerar tais rendimentos como se produzidos pela própria empresa nacional*” (fl. 472). Assim, “o vocábulo ‘prejuízo’ constante da vedação prevista no § 5º do art. 25 da Lei n. 9.249/1995 não mais se coaduna com a sistemática de apuração e tributação em vigor” (fl. 474). O que antes “*era um prejuízo apurado pela coligada ou controlada passou a constituir-se em custo ou despesa da própria entidade brasileira*” (fl. 475).

A União apresentou contrarrazões (fls. 543-550), e o especial foi admitido (fls. 554-555).

O recurso extraordinário (fls. 487-528) também foi admitido (fls. 556-557).

O em. Ministro Mauro Campbell Marques, relator, negou provimento ao recurso especial, observando inicialmente que a empresa coligada e a empresa controlada estão submetidas a relações jurídico-tributárias distintas. Cada qual é tributada pelo IRPJ e pela CSLL em razão de sua própria base de cálculo, apurada segundo os respectivos lucros e prejuízos. Apenas a empresa investidora, por ter capital empregado nas outras duas empresas, pode ter lucro próprio decorrente da lucratividade que esse capital representou no período, através do bom desempenho das empresas coligadas e controladas, das quais é sócia. Os referidos tributos, então, sofrerão o impacto dessa lucratividade. Invocou o §

2º do art. 43 do Código Tributário Nacional e ressaltou, ainda, que, caso haja prejuízos e perdas, é possível a compensação, a ser feita pela empresa investidora, que somente poderá fazê-lo no limite dos lucros auferidos no exterior pelas respectivas coligadas e controladas. Concluiu que a dedução postulada não tem previsão legal e citou precedentes sobre o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001.

O presente recurso especial, de fato, não merece acolhimento.

A pretensão recursal, decorrente da modificação trazida pela medida provisória referida, encontra-se assentada no seguinte argumento deduzido pela recorrente: “*A própria legislação ordinária considera os lucros auferidos no exterior como elemento integrante da base de cálculo do imposto de renda, mas, por outro lado, não considera os prejuízos lá havidos como espécie do mesmo gênero do primeiro – resultado – em grave ofensa ao conceito de renda disposto no artigo 43 do CTN, ao princípio da universalidade e à própria lógica que sustenta a sistemática de apuração dessa exação*” (fls. 475-476).

Ocorre que a questão jurídica não é tão simples assim, envolvendo, na verdade, o exame de outros dispositivos legais e outros enfoques jurídicos.

Observe-se, inicialmente, que, para efeito da cobrança do IRPJ e da CSLL, os lucros auferidos “por filiais, sucursais, controladas e coligadas, no exterior” são “considerados de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada”, conforme disposto no art. 16, inciso I, da Lei n. 9.430/1996. Assim, cada uma dessas empresas deverá recolher os seus tributos no Brasil separadamente da empresa aqui sediada, conforme os seus lucros.

Entretanto não se pode esquecer que a matriz com sede no Brasil, investidora, com participação societária ou no capital em relação às empresas situadas no exterior, igualmente se beneficia dos lucros porventura auferidos por essas, havendo um indubitável acréscimo patrimonial da matriz. Daí a lógica de não se poder excluir das suas contas os benefícios auferidos no exterior na hipótese em debate.

Veja-se, a propósito, ainda sob esse mesmo enfoque, que o art. 25 da Lei n. 9.249/1995 relaciona o lucro real à *proporção de participação nos investimentos*, assim:

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

[...]

§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I – as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;

II – os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, *na proporção de sua participação acionária*, para apuração do lucro real;

[...]

§ 3º Os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I – os lucros realizados pela coligada serão adicionados ao lucro líquido, *na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada*;

II – os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica;

Agora, especificamente sobre o § 5º do art. 25 da Lei n. 9.249/1995, que impede sejam compensados “os prejuízos e perdas” das “filiais, sucursais, controladas e coligadas, no exterior” com os “lucros auferidos no Brasil” pela pessoa jurídica aqui domiciliada, não contraria, mesmo após a edição da MP n. 2.158-35/2001, nenhum dispositivo legal que discipline a “renda” para efeito da cobrança de tributos.

Com efeito, os lucros das “filiais, sucursais, controladas e coligadas, no exterior”, por força do disposto no inciso I do § 2º e do inciso II do § 3º do art. 25 acima reproduzido, são apurados em balanços contábeis, nos quais, não há dúvida, já são considerados na apuração do saldo, positivo ou negativo, os prejuízos e as perdas.

Como consequência disso e da individualidade tributária entre as empresas, não se pode confundir o benefício patrimonial obtido pela matriz no Brasil decorrente de seus investimentos no exterior – mesmo em “filiais, sucursais, controladas e coligadas” – com o balanço positivo obtido por essas em sua atividade em países estrangeiros. Daí que, contabilmente, é possível e lógico impedir que os prejuízos e perdas das empresas sediadas no exterior possam ser compensados com os lucros obtidos pela empresa sediada no Brasil, reduzindo a base de cálculo dos impostos que esta deverá recolher aqui.

Mas não é só. Consideradas as pessoas jurídicas isoladamente por força de lei, a Instrução Normativa SRF n. 213, de 7.10.2002, estabeleceu que os prejuízos apurados por uma controlada ou coligada, no exterior, poderão ser compensados com lucros dessa mesma controlada ou coligada (art. 4º, § 2º). Com isso, os tributos (IRPJ e CSLL) que essas deverem ao fisco brasileiro, quanto à sua base de cálculo, levarão em consideração os mencionados prejuízos.

Toda a sistemática tributária acima descrita, portanto, inclusive no tocante à inviável compensação entre prejuízos no exterior (filial, sucursal, controlada ou coligada) e lucros no Brasil (empresa aqui sediada), não viola o art. 43 do Código Tributário Nacional, que disciplina o imposto de renda, e não foi afetada pelo art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, que dispõe:

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.

Definitivamente, o referido dispositivo apenas disciplinou a data em que os lucros auferidos serão considerados como disponibilizados para a controladora ou para a coligada, o que atende a norma do art. 43, § 2º, do Código Tributário Nacional e não afeta a impossibilidade da compensação pretendida nestes autos, pois mantém a permissão de que os prejuízos havidos pelas “filiais, sucursais, controladas e coligadas, no exterior”, sejam compensados com os lucros delas próprios.

Bem andou, portanto, o acórdão recorrido, dele podendo-se extrair as seguintes passagens fundamentais:

Ou seja, os prejuízos da coligada ou controlada no exterior não são considerados para efeito de apuração de imposto de renda da empresa nacional porque devem ser deduzidos dos lucros auferidos pela própria empresa alienígena, pelos critérios da sua própria legislação. Esta circunstância não se altera, nem mesmo a partir da vigência da MP n. 2.158. A diferença, na verdade, é o momento em que lucros daquelas empresas devem ser considerados como distribuídos à empresa nacional.

Por outro lado, há duas circunstâncias que devem ser destacadas. A primeira se refere ao fato de que na realização do balanço contábil da coligada ou controlada, salvo melhor juízo, já serão considerados os prejuízos. Aliás, sem querer invadir área própria dos Contadores, a idéia é que, no momento da realização do balanço é verificado se a empresa (coligada ou controlada no exterior), está “no lucro” ou “no prejuízo”.

A segunda circunstância é eminentemente jurídica. Na hipótese de se viabilizar do *contribuinte nacional* a dedução dos prejuízos das controladas ou coligadas no exterior, em qualquer que seja o momento em que a lei reconheça como “distribuição de lucros”, *aquele estaria recebendo um duplo benefício, ou seja, poderia deduzir os prejuízos no seu balanço e, depois, quando efetivamente auferisse os lucros, os estaria recebendo, também, com os mesmos prejuízos já deduzidos pela controlada ou coligada no exterior.* Logo, se aproveitará, indevidamente, por duas vezes, de um só direito. Tal circunstância desborda do princípio da universalidade, invocado pela recorrente.

Veja que mesmo que se alegue que o método da equivalência patrimonial leva em consideração outros elementos, tais como a própria variação cambial, não há como se considerar os prejuízos, como pretende a agravante, pois, do contrário, como já dito, poderiam ser deduzidos em duplicidade (fl. 423).

Por todo o exposto, ausentes as violação apontadas pela recorrente, acompanho o relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.258.074-MG (2011/0095353-7)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Luciana Ribeiro Sampaio e outros

Advogado: Fernando Máximo Neto e outro(s)

Recorrido: Hospital Municipal Odilon Behrens

Advogado: Juliana Narcísio de Oliveira e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Servidoras Públicas Municipais. Prorrogação da licença-maternidade. Programa “Empresa Cidadã”. Lei

n. 11.770/2008. Ausência de ato regulamentador. Concessão do benefício. Impossibilidade.

1. As ora recorrentes, servidoras públicas do Município de Belo Horizonte, voltam-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, reformando a sentença, afastou a fruição do benefício instituído pelos arts. 1º e 2º, da Lei n. 11.770/2008 – licença-maternidade com duração prorrogada por 60 (sessenta) dias – diante da ausência da edição de ato regulamentador no âmbito do ente público a que se encontram vinculadas.

2. Revela-se descabida a interpretação que as ora recorrentes buscam emprestar à Lei n. 11.770/2008, mormente a seu art. 2º, porquanto o legislador não criou uma imposição à Administração Pública, mas, como se extrai inequivocamente do vocábulo empregado – “autorizada” –, conferiu mera faculdade à administração pública, direta, indireta e fundacional de instituir benefício dessa natureza.

3. Pensar de modo diferente importaria verdadeira desconsideração da autonomia administrativa de cada ente integrante da Federação, representando inadmissível interferência na prerrogativa de disporem sobre o regime jurídico a que se sujeitam seus respectivos servidores públicos.

4. A disposição do art. 2º da Lei n. 11.770/2008 não é auto-aplicável, ficando condicionada à edição de ato regulamentar pelo ente administrativo a que se encontra vinculada a servidora pública.

5. “A Lei Federal n. 11.770/2008, que instituiu o chamado ‘Programa Empresa Cidadã’, autorizando a prorrogação da licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, não possui natureza cogente, uma vez que sua implementação pela iniciativa privada dependerá de prévia manifestação de interesse dos empregadores. Da mesma forma, o referido diploma legal limitou-se a autorizar a criação, pelos entes públicos, de um programa semelhante” (REsp n. 1.245.651-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 29.4.2011).

6. Recurso especial não provido.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 13.9.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto pelas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

Ação ordinária. Servidoras de autarquia municipal. Prorrogação de licença maternidade.

É inviável o reconhecimento de direito à prorrogação do período de licença à gestante, referida na Lei Federal n. 11.700/2008, em benefício de servidoras municipais, quando não há ato regulamentador do programa no âmbito do Município. Primeiro recurso provido e segundo recurso prejudicado (e-STJ fl. 307).

Os embargos aclaratórios subsequentes foram rejeitados em aresto encartado às fls. 319-321.

Além de suscitar divergência jurisprudencial, as ora recorrentes defendem que a Corte de origem infringiu o disposto no art. 2º da Lei Federal n. 11.770/2008 na medida em que, na condição de servidoras públicas municipais, fariam jus a gozar da licença-maternidade com duração prorrogada por 60 (sessenta) dias, independentemente de ato regulamentador do ente federado a que se encontram vinculadas.

Foram ofertadas contrarrazões às fls. 391-402.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial, passando a examinar o mérito da controvérsia.

As ora recorrentes, servidoras públicas de autarquia do Município de Belo Horizonte, voltam-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, reformando a sentença, afastou a fruição do benefício instituído pelos arts. 1º e 2º, da Lei n. 11.770/2008 – licença-maternidade com duração prorrogada por 60 (sessenta) dias – diante da ausência da edição de ato regulamentador no âmbito do ente público a que se encontra vinculada.

Os dispositivos legais em análise assim preceituam:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal.

§ 1º A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal.

§ 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, *autorizada* a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.

Nesse contexto, revela-se descabida a interpretação que se pretende emprestar à Lei n. 11.770/2008, mormente a seu art. 2º, porquanto o legislador não criou uma imposição à Administração Pública, mas, como se extrai inequivocamente do vocábulo empregado – “autorizada” –, conferiu mera faculdade aos entes administrativos de instituírem benefício dessa natureza.

Ademais, interpretação diferente implicaria desconsiderar o princípio federativo que consagra a autonomia administrativa de cada ente integrante da Federação, com a inadmissível interferência na prerrogativa dos demais componentes de disporem sobre o regime jurídico a que se sujeitam seus respectivos servidores públicos.

Como se percebe, ao instituir o Programa “Empresa Cidadã”, a lei prevê a adesão das pessoas jurídicas, o que implica a espontaneidade da participação das empresas, ao tempo em que também autoriza a administração pública em suas diversas modalidades, direta, indireta e fundacional.

Nesse passo, tem-se que o benefício estipulado pelo art. 2º da Lei n. 11.770/2008 não é auto-aplicável, ficando condicionado à edição de ato regulamentar pelo ente administrativo a que se encontra vinculada a servidora.

No caso vertente, o aresto questionado consignou que, “no âmbito do Município de Belo Horizonte, não há ato normativo vigente e regulamentador

da licença maternidade por 6 (seis) meses para as servidoras do Poder Executivo, razão pela qual não se verifica direito de que as apeladas sejam titulares para que seja mantida a decisão de primeiro grau” (e-STJ fl. 309).

Por conseguinte, não assiste razão às recorrentes.

Em situação assemelhada, assim já decidiu a Egrégia Primeira Turma:

Administrativo. Processual Civil. Servidora Pública Municipal. Recurso especial. Licença-maternidade. Prorrogação. Lei Federal n. 11.770/2008. Inaplicabilidade. Recurso conhecido e não provido.

1. A Lei Federal n. 11.770/2008, que instituiu o chamado “Programa Empresa Cidadã”, autorizando a prorrogação da licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, não possui natureza cogente, uma vez que sua implementação pela iniciativa privada dependerá de prévia manifestação de interesse dos empregadores. Da mesma forma, referido diploma legal limitou-se a autorizar a criação, pelos entes públicos, de um programa semelhante.

2. Recurso especial conhecido e não provido (REsp n. 1.245.651-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 29.4.2011).

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.258.466-MS (2011/0126126-1)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul e outros

Procurador: Rodrigo Silva Lacerda Cesar e outro(s)

Recorrido: Luiz da Silva Oliveira

Advogado: Luiz Fernando Rodrigues Villanueva e outro(s)

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Omissão. Alegações genéricas. Concurso público. Curso de formação. Mandado de segurança. Edital. Exigência de limite de idade. Eliminação do candidato. Não

cumprimento do requisito. Decadência do *mandamus*. Não ocorrência. Termo inicial. Momento em que o ato coator se torna eficaz.

1. Não se conhece de recurso especial por suposta violação do art. 535 do CPC se a parte não especifica o vício que inquina o aresto recorrido, limitando-se a alegações genéricas de omissão no julgado, sob pena de tornar-se insuficiente a tutela jurisdicional.

2. Discute-se nos autos o termo inicial do prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança contra ato coator que indeferiu a matrícula no curso de formação de soldado porque não atendida a exigência contida no edital quanto ao limite de idade.

3. Não configura ato coator a exigência que, no momento da publicação do edital, não fere o direito líquido e certo do candidato, detentor, tão somente, da mera expectativa em ser aprovado.

4. A coação surge apenas no momento em que o candidato, ora impetrante, veio a ser eliminado do certame. Somente a partir desse momento, a regra editalícia passa a afetar seu direito subjetivo, legitimando-o para a impetração.

5. Assim, o termo *a quo* para a fluência do prazo decadencial é o ato administrativo que indeferiu a matrícula do candidato após ter sido aprovado em todas as fases do certame, e não a mera publicação do respectivo edital. Precedentes: REsp n. 1.230.048-PR julgado em 17.5.2011; REsp n. 1.243.287-MS DJe 10.5.2011; AgRg no Ag n. 1.318.406-MS, DJe 1º.12.2010; RMS n. 23.604-MT, DJe 2.6.2008, e REsp n. 588.017-DF, DJ 7.6.2004.

6. 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 Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. Vinicius dos Santos Leite, pela parte recorrida: Luiz da Silva Oliveira.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 13.9.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, com fulcro no art. 105, II, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, assim ementado:

Mandado de segurança. Concurso público para ingresso no curso de formação soldado da polícia militar. Preliminar de decadência. Afastada. Limite máximo de idade. Falta de previsão legal. Ofensa ao princípio da estrita legalidade. Direito líquido e certo violado. Segurança concedida.

A exigência de limite de idade, não prevista em lei, sem apontar critérios razoáveis para tanto, configura ato ilegal que fere direito líquido e certo do impetrante. (e-STJ fl. 123).

Embargos declaratórios rejeitados (e-STJ fl. 146).

O Estado do Mato Grosso do Sul alega violação do art. 535, inciso II, do CPC, ao entendimento de que o aresto impugnado foi omissivo sobre pontos sobre os quais deveria se pronunciar.

Aduz, ainda, que o termo *a quo* do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança, que questiona norma inserta no edital de concurso público, é a data da respectiva publicação, nos termos do art. 23 da Lei n. 12.016/2009.

As contrarrazões foram ofertadas (e-STJ fls. 166-180).

Admitido o especial (e-STJ fls. 193-197), subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Inicialmente, não se conhece de recurso especial por suposta violação do art. 535 do CPC se a parte não

especifica o vício que inquina o aresto recorrido, limitando-se a alegações genéricas de omissão no julgado, sob pena de tornar-se insuficiente a tutela jurisdicional.

No caso dos autos, verifica-se que o recorrente sequer citou os artigos tidos por violados e tampouco especificou em que consistiria o vício alegado, tendo apenas afirmado que o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre a matéria suscitada no acórdão recorrido e nos embargos declaratórios. Os embargos de declaração opostos inclusive com propósito de prequestionamento somente devem ser acolhidos se presente algum dos vícios indicados no art. 535 do CPC.

Assim, tendo em vista a deficiência na fundamentação quanto ao tópico em questão, aplica-se o teor da Súmula n. 284-STF.

Discute-se nos autos o termo inicial do prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança contra ato coator que indeferiu a matrícula no curso de formação de soldado porque não atendida a exigência contida no edital quanto ao limite de idade.

Esta Turma tem decidido que o termo inicial para a contagem do prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança, nos casos em que busca afastar regra contida no Edital, conta-se a partir da sua publicação, como se verifica em precedente da minha relatoria:

Administrativo. Recurso ordinário. Concurso público. Mandado de segurança impetrado contra regra editalícia. Prazo decadencial. Termo *a quo*. Precedentes.

1. A publicação do edital marca o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança que se destina a questionar a legitimidade de regra editalícia. Precedentes: AgRMS n. 28.075-RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 24.3.2009; RMS n. 27.673-PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 2.8.2010; AgRMS n. 28.323-BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24.5.2010; RMS n. 29.776-AC, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 19.10.2009, dentre outros.

2. O mandado de segurança foi apresentado tão somente em novembro de 2009, isto é, muito além do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias computado a partir da publicação do edital, que ocorreu ainda no ano de 2008, daí porque realmente a ordem deve ser denegada sem resolução do mérito (art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009).

3. Recurso ordinário não provido (RMS n. 31.919-AC, Segunda Turma, julgado em 24.8.2010, DJe 8.9.2010).

Contudo, na espécie, existem peculiaridades que devem ser observadas.

Com efeito, considerando o número cada vez mais expressivo de candidatos inscritos em concursos públicos, chegando, em alguns casos, a mais de um milhão de concorrentes, em que a maioria detém apenas mera expectativa de obter aprovação, a exigência de que a irresignação se voltasse contra o edital seria despropositada.

É que centenas, quiçá milhares de candidatos se socorreriam à via judicial com a pretensão de afastar a regra editalícia que, muito provavelmente, sequer lhes alcançaria, levando-se em conta o percentual reduzido dos que chegam às fases finais do certame.

No caso em julgamento, deve-se considerar a possibilidade de conclusão do curso a tempo de atender o requisito, já que inviável prever o prazo para o encerramento de cada uma das etapas do certame.

O saudoso Professor Hely Lopes Meirelles ensina que “a fluência do prazo só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exequível” e, dessa forma, “*não é, pois, o conhecimento oficioso do ato que deve marcar o início do prazo para a impetração, mas sim o momento em que se tornou apto a produzir seus efeitos lesivos ao impetrante*” (“Mandado de Segurança, Ação Popular, (...)”, 28ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 55-56 - grifado).

Portanto, a norma editalícia, genérica e abstrata, que prevê a apresentação de documentos em momento equivocado, somente terá eficácia para alterar a posição jurídica do inscrito quando for materializada e individualizada, afastando-o do certame.

Visível, portanto, que o interesse de agir do impetrante surgiu apenas quando o ato coator se efetivou.

Por conseguinte, somente a partir desse momento, a regra de conduta contida na norma editalícia afeta o direito subjetivo do candidato, legitimando-o, pois, à impetração do *mandamus*. Antes disso, não havia bem da vida a ser protegido pela via mandamental, sendo certo que não “convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair um resultado útil. É preciso pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 281).

Não há, pois, que se considerar como ato coator requisito que, no momento da publicação do edital, não fere o direito líquido e certo do candidato, detentor, tão somente, da mera expectativa em ser aprovado. Quanto a isso, oportuno citar, novamente, o mestre Hely Lopes Meirelles:

Direito líquido e certo 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 ser 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 exige *direito líquido e certo*, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu conhecimento e exercício no momento da impetração [...] (Mandado de Segurança, Ação Popular, (...), *Op. Cit.*, p. 36-37).

Nesse cenário, sequer configurado o justo receio da lesão, de acordo com entendimento da doutrina pátria:

Destarte, basta que haja o justo receio de que o ato venha a acontecer para termos possibilidade de impetração do mandado de segurança. A ameaça de lesão tem suporte constitucional do art. 5º, XXXV.

Todavia, claro está que o justo receio tem de ser concreto, palpável, aferível pelo juiz, e aferível de plano, com a inicial. Portanto, o justo receio não pode ser mera alegação de que está o jurisdicionado por sofrer constrangimento considerado ilegal (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de Segurança. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89-90).

Sendo assim, não se verifica, na espécie dos autos, a alegada violação do artigo 23 da Lei n. 12.016/2009, sob o pretexto de que se teria consumado o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança, visto que o termo *a quo* é o ato que indeferimento da matrícula no curso de formação, tal como corretamente afirmado no acórdão recorrido.

Dessarte, a decadência deve ser contada, nesse caso específico, do ato estatal de eliminação do candidato. No mesmo sentido, oportuno colacionar o seguinte excerto do voto do Exmo. Min. Felix Fischer proferido no julgamento do RMS n. 22.785-SP, Quinta Turma, DJ 17.12.2007:

Com efeito, não se sustenta o fundamento de que o recorrente deveria ter impetrado o *mandamus* contra a exigência editalícia quando da sua inscrição,

uma vez que, nesse momento, não houve qualquer lesão a direito líquido e certo seu, já que pôde se inscrever e até mesmo realizar a prova prática de direção sem qualquer óbice da Comissão de Concurso, tendo sido aprovado em 6º lugar no certame, nomeado (fl. 44), cujo ato de nomeação foi tornado sem efeito posteriormente (fl. 56).

Trago à baila os precedentes a seguir colacionados, de semelhante teor:

Administrativo. Concurso público. Polícia Civil do Estado do Paraná. Mandado de segurança. Edital. Exigência da apresentação de diploma de nível superior antes da posse. Eliminação do candidato. Não-cumprimento do requisito. Decadência do *mandamus*. Não-ocorrência. Termo inicial. Momento em que o ato coator se torna eficaz. Aplicação da Súmula n. 266-STJ.

1. Discute-se o termo inicial do prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança contra ato coator que excluiu o candidato do certame, por não ter apresentado o diploma de nível superior antes da posse, conforme disposição contida do edital do concurso.

2. Não configura ato coator a exigência que, no momento da publicação do edital, não fere o direito líquido e certo do candidato, detentor, tão somente, da mera expectativa em ser aprovado.

3. A coação surge apenas no momento em que o candidato, ora impetrante, veio a ser eliminado do certame. Somente a partir desse momento, a regra editalícia passa a afetar seu direito subjetivo, legitimando-o para a impetração.

4. Assim, o termo *a quo* para a fluência do prazo decadencial é o ato administrativo que determina a eliminação do candidato, a partir da divulgação dos nomes dos habilitados a prosseguirem na fases seguintes do concurso, e não a mera publicação do respectivo edital.

5. "O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público" (Súmula n. 266 do STJ).

6. Recurso especial não provido (REsp n. 1.230.048-PR, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 17.0.2011);

Agravo regimental em agravo de instrumento. Processo Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Concurso público. Ingresso na carreira policial. Exame médico. Prazo decadencial. Art. 18, da Lei n. 1.533/1951. Termo inicial. Ciência do ato lesivo.

1. A decadência do direito de postular pretensão líquida e certa pelo impetrante, a teor do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, revogado pelo art. 23 da Lei n. 12.016/2009, de igual teor, opera-se decorridos mais de 120 (cento e vinte) dias da ciência do ato impugnado, em sede de Mandado de Segurança.

2. Precedentes: AgRg no RMS n. 26.105-PE, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Felix Fischer*, DJe de 30.6.2008; REsp n. 685.723-AL, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Arnaldo Esteves*

Lima, DJ 28.5.2007; RMS n. 16.517-SC, *Sexta Turma*, Rel. Ministro Paulo Medina, DJ 3.10.2005.

3. *In casu*, o Edital que publicou o resultado do exame de saúde restou datado em 19.5.2008, o Mandado de Segurança foi impetrado em 9.6.2008, portanto, antes do transcurso do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag n. 1.318.406-MS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.11.2010, DJe 1º.12.2010).

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Decadência. Afastamento. Diploma ou habilitação legal. Exigência. Momento da posse. Súmula n. 266-STJ. Recurso provido.

1. A recorrente não se insurge contra as regras do edital, até porque colou grau antes de sua publicação, mas contra o ato que, ao convocá-la para a terceira fase do certame, exigiu-lhe a imediata apresentação do diploma. Decadência do direito de impetrar mandado de segurança afastada.

2. Em regra, tão-somente por ocasião da posse deve ser exigido do candidato aprovado em concurso público o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo. Inteligência da Súmula n. 266-STJ.

3. Recurso ordinário provido (RMS n. 23.604-MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 27.3.2008, DJe 2.6.2008);

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Decadência. Afastamento. Diploma ou habilitação legal. Exigência. Momento da posse. Súmula n. 266-STJ. Recurso provido.

1. A recorrente não se insurge contra as regras do edital, até porque colou grau antes de sua publicação, mas contra o ato que, ao convocá-la para a terceira fase do certame, exigiu-lhe a imediata apresentação do diploma. Decadência do direito de impetrar mandado de segurança afastada.

2. Em regra, tão-somente por ocasião da posse deve ser exigido do candidato aprovado em concurso público o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo. Inteligência da Súmula n. 266-STJ.

3. Recurso ordinário provido (RMS n. 23.604-MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 27.3.2008, DJe 2.6.2008).

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Mandado de segurança. Legitimidade passiva. Agente da Caixa Econômica Federal. Decadência. Inocorrência. Idade mínima fixada para concurso público.

I - Ao se submeter a normas de direito público para seleção e contratação de servidores, instituindo concurso e convocando-os pela ordem de classificação mandamental, nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, haja vista que o *mandamus* foi impetrado pelo candidato no dia em que este tomou ciência de sua exclusão do referido concurso.

III - Em sintonia com o Verbete da Súmula n. 266-STJ, o acórdão recorrido que rechaçou o exagerado apego ao contido no edital, no sentido de que o candidato deveria contar com 18 anos completos já no encerramento das inscrições. Recurso desprovido. (REsp n. 588.017, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 7.6.2004).

Ante o exposto, *conheço em parte do recurso especial e nego-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.258.979-SC (2011/0126512-6)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Buettner S/A - Indústria e Comércio

Advogado: Samuel Gaertner Eberhardt e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Art. 3º, VI, da Lei n. 10.637/2002. Regime da não-cumulatividade. Aproveitamento dos créditos de PIS sobre “outros bens incorporados ao ativo imobilizado” até a entrada em vigor da Lei n. 11.196/2005. Impossibilidade. Revogação pelo art. 15 da Lei n. 10.833/2003.

1. Controverte-se nos autos a respeito da norma que revogou o art. 3º, VI, da Lei n. 10.637/2002.

2. A regra em análise, em sua redação original, permitia à recorrente o desconto, na apuração do tributo devido, dos créditos calculados em relação “às máquinas e equipamentos adquiridos para utilização na fabricação de produtos destinados à venda, bem como a outros bens incorporados ao ativo imobilizado”.

3. Dito de outro modo, em relação aos últimos – “bens incorporados ao ativo imobilizado” –, a possibilidade de aproveitamento dos créditos não se encontrava vinculada a seu uso na fabricação de produtos destinados à venda.

4. Posteriormente, o art. 3º, VI, da Lei n. 10.833/2003, que tratava da tributação da Cofins no regime da não-cumulatividade, determinou a possibilidade de desconto, na apuração da respectiva exação, dos créditos calculados em relação à “máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado adquiridos para utilização na produção de bens destinados à venda, ou na prestação de serviços”.

5. No que concerne à Cofins, portanto, a disciplina normativa implicou tratamento que apresentaria as seguintes diferenças relativas ao PIS: somente os *bens incorporados ao ativo imobilizado que fossem utilizados na produção destinada à venda ou na prestação de serviços* serviriam para abater o tributo devido.

6. Sucede que, para evitar o tratamento desigual – inclusive porque ambas as contribuições incidem sobre a mesma base de cálculo, isto é, o faturamento –, o art. 15 da Lei n. 10.833/2003 expressamente consignou que o disposto em seu art. 3º, VI, aplica-se “à contribuição para o PIS/Pasep não-cumulativa de que trata a Lei n. 10.637/2002”.

7. Não resta dúvida, portanto, de que, com o início da vigência do art. 15 da Lei n. 10.833/2003, houve modificação no regime de apuração do PIS.

8. Conquanto o art. 43 da Lei n. 11.196/2005 tenha, mais uma vez, alterado a redação do art. 3º, VI, da Lei n. 10.637/2002, a melhor interpretação é a de que apenas houve ampliação nas hipóteses de desconto, isto é, passou-se a permitir que também os créditos relativos a bens adquiridos ou fabricados para locação de terceiros sejam incluídos no abatimento do PIS devido.

9. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque.” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2011 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 8.9.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

Tributário. PIS e Cofins. Regime não cumulativo. Restrições ao aproveitamento de créditos. Inconstitucionalidade do art. 31, *caput*, da Lei n. 10.865/2004. Prescrição. Correção monetária.

1. A disciplina do regime não cumulativo das contribuições PIS e Cofins, nos termos do disposto no art. 195, § 12, da Constituição Federal, foi relegada à lei. É ela quem deverá estipular quais as despesas passíveis de gerar créditos, bem como a sua forma de apuração, não havendo falar, em princípio, na manutenção de determinados créditos eternamente. O que hoje pode gerar crédito, amanhã, por força de revogação legítima da lei, pode não mais gerar.

2. Não há falar em inconstitucionalidade dos arts. 43 e 45 da Lei n. 10.865/2004, que, alterando o inciso VI do art. 3º das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003, restringiram a possibilidade de desconto de créditos calculados em relação a bens incorporados ao ativo imobilizado da empresa apenas àqueles adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços, seja por ofensa ao princípio da não cumulatividade, seja por ofensa ao princípio da isonomia e seus correlatos (capacidade contributiva, não confisco e livre concorrência).

3. Inviável o reconhecimento do direito ao aproveitamento dos créditos de PIS calculados em relação a "*outros bens incorporados ao ativo imobilizado*", na forma da redação original do art. 3º, inciso VI, da Lei n. 10.637/2002, até o advento da Lei n. 11.196/2005, que deu nova redação ao referido dispositivo legal, uma vez que tal dispositivo foi tacitamente revogado pelo art. 15 da Lei n. 10.833/2003, que determinou a aplicação àquela exação do disposto no inciso VI do art. 3º do mesmo diploma legal.

4. O art. 31, *caput*, da Lei n. 10.865/2004, ao limitar temporalmente o aproveitamento dos créditos oriundos de bens incorporados ao ativo imobilizado, acabou por incorrer em ofensa ao direito adquirido, à regra da irretroatividade da lei tributária e ao princípio da segurança jurídica. Esta a conclusão da Corte Especial deste Tribunal, que, por ocasião do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança n.

2005.70.00.000594-0-PR, reconheceu a inconstitucionalidade do *caput* do art. 31 da Lei n. 10.865/2004.

5. Assim, possível o creditamento de valores de PIS e Cofins advindos dos bens incorporados ao ativo imobilizado da empresa a partir da vigência do regime não cumulativo na forma do art. 3º, inciso VI, das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003, sem a limitação temporal prevista no *caput* do art. 31 da Lei n. 10.865/2004.

6. Tratando-se de pedido de reconhecimento do direito a crédito escritural, aplicável o prazo prescricional previsto no Decreto n. 20.910/1932, porquanto a regra do art. 168 do CTN se destina aos pedidos de restituição de tributos. No entanto, tendo sido reconhecido, no caso, apenas o direito ao aproveitamento dos créditos de PIS e Cofins referentes às amortizações e depreciações de bens incorporados ao ativo permanente da impetrante na vigência do regime não cumulativo das referidas exações sem a limitação temporal prevista no *caput* do art. 31 da Lei n. 10.865/2004, o termo inicial do prazo prescricional deve-se dar a partir de 1º.8.2004, quando passou a vigor a referida restrição, fazendo surgir, aí, o direito de ação para a impetrante.

7. Considerando que o *mandamus* foi ajuizado em 30.4.2009, não existem parcelas a ser declaradas prescritas.

8. Segundo jurisprudência pacífica do egrégio STJ, tratando-se de créditos escriturais, não há incidência de correção monetária, por ausência de previsão legal, salvo na hipótese de óbice proporcionado pelo Fisco para o seu aproveitamento.

9. Considerando que o art. 31, *caput*, da Lei n. 10.865/2004 limitou indevidamente o direito ao creditamento de valores de PIS e Cofins no regime não cumulativo, deverão tais créditos ser corrigidos monetariamente, a partir da data da sua geração até a data do trânsito em julgado da decisão, pela Taxa *Selic*.

10. Sentença parcialmente reformada.

Os Embargos de Declaração foram acolhidos para fins de prequestionamento.

A recorrente alega violação do art. 3º, VI, da Lei n. 10.637/2002; dos arts. 3º e 15 da Lei n. 10.833/2003; do art. 2º, § 2º, da LICC; e do art. 45 da Lei n. 11.196/2005.

Foram apresentadas as contra-razões.

É o *relatório*.



VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 28.6.2011.

A questão controvertida consiste em definir quando foi revogado o disposto no art. 3º, VI, da Lei n. 10.637/2002.

A norma em tela, em sua redação original, autorizava o desconto, na apuração do valor devido a título de PIS, no regime da não-cumulatividade, dos créditos calculados em relação às “máquinas e equipamentos adquiridos para utilização na fabricação de produtos destinados à venda, bem como a outros bens incorporados ao ativo imobilizado”. Transcrevo o seu conteúdo:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

VI - máquinas e equipamentos adquiridos para utilização na fabricação de produtos destinados à venda, bem como a outros bens incorporados ao ativo imobilizado;

O Tribunal de origem afirma que houve revogação tácita do aludido dispositivo pela Lei n. 10.833/2003, que disciplina o regime da não-cumulatividade em relação à Cofins. O órgão julgador consignou que o disposto no art. 3º, VI, da Lei n. 10.833/2003, por determinação do art. 15 do mesmo diploma legal, passou a ser aplicado também na apuração do PIS. Transcrevo o seguinte excerto do voto-condutor do acórdão hostilizado (fls. 918-919, e-STJ – grifos no original):

Pretende a impetrante, subsidiariamente, seja reconhecido, no que pertine à contribuição ao PIS, o seu direito ao aproveitamento dos créditos calculados em relação a “*outros bens incorporados ao ativo imobilizado*”, na forma da redação original do art. 3º, inciso VI, da Lei n. 10.637/2002, até o advento da Lei n. 11.196/2005, que deu nova redação ao referido dispositivo legal.

Sem razão a recorrente, uma vez que tal dispositivo já havia sido tacitamente revogado pela Lei n. 10.833/2003, que, em seu art. 15, previu que o disposto no inciso VI do art. 3º do mesmo diploma legal se aplicaria também à contribuição ao PIS.

Eis o teor dos referidos dispositivos:

- Lei n. 10.637/2002:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

VI - máquinas e equipamentos adquiridos para utilização na fabricação de produtos destinados à venda, bem como a outros bens incorporados ao ativo imobilizado;

(...).

- Lei n. 10.833/2003:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado adquiridos para utilização na produção de bens destinados à venda, ou na prestação de serviços;

(...).

Art. 15. Aplica-se à contribuição para o PIS/Pasep não-cumulativa de que trata a Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o disposto nos incisos I e II do § 3º do art. 1º, nos incisos VI, VII e IX do caput e nos §§ 1º, incisos II e III, 10 e 11 do art. 3º, nos §§ 3º e 4º do art. 6º, e nos arts. 7º, 8º, 10, incisos XI a XIV, e 13. (redação original).

- Lei n. 11.196/2005:

Art. 45. O art. 3º da Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º (...)

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços.

(...). (destaquei).

Portanto, desde 1º.2.2004, data da vigência da Lei n. 10.833/2003 em relação aos arts. 3º e 15 (art. 93, inciso I), não mais se encontrava vigente a redação original do art. 3º, inciso VI, da Lei n. 10.637/2002, não havendo, pois, se falar na sua aplicação até o advento da Lei n. 11.196/2005.

Por seu turno, a recorrente afirma que a revogação somente se deu de forma expressa pelo art. 45 da Lei n. 11.196/2005, o qual conferiu nova redação ao art. 3º, VI, da Lei n. 10.637/2002, *in verbis*:

Art. 45. O art. 3º da Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º (...)

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para

utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços.

Entendo que a razão está com o Tribunal *a quo*.

Com efeito, em primeiro lugar, deve ser comparada a redação original do art. 3º, VI, das Leis n. 10.637/2002 (PIS) e n. 10.833/2003 (Cofins):

Lei n. 10.637/2002 (PIS)

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

VI - máquinas e equipamentos adquiridos para utilização na fabricação de produtos destinados à venda, bem como a outros bens incorporados ao ativo imobilizado;

Lei n. 10.833/2003 (Cofins)

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado adquiridos para utilização na produção de bens destinados à venda, ou na prestação de serviços;

Nota-se claramente que, ao disciplinar o regime da não-cumulatividade na cobrança da Cofins, o legislador não adotou a mesma redação até então vigente na cobrança do PIS.

Contudo, o art. 15 da Lei n. 10.833/2003 consignou de forma expressa que o disposto no seu art. 3º, VI, é aplicável “à contribuição para o PIS/Pasep não-cumulativa de que trata a Lei n. 10.637/2002”:

Art. 15. *Aplica-se à contribuição para o PIS/Pasep não-cumulativa de que trata a Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o disposto nos incisos I e II do § 3º do art. 1º, nos incisos VI, VII e IX do caput e nos §§ 1º, incisos II e III, 10 e 11 do art. 3º, nos §§ 3º e 4º do art. 6º, e nos arts. 7º, 8º, 10, incisos XI a XIV, e 13. (redação original).*

E, conforme mencionou o órgão julgador, tal disposição entrou em vigor no dia 1º.2.2004, de acordo com a determinação do art. 93, I, da Lei n. 10.833/2003.

Não há, portanto, como deixar de aplicar o disposto no art. 15 da Lei n. 10.833/2002, que, efetivamente, implicou revogação tácita do art. 3º, VI, da Lei n. 10.637/2002.

O argumento de que somente a Lei n. 11.196/2005 revogou expressamente a norma anterior deve ser corretamente compreendido. Com efeito, é importante registrar que os arts. 43 e 35 da Lei n. 11.196/2005 conferiram nova redação ao art. 3º, VI, das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.83/2003, nos seguintes termos:

Art. 43. Os arts. 2º, 3º, 10 e 15 da Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

(...)

Art. 3º (...)

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros, ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços;

(...)

Art. 45. O art. 3º da Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

Art. 3º (...)

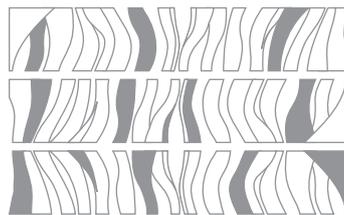
VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços.

É possível constatar que os dispositivos em tela, que ostentam a mesma redação, foram alterados para incluir, nas hipóteses de desconto do valor devido a título de PIS e Cofins no regime da não-cumulatividade, os créditos calculados em relação aos bens “adquiridos ou fabricados para locação a terceiros”, situação inexistente até a entrada em vigor da novel legislação.

É apenas nesse sentido que é lícito concluir pela revogação do art. 3º, VI, da Lei n. 10.637/2002 pelo art. 45 da Lei n. 11.196/2005, pois, excluída essa hipótese, a redação original daquele dispositivo já havia sido alterada expressamente pelo art. 15 da Lei n. 10.833/2003.

Com essas considerações, *nego provimento ao Recurso Especial.*

É como *voto.*



Segunda Seção

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.091.393-SC
(2008/0217717-0)**

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Embargante: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Leonardo Groba Mendes e outro(s)

Embargado: Alda Pereira Passos e outros

Advogado: Jonatas Rauh Probst e outro(s)

Recorrente: Caixa Seguradora S/A

Advogado: Milton Luiz Cleve Kuster e outro(s)

EMENTA

Sistema Financeiro da Habitação. Seguro habitacional. Apólice pública. FESA/FCVS. Apólice privada. Ação ajuizada contra seguradora. Interesse jurídico da CEF. Recurso repetitivo. Citação anterior à MP n. 513/2010 convertida na Lei n. 12.409/2011.

1. Ação ajuizada antes da edição da MP n. 513/2010 (convertida na Lei n. 12.409/2011) contra a seguradora, buscando a cobertura de dano a imóvel adquirido pelos autores no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. Pedido de intervenção da CEF, na qualidade de assistente simples da seguradora.

2. O Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS), desde a edição do Decreto n. 2.476/1988 e da Lei n. 7.682/1988, garante o equilíbrio do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SH/SFH), assumindo, portanto, os seus riscos.

3. Diversamente do que ocorre com as apólices de seguro privadas, cuja contratação no âmbito do SFH somente passou a ser admitida a partir da edição da MP n. 1.671, de 1998, no caso da Apólice Pública do SH/SFH, o risco é totalmente assumido pelo FCVS, Fundo administrado pela CEF, do qual o FESA é uma subconta. A seguradora privada, após o pagamento dos sinistros do período e retenção de sua remuneração (sendo esta percentual fixo do valor dos prêmios de seguro mensalmente repassados pelas instituições financeiras, embutidos na prestação paga pelos mutuários), recolhe o superávit ao FESA/FCVS e, por outro lado, em caso de déficit, dele

recebe a diferença necessária ao pagamento das indenizações, sendo sua atividade isenta de riscos.

4. Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro *privado, apólice de mercado, Ramo 68*, adjeto a contrato de mútuo habitacional, por envolver discussão entre a seguradora e o mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), não existe interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Ao contrário, sendo a apólice pública, do Ramo 66, garantida pelo FCVS, existe interesse jurídico a amparar o pedido de intervenção da CEF, na forma do art. 50, do CPC, e remessa dos autos para a Justiça Federal.

5. Hipótese em que o contrato de seguro adjeto ao mútuo habitacional de um dos sete autores foi celebrado em condições de mercado, não sendo vinculado à Apólice Única do SH/SFH, ao contrário do que sucede com os demais litisconsortes ativos.

6. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos. Provimento parcial do recurso especial.

ACÓRDÃO

A Seção, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, o seguinte:

- fazer integrar os esclarecimentos à tese repetitiva, para os efeitos do artigo 543-C, do CPC;

- dar parcial provimento ao recurso especial para, no tocante aos autores Alda Pereira Passos, Maria Cristina Lourenço, José Saul Lima Silva, José Domingues Meira de Córdova, Assis de Souza e Ângelo Pinto de Souza, determinar, às suas expensas, o desmembramento dos autos na origem, com a remessa para a Justiça Federal, anulando-se todos os atos decisórios proferidos após o pedido de intervenção da Caixa Econômica Federal na qualidade de assistente simples;

- negar provimento ao recurso especial em relação ao autor Darci Hildebrando de Souza. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Massami Uyeda e Marco Buzzi.

Brasília (DF), 9 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 28.11.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cuida-se de embargos de declaração opostos pela *Caixa Econômica Federal* contra acórdão da Segunda Seção desta Corte que, por unanimidade, conheceu em parte dos recursos especiais da embargante e da *Caixa Seguradora S/A* e, nessa parte, negou-lhes provimento.

O julgamento do recurso especial obedeceu o procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução-STJ n. 8/2008, ficando assim ementado:

Recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. Ação em que se controverte a respeito do contrato de seguro adjecto a mutuo hipotecário. Litisconsórcio entre a Caixa Econômica Federal-CEF e Caixa Seguradora S/A. Inviabilidade. Competência da Justiça Estadual. Recurso especial repetitivo. Lei n. 11.672/2008. Resolução-STJ n. 8, de 07.08.2008. Aplicação.

1. Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro adjecto a contrato de mútuo, por envolver discussão entre seguradora e mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), inexistente interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Precedentes.

2. Julgamento afetado à 2ª Seção com base no Procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução-STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

3. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa extensão, não providos.

Alega a embargante que o presente recurso especial deveria ter sido julgado pela Corte Especial, sob o argumento de que os contratos de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação podem ou não ter garantia de cobertura do saldo devedor pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais. Em caso positivo, a competência interna para julgamento do recurso especial

será da 1ª Seção. No caso dos autos, não foi juntado o contrato, não se sabendo se possui garantia do FCVS. Menciona que o Conflito de Competência n. 101.073, em data recente julgado singularmente pelo Ministro Humberto Martins, membro da 1ª Seção, decisão já transitada em julgado, estabeleceu a competência da Justiça Federal para apreciar caso idêntico ao dos presentes autos, ação de responsabilidade securitária, movida contra seguradora. O fundamento da competência da Justiça Federal foi a circunstância de a CEF ser a gestora do Seguro Habitacional - SH, que abrange o Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de Seguro Habitacional-SH, subconta do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS.

Requer, portanto, seja declarada a nulidade do acórdão embargado e remetidos os autos para a Corte Especial.

Além disso, afirma haver obscuridade e contradição no aresto embargado. Isso porque “o acórdão conduz (obscuridade) ao entendimento de que nessas relações (segurado x seguradora - no âmbito do SFH) não haveria, em nenhuma hipótese (aqui a verdadeira obscuridade) interesse do FCVS a justificar a intervenção da Caixa nas demandas judiciais” (fls. 604). Não foi, todavia, afirmado “se há ou não, na hipótese dos autos, comprometimento do FCVS” (fl. 605).

Por fim, aponta erro e omissão do julgado pela não aplicação da Súmula n. 150-STJ, pois, ao permitir que a Justiça Comum afirme que a Justiça Federal é incompetente para processar e julgar o feito, desconsiderou “questão de ordem pública apreciável em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição”.

Requer, portanto, a anulação do acórdão de fls. 565-596, determinando-se a remessa dos autos à Corte Especial ou, caso vencida a prejudicial, sejam afastadas as omissões e contradições, bem como o erro de julgamento.

Contrarrazões de embargos às fls. 631-634, em cumprimento ao despacho de fl. 412, pugando pela manutenção do julgado.

A União Federal, admitida como assistente apenas para os efeitos do procedimento repetitivo, protocolou petição às fls. 670-676, acompanhada dos documentos de fls. 678-726, retificando parcialmente suas manifestações anteriores.

Esclareceu que um dos sete contratos de seguro em discussão nos presentes autos, relativo ao contrato do autor Darci Hildebrando de Souza, é privado (Ramo 68). Este autor recebeu o contrato de mútuo, em 30.11.2003, por cessão

do mutuário Marcos Adroaldo de Souza, o qual era titular de financiamento celebrado em 31.1.2002. Afirma que não foi encontrado o nome do referido autor e nem do mutuário anterior no cadastro de averbações do ramo 66, no CADMUT e nem nos demais cadastros da Caixa, o que demonstra tratar-se de apólice de mercado, Ramo 68.

Quanto aos outros seis contratos de seguro adjeto a mútuo habitacional, esclareceu que foram vinculados à Apólice Pública do SH/SFH (Ramo 66) quando os contratos de financiamento respectivos estavam ativos, tendo todos eles sido liquidados no ano de 1999, anos antes do ajuizamento da ação em junho de 2005.

Argumenta que, no tocante ao contrato do Ramo 68 (autor Darci Hildebrando de Souza), não há repercussão para o FCVS, sendo a CEF realmente parte ilegítima e competente a Justiça Estadual, como assentado pela parte dispositiva do acórdão embargado. Quanto aos demais autores - a ex-mutuária Alda Pereira Passos, Maria Cristina Lourenço (sem vínculo com o SH/SFH, porque adquiriu o imóvel do mutuário Cláudio Westphal, após a liquidação do financiamento), o ex-mutuário José Saul Lima Silva, o ex-mutuário José Domingues Meira de Córdova; Assis de Souza (cessionário do mutuário Antonio Carlos Alves de Moura, cessão realizada após a liquidação do contrato, quando não mais havia vínculo com o SH/SFH) e Ângelo Pinto de Souza (sem vínculo com o SH/SFH, porque adquiriu o imóvel do mutuário Osmani Anjos de Souza, após a liquidação do financiamento) - sustenta que os respectivos contratos de seguro, quando em vigor (ou seja, durante a vigência do financiamento), estavam vinculados à Apólice Pública, Ramo 66. Dessa forma, eventual sentença condenatória será cumprida com recursos do FESA/FCVS, sem repercussão no patrimônio da seguradora privada ré na ação, mera prestadora de serviços do sistema de seguro habitacional do SFH.

Em síntese, pediu a União fossem atribuídos efeitos modificativos aos embargos de declaração no tocante aos seis autores cujos contratos de seguro adjetos aos extintos financiamentos imobiliários eram da Apólice Pública (Ramo 66), mantida a conclusão do acórdão quanto ao recorrido Darci Hildebrando de Souza (Ramo 68).

Foi determinada vista dos autos às partes recorrente e recorrida acerca da manifestação da União (fl. 728).

A CEF corroborou a manifestação da União (fls. 732-736). A Caixa Seguradora pediu a anulação do acórdão embargado (fls. 741-806), juntando

recentes decisões do TRF da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, após a edição da MP n. 513/2010, convertida na Lei n. 12.409, de 25.5.2011, reconsiderando entendimento anterior, afirmaram a legitimidade da CEF para intervir como assistente e a competência da Justiça Federal, em casos análogos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): O agravo de instrumento no qual proferido o acórdão objeto do recurso especial foi tirado de ação ordinária de responsabilidade securitária ajuizada na Justiça Estadual por mutuária do Sistema Financeiro da Habitação contra a Caixa Seguradora S/A, única ré. Na inicial, não foi alegado fato algum tendente à responsabilização do agente financeiro. Voltam-se os autores apenas contra a seguradora, buscando indenização por defeitos de construção que entendem cobertos pela Apólice do Seguro Habitacional do SFH (fls. 35-44).

A CEF protocolou pedido de admissão como litisconsorte necessária da seguradora, em razão de sua condição de administradora do Seguro Habitacional e do Fundo de Compensação de Variações Salariais, entes despersonalizados, mas que possuem patrimônios próprios constituídos de recursos públicos. Alegou que “as ações propostas em face do seguro habitacional não geram qualquer consequência patrimonial para as seguradoras, sendo as despesas suportadas, em última análise, pelo Seguro Habitacional - SH e pelo FCVS.” Afirmou, também, que todas as despesas relacionadas com as causas judiciais (ônus da sucumbência, custas e honorários, entre outras) serão suportadas pela reserva do SH.” (fl. 64).

Diante das ponderações da CEF, o Juiz Estadual determinou a remessa dos autos à Justiça Federal (fl. 71). Esta a decisão agravada, por iniciativa dos autores.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu não haver interesse da CEF na causa. Estabeleceu, assim, a competência da Justiça Estadual para processo e julgamento do feito, com os seguintes fundamentos (fls. 211-219):

Como visto, não há necessidade da intervenção da Caixa Econômica Federal na ação principal, tendo em vista que a discussão travada restringe-se à cobertura securitária, relação jurídica estabelecida entre segurado e segurador, de cunho

meramente privado. Por esse motivo afasta-se a aplicação da Súmula 150 do STJ, invocada na decisão vergastada.

Contra este acórdão foram opostos dois recursos especiais, pela Caixa Seguradora e pela CEF.

A Caixa Seguradora (fls. 247-282) alegou que “em última análise, quem paga a indenização é a CEF, e por tal razão, a mesma tem que participar da lide para saber o que está pagando, já que a apólice do SSFH é deficitária, e, praticamente a CEF sempre arca com repasse para as seguradoras sacando da conta de FCVS”. Alegou, ainda, que o STJ firmou entendimento de que o agente financeiro responde solidariamente pelo defeito da obra.

Registro que até o recurso especial da Caixa Seguradora não havia notícia nos autos a propósito da condição da CEF de agente financeiro no contrato de mútuo ao qual vinculada a apólice em discussão.

Em seu recurso especial (fls. 220-229), reafirmou a CEF que seu pedido de intervenção se deu apenas na condição de administradora do Seguro Habitacional e não de agente financeiro. Reiterou as alegações já feitas, embasadas no art. 2º do Decreto-Lei n. 2.406/1988 com a redação dada pela Lei n. 7.682/1988, segundo o qual o FCVS destina-se, além de cobrir saldos devedores de contratos de mútuo por ele cobertos, a “garantir o equilíbrio do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, permanentemente e a nível nacional”, sendo o superávit do seguro habitacional fonte de recursos do FCVS, na forma do disposto no art. 6º, IV, do DL n. 2.406/1988, donde sua condição de litisconsorte passiva ou assistente (CPC, arts. 47 e 50). Invocou a Súmula n. 150 do STJ, para sustentar que seu requerimento de intervenção nos autos deveria ter sido decidido pela Justiça Federal e não pelo Tribunal de Justiça Estadual.

Ambos os recursos foram admitidos como representativos da controvérsia relacionada à “necessidade de participação do agente financeiro nos feitos que envolvam contratos de seguro habitacional vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação” (fls. 449-451 e 453-455). Anoto, aqui, erro material, porque o pedido de intervenção da CEF não se deu na qualidade de agente financeiro, mas de administradora do Seguro Habitacional no âmbito do SFH.

Recebidos os autos, o relator, Ministro Carlos Fernando Mathias, Desembargador Federal convocado, afetou o julgamento à 2ª Seção, determinando a suspensão do processamento dos recursos especiais que versem

sobre “a necessidade de *participação do agente financeiro* (Caixa Econômica Federal) nos feitos que envolvam contratos de seguro habitacional vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação e que não tenham relação com o *Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS)*.”

Estas duas premissas contidas na decisão de afetação - (1) pretender a CEF intervir na condição de agente financeiro e (2) cuidar-se de contrato de seguro habitacional sem relação com o FCVS - nortearam o julgamento dos recursos especiais.

Observo que a primeira premissa foi extraída pelo Relator das decisões de admissibilidade dos recursos especiais, mas, reitero, contém erro material, data vênia, porque a CEF requereu intervenção nos autos na condição de administradora do Seguro Habitacional e não nade agente financeiro, situação que ostenta no contrato de mútuo ao qual vinculado o seguro em questão por mera coincidência, sequer alegada na inicial pela mutuária, dada a conhecer apenas no recurso especial da seguradora. O agente financeiro poderia ser qualquer banco privado financiador de imóveis no âmbito de SFH e que tivesse figurado como estipulante de apólice pública do Seguro Habitacional.

Quanto à segunda premissa (falta de relação do contrato de seguro em exame com o FCVS), ela não constou das decisões de admissibilidade e nem do acórdão recorrido. Ademais, ela se confunde com o próprio mérito dos recursos repetitivos.

Com efeito, o acórdão recorrido decidira ser desnecessária a intervenção da Caixa Econômica Federal, pela natureza privada do contrato de cobertura securitária, ressaltando em precedentes o argumento da não vinculação do contrato de financiamento ao FCVS. Vale dizer, a natureza jurídica da relação entre o contrato de seguro e o FCVS e sua aptidão para ensejar ou não a participação no polo passivo da CEF e a remessa dos autos à Justiça Federal era precisamente a questão controvertida nos recursos especiais.

Baseando-se nessas duas premissas, decidiu a 2ª Seção, na linha da jurisprudência remansosa do STJ, que não havendo sequer possibilidade de consequências financeiras para o FCVS, mas apenas para a seguradora privada, não se justificava a intervenção da CEF e nem a remessa dos autos para a Justiça Federal.

Com efeito, o Relator estabeleceu como premissa de seu voto que não havia possibilidade de que fossem comprometidos recursos do FCVS. Esta premissa é, data vênia, contraditória com os fundamentos transcritos como razão de

decidir no acórdão ora embargado - tendo em vista que nele está consignado que o FESA é uma subconta do FCVS e que, no caso de insuficiência de recursos do FESA, o FCVS, fundo integrado por contribuições privadas (dos mutuários e das instituições financeiras) e por dotação orçamentária da União, por intermédio da CEF, “transferirá à sociedade seguradora o valor integral das indenizações devidas e não pagas.” (cf. voto do Relator, fl. 574).

O Ministro Paulo Furtado, Desembargador convocado, ao divergir quanto ao ponto do voto do Relator que admitira a assistência da União apenas no julgamento do recurso repetitivo (fl. 570), afirmou que “já se reconheceu que a União não poderá ser, amanhã, chamada para efeito de resseguro.” (fl. 579).

O Ministro Fernando Gonçalves também adotou como premissa que a CEF e o FCVS não seriam de modo algum responsabilizados (fl. 581). Ressaltou que segundo memorial apresentado na ocasião “20% do valor da prestação é para a seguradora”.

O Ministro João Otávio de Noronha também partiu da premissa de que não está o contrato abrigado pelo FCVS (fl. 585). Afirmou que não tinha como aferir a alegação da CEF de que “todos os contratos de seguros acabam por ter a responsabilidade do Fundo”. Considerou, também, que “o seguro é demandado da Caixa Seguradora S/A, que recebe para administrar esse seguro, ou seja, recebe um percentual e leva todo o lucro decorrente do sistema habitacional”. Também divergindo quanto à admissão da assistência da União, enfatizou que a indeferia “porque não demonstrada, aqui, a repercussão no patrimônio, até porque a tese sufragada no Superior Tribunal de Justiça é de que o FCVS não responde. Se vier outra ação provando o contrário, desde o começo, é outra questão; mas, aqui, agora, a tese sufragada nos nossos precedentes é a da total isenção da União ou do Fundo nessa responsabilidade.” (fl. 587). E em aparte, prosseguiu: “se não há interesse do FCVS, não pode ter interesse da União, porque se dissemos aqui que o FCVS não vai pagar, não tem como a União garantir.” (fl. 588).

O Ministro Massami Uyeda também adotou como premissa que a matéria não tem vinculação com o FCVS e não há prejuízo - sequer remoto - para a União Federal (fl. 590).

Penso, portanto, data maxima vênia, que o acórdão embargado padece de contradição e obscuridade, na medida em que consta de sua fundamentação que o FESA é uma subconta do FCVS e que, no caso de insuficiência de recursos do FESA, o FCVS “transferirá à sociedade seguradora o valor integral

das indenizações devidas e não pagas”, mas, por outro lado, a premissa central adotada para negar provimento aos recursos foi a absoluta impossibilidade, mesmo remota, de que o FCVS possa vir a ser afetado pelo julgamento da causa.

Cumpra, pois, analisar a questão concernente à relação entre o contrato de seguro em exame e o FCVS, mérito do recurso especial repetitivo.

Delimitação da causa: diferença entre contratos de mútuo cujo saldo devedor é garantido pelo FCVS e contratos não garantidos pelo FCVS, mas vinculados à apólice pública de seguro (SH/SFH - FESA - FCVS).

Cumpra, inicialmente, estabelecer algumas distinções conceituais indispensáveis à compreensão da controvérsia e, sobretudo, à sua distinção de outras matérias já pacificadas por antiga e torrencial jurisprudência do STJ.

É por demais sabido que, no Sistema Financeiro da Habitação, há contratos de mútuo cuja *cobertura do saldo devedor* é garantida pelo FCVS, com base no art. 2º, *inciso II*, do Decreto-Lei n. 2.406/1988, na redação dada pela Lei n. 7.682/1988. Os litígios referentes a tais contratos de mútuo são da competência da 1ª Seção do STJ.

Quando o saldo devedor não possui cobertura do FCVS, a competência para julgar os litígios concernentes a esses contratos é da 2ª Seção do STJ.

Esta classificação dos contratos de mútuo do SFH como garantidos ou não pelo FCVS diz respeito à cobertura do saldo devedor do contrato e não à apólice de seguro a ele adjeto.

O acórdão embargado baseou-se em sólida jurisprudência do STJ relativa a contratos cujo saldo devedor não é garantido pelo FCVS. Estes não justificam a participação da CEF na lide (salvo quando ela é o próprio agente financeiro) e nem a competência da Justiça Federal. No âmbito do STJ, como já dito, são da competência da 2ª Seção.

O contrato de mútuo ao qual é vinculado o contrato de seguro em discussão não consta dos autos. A inicial sequer esclarece se ele conta ou não com garantia de cobertura do saldo devedor pelo FCVS. Esta questão não integra a causa de pedir, pois não se pretende a cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS (art. 2º, *inciso II*, do Decreto-Lei n. 2.406/1988, na redação dada pela Lei n. 7.682/1988).

A causa de pedir e o pedido dizem respeito à cobertura securitária com base na apólice do Seguro Habitacional (art. 2º, *inciso I*, do Decreto-Lei n.

2.406/88, na redação dada pela Lei n. 7.682/1988). Coerentemente com esse pedido e causa de pedir, a ré é a seguradora, sequer tendo sido mencionado, na inicial, o nome do agente financeiro. O “sinistro” alegado constitui-se em “danos físicos ao imóvel”, vícios de construção, relacionados, segundo se alega, à “péssima qualidade do material empregado na construção”. Saber se tal tipo de evento é coberto pela apólice de seguro é questão de mérito que ainda não havia sido decidida, na instância de origem, quando quando interposto o agravo de instrumento no qual proferido o acórdão recorrido. O processo estava ainda na fase postulatória.

Outros tipos de sinistros poderiam ter sido alegados, tais como diversos tipos de danos ao imóvel (incêndio, explosão, alagamento) ou à pessoa do segurado (morte ou invalidez permanente). O agente financeiro poderia ser qualquer banco privado que opere no SFH e participe com estipulante de apólice de seguro habitacional.

Por este motivo, o Relator, corretamente, afastou o exame, neste recurso repetitivo, da questão relativa à possível responsabilidade do *agente financeiro* por vício de construção. A causa, aqui, foi proposta apenas contra a seguradora, e a CEF pediu sua admissão nos autos, repito, como administradora do Seguro Habitacional e não como agente financeiro.

Histórico do Seguro Habitacional

O Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, de contratação obrigatória, surgiu com a própria lei de criação do SFH, a Lei n. 4.380/1964, tendo sido atribuída ao BNH a competência para manter seguros para os mutuários do SFH (art. 17, V) e “determinar as condições em que a rede seguradora privada nacional operará nas várias modalidades de seguro” nela previstas (art. 18, IX). Seu objetivo era atender às demandas do SFH, com condições e coberturas mais abrangentes do que as oferecidas pelo mercado da época. Por força do art. 15, parágrafo único, do Decreto n. 73/1966, a garantia das operações do SFH que não encontravam cobertura no mercado poderia ser atribuída ao BNH.

Em 1970 foi pela primeira vez instituída a Apólice Única, com os riscos assumidos por um consórcio com participação majoritária do governo, por meio do Instituto de Resseguros do Brasil e do BNH. A inflação no período das décadas de setenta e oitenta causou o desequilíbrio da apólice do SH/SFH.

Com a extinção do BNH em 1986, o IRB criou, em janeiro de 1987, o Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de Seguros do Sistema

Financeiro da Habitação - FESA, constituído pelos eventuais superávits gerados pelo Seguro Habitacional/SFH, cabendo às seguradoras uma fração fixa dos prêmios arrecadados, a título de custeio administrativo de seus serviços.

Em 1988, a Apólice Pública passou a ser garantida pelo FCVS, nos termos da Lei n. 7.682/1988 (um dos fundamentos do recurso especial), à qual deu nova redação ao Decreto-Lei n. 2.406/1988, nesses termos (redação anterior à MP n. 478/2009):

Art. 1º O Decreto-Lei n. 2.406, de 5 de janeiro de 1988, passa a vigorar com as seguintes modificações:

Art. 2º O FCVS será estruturado por decreto e seus recursos destinam-se a:

I - *garantir o equilíbrio da Apólice do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação permanentemente e a nível nacional;*

II - *quitar, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores remanescentes de contratos de financiamento habitacional, firmados com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação.*

Parágrafo único. A execução orçamentária e financeira do Fundo de Compensação e Variações Salariais - FCVS observará as disposições legais e regulamentares aplicáveis aos fundos da administração direta.

Art. 6º Os recursos do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) deverão ser aplicados em operações com prazo compatível com as exigibilidades do fundo e com taxas de remuneração de mercado, sendo constituídos pelas seguintes fontes:

I - *contribuição dos adquirentes de moradia própria, que venham a celebrar contratos de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), limitada a 3% (três por cento) do valor da prestação mensal e pago juntamente com ela;*

II - *contribuição trimestral dos Agentes Financeiros do SFH, limitada a 0,025% (vinte e cinco milésimos por cento), incidente sobre o saldo dos financiamentos imobiliários concedidos nas condições do SFH, existente no último dia do trimestre;*

III - *dotação orçamentária da União.*

IV - *parcela a maior correspondente ao comportamento da relação entre as indenizações pagas e os prêmios recebidos, nas operações de que trata o item I do art. 2º e*

V - *recursos de outras origens.*

Art. 2º. O Instituto de Resseguros do Brasil - IRB encaminhará ao gestor do Fundo de Compensação das Variações Salariais - FCVS, mensalmente, a

prestação de contas e, sempre que solicitado, as informações pertinentes ao comportamento da relação entre as indenizações pagas e os prêmios recebidos em operações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação.

De 1988 a 2000, o Seguro Habitacional permaneceu garantido pelo FCVS e sob a gestão do IRB.

Com a privatização do IRB, foram transferidas para a CEF as atividades administrativas e os recursos do Seguro Habitacional. A Portaria n. 243-MF, de 28.7.2000, estabeleceu o modelo vigente do SH/SFH. Segundo este modelo, os agentes financeiros recolhem mensalmente os prêmios dos mutuários, deduzem seu próprio percentual de remuneração (1,6%), repassam o saldo às seguradoras no primeiro dia útil subsequente ao mês de competência dos prêmios (art. 9º). O valor desses prêmios deverá ser utilizado pela seguradora para pagamento de sinistros a ser efetuado no segundo mês subsequente ao de referência (art. 10). Havendo superávit (prêmios em valor superior à soma dos sinistros com o valor das remunerações dos agentes financeiros e das seguradoras), deverá ser repassado pelas seguradoras à CEF (art. 11), que processará o ajuste final do movimento operacional, creditando à conta do FESA/FCVS o superávit da apólice se houver, após a recomposição do saldo da reserva técnica (art. 13, § 1º). Não sendo o valor dos prêmios suficiente para pagamento dos sinistros do período, a seguradora solicitará à CEF a complementação, o que será atendido, observada a seguinte ordem: recursos da conta movimento, recursos da reserva técnica e, por fim, recursos do FCVS (art. 12, §§ 2º e 3º).

A Portaria n. 243 é mera regulamentação do disposto no Decreto-Lei n. 2.406/1988, com a redação dada pela Lei n. 7.682/1988, segundo o qual o FCVS tem como uma de suas fontes de recurso o superávit do seguro habitacional do SFH e, por outro lado, garante os déficits do sistema (arts. 2º, I e 6º, IV, acima transcritos).

A generalidade dos contratos de mútuo celebrados no âmbito do SFH era vinculada à apólice pública do SFH, de contratação obrigatória.

A partir da edição da MP n. 1.671/1998 (reeditada como MP n. 2.197-43, de 24.8.2001 e revogada pela MP n. 478/2009), passou a ser admitida a cobertura securitária no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação tanto pela Apólice Pública, quanto por apólices de mercado, desvinculadas do SH/SFH, por força do art. 2º, assim redigido:

Art. 2º. Os agentes financeiros do SFH poderão contratar financiamentos onde a cobertura securitária dar-se-á em apólice diferente do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, desde que a operação preveja,

obrigatoriamente, no mínimo, a cobertura relativa aos riscos de morte e invalidez permanente.

Esclarece a União, em sua manifestação de fl. 670-760, que o seguro habitacional vinculado a apólice de mercado integra, na denominação da Susep, o “*Ramo 68*”. Por outro lado, a apólice do Seguro Habitacional do SFH, a única possível no SFH até a edição da MP n. 1.671/1998, compreende o “*Ramo 66*”.

A MP n. 478, de 29.12.2009, proibiu, para novas operações de financiamento ou para operações já firmadas em apólice de mercado, a contratação de Apólice Pública (SH/SFH). A responsabilidade pelas obrigações decorrentes das apólices em vigor foi transferida diretamente ao FCVS, tendo a CEF/União assumido o patrocínio das ações nas quais a seguradora figurava no polo passivo. Entre as fontes de recursos do FCVS, passou a ser arrolada também a “recuperação de valores decorrentes de ações judiciais e importâncias relativas a prêmios e a glosas remanescentes do SH/SFH (...)” (Decreto-Lei n. 2.406/1988, art. 6º, VI, com a redação da MP n. 478/2009). O prazo de vigência da referida medida provisória foi encerrado em 1.6.2010, conforme Ato Declaratório do Presidente do Congresso Nacional n. 18/2010.

Em 26.11.2010 foi editada a MP n. 513, recentemente convertida na Lei n. 12.409/2011 (DOU 26.5.2011), reafirmando a extinção da Apólice do SH/SFH; autorizando o FCVS, administrado pela CEF, a assumir todos os direitos e obrigações do extinto SH/SFH, oferecendo cobertura direta aos contratos de financiamento averbados na extinta Apólice do SH/SFH. Os contratos de financiamento atualmente celebrados contam com apólices de seguro privadas, sem a possibilidade de cobertura por apólice pública.

No período entre a edição da MP n. 1.671/1998 até a MP n. 478/2009, foi, todavia, admitida a cobertura securitária de financiamentos firmados no âmbito do SFH tanto pela Apólice Pública, quanto por apólices de mercado (Apólices Privadas).

Apólice Pública e Apólices Privadas

Dentre as características da Apólice Pública, não mais ofertada, havendo apenas a manutenção das já existentes, a cargo do FCVS, destaco:

- I) atualização monetária automática da importância segurada;
- II) inexistência de carência para os riscos de danos pessoais;

- III) inexigibilidade de exame médico prévio ou declaração de saúde;
- IV) limite de idade mais prazo equivalente a 80 anos e 6 meses;
- V) amplitude dos riscos cobertos em DFI;
- VI) custo da recuperação do imóvel não limitado à importância segurada;

Era possível decidir, a partir de 1998 e até a extinção de tal forma de contratação em dezembro de 2009, se a apólice a ser estipulada, em cada contrato de mútuo, seria pública ou privada. A Apólice Pública é linear; os mutuários/segurados mais novos pagam a mesma importância que os mais velhos.

Na Apólice Pública (SH/SFH), o FCVS é o responsável pela garantia da apólice e a CEF atua como administradora do SH/SFH, efetuando, juntamente com as seguradoras, o controle dos prêmios emitidos e recebidos, bem como das indenizações pagas. O eventual superávit dos prêmios é fonte de receita do FCVS; em contrapartida, possível déficit será coberto com recursos do referido Fundo; seu regime jurídico é de direito público.

Na Apólice Privada, o risco da cobertura securitária é da própria seguradora e a atuação da Caixa, agente financeiro, é restrita à condição de estipulante na relação securitária, como beneficiária da garantia do mútuo que concedeu; o regime jurídico é próprio dos seguros de natureza privada.

Corroborando as conclusões acima, transcrevo do relatório do acórdão plenário do TCU no processo TC - 003.010/2003- 5 (Acórdão n. 1.924/2004 - TCU - Plenário, relator o Ministro Marcos Vileça), as características do Seguro Habitacional do SFH:

(...) Características

O Seguro Habitacional do SFH possui tantas peculiaridades que pode ser classificado como um ramo *sui generis* do mercado securitário, havendo até mesmo correntes que defendam não se tratar de seguro no sentido estrito.

As operações, coberturas e garantias do Seguro Habitacional do SFH são disciplinadas em uma Apólice Única, instituída pela primeira vez em 1º de junho de 1970, dispondo sobre as condições e rotinas aplicáveis a todo contrato de seguro no âmbito do SFH. A Apólice Única atualmente vigente foi instituída pela Circular Susep n. 111, de 3 de dezembro de 1999, e oferece as seguintes coberturas:

Morte ou Invalidez Permanente - MIP: o mutuário tem a sua dívida quitada pelo Seguro junto ao agente financiador em caso de morte ou invalidez

permanente; constitui espécie inovadora à época do surgimento do Seguro e era essencial ao equilíbrio do SFH ao proteger tanto o mutuário como o agente financiador.

Danos Físicos ao Imóvel - DFI: o mutuário tem o seu imóvel recuperado em casos de danos causados por eventos cobertos pelo seguro. Ressalte-se que, nesse tipo de sinistro, a cobertura também beneficia o agente financiador ao recuperar o imóvel - que é a garantia hipotecária do financiamento - e mantê-lo preservado e com preços de mercado.

Responsabilidade Civil do Construtor - RCC: segura o construtor por danos pessoais ou materiais causados a terceiros durante a construção. Tem sinistralidade baixíssima.

O SH possui várias particularidades, tanto operacionais como relacionadas às coberturas ou às garantias oferecidas. Muitas, inicialmente rejeitadas pelo mercado segurador, mostraram-se eficientes ao longo do tempo e foram absorvidas pelo próprio mercado, como, por exemplo, a inexistência de carência para o início das coberturas. Outras, como a não realização de exames médicos no mutuário previamente ao contrato, ou a recuperação do imóvel em casos de sinistros de DFI mesmo que a valores superiores ao valor segurado, permanecem incomuns ao mercado segurador.

Entre as demais peculiaridades do SH, destacamos aquelas que consideramos essenciais à compreensão da atual situação do seguro: as importâncias seguradas são reajustadas pela correção monetária, o que nem sempre acontece com os valores dos prêmios, vinculados aos reajustes das prestações do financiamento: e o pagamento do prêmio à seguradora é de responsabilidade do agente financeiro, independentemente do recolhimento de seu valor junto ao mutuário.

Entretanto, a principal peculiaridade do Seguro Habitacional é que as Sociedades Seguradoras que nele operam não participam dos riscos relacionados às suas atividades, em virtude da garantia a ele oferecida por um fundo público, atualmente o Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS.

No modelo vigente, as Sociedade Seguradoras não constituem ou administram Reservas Técnicas - recursos destinados a socorrer eventuais desvios no comportamento dos riscos - para as quais seriam transferidos os riscos a que estão sujeitos os segurados, e os riscos das Seguradoras são substituídos por uma remuneração proporcional à arrecadação dos prêmios, independentemente da sinistralidade do seguro. A Reserva Técnica do Seguro Habitacional é atualmente administrada pela Caixa e garantida pelo FCVS, para o qual são transferidos os riscos das operações do SH.

Outra característica atual do Seguro Habitacional, também decorrente da garantia oferecida pelo FCVS, é a inexistência do resseguro e do cosseguro, uma vez que não há riscos a serem transferido ou compartilhados pelas Sociedades Seguradoras. (grifos não constantes do original).

Os riscos para o patrimônio público (FCVS) da convivência entre essas duas modalidades de apólices, de 1998 até 2009, quando houve a proibição de novas contratações de apólice pública foi bem demonstrado no voto do Ministro Marcos Vilaça, nesses termos:

8. A medida de risco pode ser obtida pela comparação entre a performance do SH e das apólices privadas. Enquanto estas apresentam índice de sinistralidade, ou seja relação entre o valor das indenizações pagas e total dos prêmios recebidos, em torno de 30% o SH apresenta índice de 70 a 80%. A diferença é absurda, mesmo descontadas as peculiaridades técnicas do SH.

9. Cumpre notar que não se deve esperar que o SH tenha uma performance idêntica à carteira privada pois suas regras são bem mais liberais que a dos seguros privados. No SH admite-se a contratação sem prazo de carência, não se exige exame médico ou declaração de saúde dos segurados, permite-se a cobertura de pessoas cuja idade somada ao prazo de amortização do empréstimo seja de até oitenta anos e recupera-se totalmente o imóvel danificado, ainda que o custo de recuperação seja superior ao valor segurado. Essas características contrariam a lógica do mercado securitário e contribuem para uma pior performance do SH, mas não são suficientes para explicar a enorme distância que o separa do desempenho de seu equivalente privado. Os diferentes índices de sinistralidade observados no ramo público e no privado do seguro habitacional só pode ser explicado devido à existência de fraude e à falta de controles adequados na esfera pública.

10. A baixa seletividade na escolha dos segurados pelo SH em comparação com as apólices privadas possibilita, ainda, a aparição do fenômeno da “seleção adversa”. *A seleção adversa ocorre quando as características da apólice fazem com que apenas os consumidores mais propensos a acionar o seguro venham a contratá-lo. Esse acaba sendo o caso do SH, que possui uma apólice de alíquota, em média, mais alta que a privada, mas que apresenta baixa seletividade na escolha dos segurados. Assim, apenas os segurados de alto risco, cujo custo da apólice privada exceda o da pública, ou mesmo aqueles rejeitados pelo mercado privado, exatamente pelo risco envolvido, se verão motivados a contratar com o SH.*

11. Como resultado, aumenta a chance de rápida degradação da massa segurada, projetando um cenário futuro de crescentes déficits para o SH que será, ao final, suportado pelo Erário. O índice de sinistralidade verificado atualmente, mesmo alto, próximo de 80%, ainda permite que o seguro seja superavitário, mas este quadro não seria capaz de se manter na hipótese de degradação da massa segurada.

12. Importante observar que a baixa seletividade adotada pelo SH não pode ser entendida como uma política de benefício social, vez que contemplaria uma classe de segurados que, de outra forma, estaria alijada do mercado. Eventuais elevações do índice de sinistralidade motivados por esta baixa seletividade

conduziriam, inevitavelmente, a uma necessidade de majoração excessiva dos prêmios, acabando por onerar todos os segurados. O princípio de um seguro saudável é a diluição de riscos sobre uma massa heterogênea de segurados, hipótese pouco provável no caso do SH, principalmente diante da competição entre apólices públicas e privadas.

13. Apesar da coexistência entre as duas modalidades de apólice, pública e privada, poder levar a graves desequilíbrios futuros para o SH, não há como negar que esta foi a vontade expressa pelo legislador ao editar a Medida Provisória n. 1.671/1998 atual Medida Provisória n. 2.197-43, de 24.8.2001, ainda vigente. O art. 2º dessa Medida Provisória prevê a possibilidade de contratação de seguro por meio do SH/SFH ou fora dele. Não procede portanto, nesse particular, o entendimento manifestado pela equipe de auditoria, pelo qual, diante dessas novas regras, havia-se estabelecido condição resolutiva, prevista no art. 15 do Decreto-Lei n. 73/1966, que determinaria a descontinuidade de operações no âmbito do SH/SFH.

14. Assim, como a convivência dos dois sistemas emerge de vontade política, o único encaminhamento possível é noticiar ao Legislativo os fatos apurados nesta auditoria, alertando-o dos riscos envolvidos na manutenção do atual cenário e de suas eventuais consequências futuras.

(...)

17. Volto a ressaltar que o alto índice de sinistralidade do SH só encontra explicação na deficiência dos controles existentes que cria um ambiente propício para a perpetração de fraudes. É a raiz desse descontrole reside na irrazoabilidade na distribuição de responsabilidade entre os diversos agentes envolvidos na operacionalização do SH.

18. As seguradoras, que são incumbidas da regulação dos sinistros, não respondem financeiramente pelos eventos, não havendo, de sua parte, nenhum risco no negócio. Como não são afetadas por eventuais fraudes ou irregularidades, não há incentivos para que sua atividade seja exercida com diligência e presteza. Se não há incentivos, pode haver punições, caso detectada alguma irregularidade. Essas punições estão à cargo da Susep que tem a atribuição de fiscalizar as seguradoras. Ocorre que essa fiscalização ainda é incipiente e apresenta falhas.

(...)

20. Entre todos os agentes envolvidos na operação do SH, a Caixa Econômica Federal - Caixa ocupa o papel mais relevante desde o ano de 2000, quando começou a responder pelas atividades administrativas e pela gestão dos recursos do SH. Em termos gerenciais, a Caixa herdou um sistema insuficiente e ineficiente, o que torna obrigatória a adoção de diversas medidas saneadoras. Nesse contexto, assumem enorme relevo as determinações sugeridas nos itens "a.1" a "a.10" da proposta de encaminhamento do relatório de auditoria, às quais manifesto minha total anuência.

21. Entre as medidas propostas, assume importância a determinação para assunção, por parte da Caixa, da defesa do SH em todas as ações judiciais que se encontram em curso. A maioria dessas ações estão sendo conduzidas sem que figure, em um de seus pólos, agente identificado com a defesa do interesse público, o que possibilita a ocorrência de fraudes. Daí a necessidade, premente, que a entidade, venha a ocupar essa posição em todas as ações. (grifos não constantes do original).

Por este motivo, constou da conclusão do Acórdão n. 1.924/2004 - TCU, dentre outras, a recomendação dirigida a CEF de que atuasse em defesa do SH/SFH nas ações judiciais.

Neste ponto, anoto que a CEF reconhece que não vinha atuando em defesa do SH/SFH nas causas em tramitação em juízo (comportamento corroborado pelas várias petições de sua lavra juntadas ao REsp 1.091.263-SC pela recorrida), postura que mudou a partir da recomendação do TCU, do que é exemplo seu veemente pedido de intervenção nos presentes autos, formulado ainda na fase postulatória.

Ressalte-se, ainda, que as conclusões aqui expostas foram determinantes para a própria edição da MP n. 478/2009, que, em sua exposição de motivos, assim dispôs:

(...) 8. Outro relevante problema diz respeito às fragilidades existentes na defesa judicial em lides envolvendo mutuários e ex-mutuários do SFH. Atualmente, a defesa do SH/SFH é realizada pelas seguradoras, que figuram como rés nas ações judiciais. Estas, conforme já expomos, por serem meras prestadoras de serviço no âmbito do Seguro, não são afetadas pelas decisões judiciais.

8.1. Apesar de o FCVS, na forma estabelecida em Lei, prestar garantia ao equilíbrio da Apólice, diversos julgados na esfera estadual não reconhecem o legítimo interesse da União para integrar as lides, seja por intermédio da Caixa, na qualidade de Administradora do FCVS, seja pela participação da Advocacia-Geral.

8.2. As dificuldades para representação judicial pelo ente público implicaram em fragilidade da defesa ao longo do tempo, permitindo a proliferação em vários Estados de escritórios de advogados especializados em litigar ações milionárias contra o Seguro. Tal fato foi inclusive denunciado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, por meio do Acórdão nº 1924/2004. Nessas ações, o SH/SFH vem sendo condenado a pagar danos não previstos na Apólice até sobre imóveis que não possuem ou nunca possuíram previsão de cobertura, o que confirma o agravamento do risco bilionário para os cofres do Tesouro Nacional. O número de ações já ultrapassa a 11.000 (...) (Brasília, 1º.12.2009).

Síntese

Em síntese, a eventual circunstância de o contrato de mútuo habitacional não ter a cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS (mútuo não garantido pelo FCVS, na forma do art. 2º, *inciso II*, do Decreto-Lei n. 2.406/1988, redação anterior à MP n. 478/2009; competência interna para julgar as questões relativas ao mútuo da 2ª Seção) não impede que, em relação a ele, tenha sido estipulada a Apólice Pública de Seguro Habitacional (art. 2º, *inciso I*, do Decreto-Lei n. 2.406/1988), o que, aliás, era a regra no SFH até 1998.

No caso de Apólice Pública, hoje extinta, a cobertura securitária é atualmente de responsabilidade direta do FCVS, por força do disposto no art. 1º, inciso II, da Lei n. 12.409/2011, assim redigido:

Art. 1º - Fica o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS autorizado, na forma disciplinada em ato do Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais - CCFCVS, a:

I - assumir os direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - SH/SFH, que contava com garantia de equilíbrio permanente e em nível nacional do Fundo em 31 de dezembro de 2009;

II - oferecer cobertura direta aos contratos de financiamento habitacional averbados na extinta Apólice do SH/SFH; e

III - remunerar a Caixa Econômica Federal, na qualidade de Administradora do FCVS, pelas atribuições decorrentes do disposto neste artigo;

Parágrafo único. A cobertura direta de que trata o inciso II poderá cobrir:

I - o saldo devedor de financiamento habitacional, em caso de morte ou invalidez permanente do mutuário; e

II - as despesas relacionadas à cobertura de danos físicos ao imóvel e à responsabilidade civil do construtor.

Assim, atualmente, o FCVS não apenas continua a responder pelos riscos da apólice (como ocorre desde a edição do Decreto-Lei n. 2.476/1988 e da Lei n. 7.682/1988), mas também passa a exercer o papel administrativo antes desempenhado pelas seguradoras privadas, antigas prestadoras de serviços do SH/SFH. Em caso de sinistro em contrato celebrado no âmbito da extinta apólice do SH/SFH, a cobertura haverá de ser deferida ou negada diretamente pelo FCVS, sem a intermediação das seguradoras.

Caso dos autos

Os contratos de mútuo ao qual vinculados os contratos de seguro em exame não constam dos presentes autos.

Igualmente não constam dos autos os contratos de seguro e respectivas apólices. O pedido de intervenção da CEF foi feito na qualidade de administradora do SH/SFH, na pressuposição de que se tratava de apólice pública (fls. 62-68). A decisão de primeiro grau agravada, em face das alegações da CEF, limitou-se a determinar a remessa dos autos à Justiça Federal, onde seria deferida ou indeferida a intervenção (fl. 71). As razões de agravo de instrumento também têm por premissa a circunstância de cuidar-se de apólice do SH/SFH, mantida com recursos de prêmios compreendidos no sistema FESA/FCVS. O acórdão recorrido, sem alterar esta premissa, entendeu que não havia possibilidade de comprometimento de recursos do FCVS a justificar a intervenção da CEF e a competência da Justiça Federal.

A questão federal - existência ou não de cobertura dos riscos da apólice do SH/SFH pelo FCVS, representado pela CEF - está devidamente prequestionada no acórdão recorrido, o que, se adotada a premissa imperante desde o pedido de intervenção da CEF, levaria ao conhecimento e integral provimento do recurso especial, para admitir a sua intervenção como assistente, com a remessa dos autos à Justiça Federal.

Ocorre que a União Federal e a CEF agora, na fase de embargos de declaração, esclarecem que *uma das apólices de seguro em causa, relativa ao autor Darci Hildebrando de Souza, é privada*; foi contratada no mercado, pertencendo ao *Ramo 68*, de modo que, no caso específico desta apólice, realmente não há comprometimento de recursos do FESA/FCVS. Eventual condenação deverá onerar apenas o patrimônio da seguradora privada, sem repercussão no FCVS. Assim, o dispositivo do acórdão embargado em relação a Darci Hildebrando de Souza não merece reforma, pois, não havendo possibilidade de comprometimento de recursos do FCVS, não tem a CEF e nem a União interesse jurídico para intervir na condição de assistente e nem se justifica a remessa dos autos para a Justiça Federal.

Quanto aos demais autores (Alda Pereira Passos, Maria Cristina Lourenço, José Saul Lima Silva, José Domingues Meira de Córdova, Assis de Souza e Ângelo Pinto de Souza) cujos contratos de seguro estavam vinculados à Apólice Pública, Ramo 66, merece provimento o recurso especial. Isto porque, como visto, eventual sentença condenatória será cumprida com recursos do FESA/FCVS, sem repercussão real no patrimônio da seguradora privada ré na ação, mera prestadora de serviços do sistema de seguro habitacional do SFH. Mesmo que a execução se volte apenas contra a seguradora ré (signatária do contrato de

seguro), há vínculo jurídico entre esta e o FESA/FCVS, gerido pela CEF, que obrigará o repasse dos recursos do Fundo à seguradora, o que ampara o pedido de assistência simples (CPC, art. 50, caput e parágrafo único).

A presente conclusão no sentido da existência de interesse jurídico da CEF, na condição de gestora do FESA/FCVS, não leva os processos ajuizados antes da MP n. 513, convertida na Lei n. 12.409/2011, à estaca zero, como alegado em vários memoriais distribuídos pela parte recorrida e por outros interessados em processos análogos. Isto porque ela foi admitida como assistente simples, recebendo o processo no estado em que se encontrava quando formulou o pedido (CPC, art. 50, parágrafo único). A ré é a seguradora contratada, mas a CEF tem interesse em intervir como assistente simples, na medida em que obrigada, *pela legislação em vigor desde 1988*, a assumir os riscos da apólice, repassando à seguradora os recursos do FESA para a cobertura, valendo-se até mesmo de recursos orçamentários da União, se necessário.

A circunstância de o FESA ser constituído do valor dos prêmios recolhidos dos segurados não desnatura sua condição de Fundo público, subconta do FCVS. Aliás, o próprio FCVS também tem como fonte de recursos a contribuição dos mutuários e das instituições financeiras, além de dotação orçamentária da União Federal. Os recursos orçamentários da União respondem pelo déficit do FESA (riscos do seguro), na medida em que se trata de subconta do FCVS.

Da forma semelhante, anoto que o FGTS também é fundo integrado por contribuições privadas (empregadores, mediante desconto na folha salarial) e garantido pelo Tesouro Nacional, sendo operado e representado em juízo pela CEF, perante a Justiça Federal, conforme jurisprudência pacífica deste Tribunal (Lei n. 8.036/1990).

O provimento do recurso especial no tocante a estes seis autores se dá para o efeito de determinar, às suas expensas, o desmembramento dos autos na origem, com a remessa para a Justiça Federal, anulando-se todos os atos decisórios proferidos *após o pedido* de intervenção da CEF na qualidade de assistente simples.

Permanece o processo em sua tramitação normal no Tribunal de origem em relação ao autor Darci Hildebrando de Souza.

A tese adotada para os efeitos próprios do art. 543-C do CPC há de ser esclarecida, para que conste do acórdão embargado e respectiva ementa o seguinte teor:

“Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro *privado*, *apólice de mercado*, *Ramo 68*, adjeto a contrato de mútuo habitacional, por

envolver discussão entre a seguradora e o mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), não existe interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Ao contrário, sendo a *apólice pública*, do *Ramo 66*, garantida pelo FCVS, existe interesse jurídico a amparar o pedido de intervenção da CEF, na forma do art. 50, do CPC, e remessa dos autos para a Justiça Federal.”

Em face do exposto, *acolho* os embargos de declaração com efeitos modificativos para:

- fazer integrar os esclarecimentos acima à tese adotada para os efeitos do art. 543-C do CPC;

- dar provimento parcial ao recurso especial para, no tocante aos autores Alda Pereira Passos, Maria Cristina Lourenço, José Saul Lima Silva, José Domingues Meira de Córdova, Assis de Souza e Ângelo Pinto de Souza, determinar, às suas expensas, o desmembramento dos autos na origem, com a remessa para a Justiça Federal, anulando-se todos os atos decisórios proferidos após o pedido de intervenção da CEF na qualidade de assistente simples. Nego provimento ao recurso especial em relação ao autor Darci Hildebrando de Souza.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.023.053-RS (2008/0011464-0)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Adalberto de Quadros Berclaz e outros

Advogado: Marcelo Muller de Almeida e outro(s)

Recorrido: Fundação Banrisul de Seguridade Social

Advogada: Lara Corrêa Sabino Bresciani e outro(s)

Interessada: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - Abrapp - “Amicus Curiae”

Advogado: Thiago de Carvalho Migliato

EMENTA

Recurso especial. Previdência privada. Competência. Justiça Estadual. Auxílio cesta-alimentação. Convenção coletiva de trabalho. Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Complementação de aposentadoria indevida.

1. Compete à Justiça Estadual processar e julgar litígios instaurados entre entidade de previdência privada e participante de seu plano de benefícios. Precedentes.

2. O auxílio cesta-alimentação estabelecido em acordo ou convenção coletiva de trabalho, com amparo na Lei n. 6.321/1976 (Programa de Alimentação do Trabalhador), apenas para os empregados em atividade, não tem natureza salarial, tendo sido concebido com o escopo de ressarcir o empregado das despesas com a alimentação destinada a suprir as necessidades nutricionais da jornada de trabalho. Sua natureza não se altera, mesmo na hipótese de ser fornecido mediante tíquetes, cartões eletrônicos ou similares, não se incorporando, pois, aos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade de previdência privada (Lei n. 7.418/1985, Decreto n. 5/1991 e Portaria n. 3/2002).

3. A inclusão do auxílio cesta-alimentação nos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada encontra vedação expressa no art. 3º, da Lei Complementar n. 108/2001, restrição que decorre do caráter variável da fixação desse tipo de verba, não incluída previamente no cálculo do valor de contribuição para o plano de custeio da entidade, inviabilizando a manutenção de equilíbrio financeiro e atuarial do correspondente plano de benefícios exigido pela legislação de regência (Constituição, art. 202 e Leis Complementares n. 108 e 109, ambas de 2001).

4. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Em questão de ordem, foi indeferida a participação de “amicus curiae”, por não se tratar de recurso repetitivo.

No mérito, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Sustentaram, oralmente, os Drs. Gustavo Cam'marano Coimbra, pelo recorrente Adalberto de Quadros Berclaz e Adacir dos Reis, pela recorrida Fundação Banrisul de Seguridade Social.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 16.12.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por Adalberto de Quadros Berclaz e outros, com base nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão da 6ª Câmara Cível - Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que julgou improcedente pedido de inclusão, em proventos de complementação de aposentadoria pagos pela Fundação Banrisul de Seguridade Social, da parcela denominada "auxílio cesta-alimentação" concedida aos empregados em atividade do patrocinador da referida entidade fechada de previdência privada.

O acórdão impugnado considerou competente a Justiça Comum para processar e julgar o feito por se tratar de litígio de natureza civil, instaurado entre entidade fechada de previdência privada e participante de seu plano de benefícios. No mérito, entendeu-se que o auxílio cesta-alimentação tem natureza indenizatória porque foi instituído em convenção coletiva de trabalho exclusivamente para trabalhadores da ativa, motivo pelo qual não deve o benefício ser estendido aos proventos de complementação de aposentadoria dos inativos.

Sustenta o recorrente que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 3º, da Lei n. 6.321/1976 e encontra-se em divergência com o entendimento consolidado por ambas as turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal,

segundo o qual o auxílio cesta-alimentação, por não ser pago *in natura*, tem natureza salarial e deve integrar a complementação de aposentadoria, em atenção ao princípio da isonomia.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento parcial do recurso (fls. 1.478-1.481).

Mediante a petição de fls. 1.538-1.565, requer a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC sua admissão na lide, “na qualidade de interveniente”, nos termos do art. 5º, da Lei n. 9.469/1997.

Postulam, também, ingresso na lide, na condição de *amicus curiae*, as seguintes entidades: Associação Brasileira das Entidades de Previdência Privada - ABRAPP (fls. 1.514-1.526), União Brasileira dos Servidores Postais e Telegráficos - UBSPT (fls. 1.568-1.665), Associações dos Funcionários Aposentados e Pensionistas do Banco do Brasil nos Estados do Rio Grande do Sul, Espírito Santo e Mato Grosso (fls. 1.669-1.725), Associação Brasileira do Consumidor - ABRACON (fls. 1.783-1.800), Federação das Associações de Aposentados e Pensionistas do Banco do Brasil - FAABB (fls. 1.803-1.835) e Associação dos Antigos Funcionários do Banco do Brasil - AAFBB (fls. 1.836-1.888).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Anoto, inicialmente, que, mediante a decisão de fls. 1.484-1.487, dei provimento ao recurso especial para determinar a inclusão nos proventos de aposentadoria dos ora recorrentes de valores pagos a título de auxílio cesta-alimentação, nos termos da orientação consolidada por ambas as turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal, segundo a qual o fornecimento de tíquetes ou cartão eletrônico não configura o pagamento *in natura* mencionado na Lei n. 6.321/1976, que instituiu o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT e no Decreto n. 5/1991, que regulamentou o benefício.

Ocorre, porém, que, diante dos argumentos apresentados pela Fundação Banrisul em seu agravo regimental (fls. 1.492-1.502), no sentido de que as inovações tecnológicas conquistadas desde a instituição do PAT, há mais de 30 anos, contrapõem-se ao entendimento de que apenas o fornecimento de alimentação *in natura* atende às exigências do referido programa e, considerando

ainda, que a jurisprudência consolidada encontra-se baseada em precedente da década de 1990 (REsp n. 112.209-RS), reconsiderarei a decisão agravada regimentalmente para melhor exame da questão à luz do panorama de fato e de direito atual (fls. 1.528-1.529).

II

Na referida decisão, acolhi o pedido de inclusão da Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada - ABRAPP, na condição de *amicus curiae*, tendo em vista precedentes deste Tribunal favoráveis a tal tipo de intervenção, levando em conta, sobretudo, a inexistência de prejuízo para a regular tramitação da causa.

Ocorre, porém, que a participação do *amicus curiae* é prevista no ordenamento jurídico no processo e julgamento de ações de natureza objetiva, admitindo-se essa espécie de intervenção, excepcionalmente, no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares demonstrar a generalização da decisão a ser proferida. Nesse sentido, as Leis n. 9.868/1999 (ADI e ADC), 9.882/1999 (ADPF), 10.259/2001 (RE contra decisão dos Juizados Especiais Federais); arts. 482 (incidente de inconstitucionalidade) e 543-C (recursos repetitivos), ambos do CPC. No caso em exame, todavia, não estando o presente recurso submetido ao rito dos recursos repetitivos e nem se incluindo em alguma das outras hipóteses mencionadas, não há previsão legal para a inclusão da ABRAPP na condição de *amicus curiae*.

O deferimento do pedido, no caso presente, levaria à possibilidade de participação da ABRAPP como *amicus curiae*, ao menos em tese, em todos os demais recursos em que esteja em discussão direito individual a benefício previdenciário pago por entidade fechada de previdência, o que não encontra amparo na legislação processual.

Considero pertinente ressaltar, ainda, a seguinte passagem do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, ao se manifestar sobre a figura do *amicus curiae* prevista no art. 7º, § 2º, Lei n. 9.868/1999:

É dizer, trata-se de norma excepcional que não deve ser, indiscriminadamente, utilizada, por analogia, em todos os procedimentos judiciais, ainda mais em processos que não têm caráter objetivo, hipótese dos presentes autos.

Além disso, ao que pude depreender da postulação em exame, o Sindicom está a defender o interesse econômico de seus associados, interesse privado, que não pode e não deve ser confundido com relevante interesse público a permitir o

seu ingresso na presente medida de contracautela na qualidade de *amicus curiae*, colaborador informal da Corte, auxiliar de Magistrados, amigo da Corte.

(AgRg na Suspensão de Segurança n. 3.273-9-RJ, DJ 20.6.2008)

Reconsidero, pois, a decisão de fls. 1.484-1.487 para indeferir o pedido de inclusão da ABRAPP, na condição de *amicus curiae*.

Pelo mesmo motivo de ausência de previsão legal, indefiro os pedidos de inclusão como *amicus curiae* das seguintes entidades: União Brasileira dos Servidores Postais e Telegráficos - UBSPT, Associações dos Funcionários Aposentados e Pensionistas do Banco do Brasil nos Estados do Rio Grande do Sul, Espírito Santo e Mato Grosso, Associação Brasileira do Consumidor - ABRACON, Federação das Associações de Aposentados e Pensionistas do Banco do Brasil - FAABB e Associação dos Antigos Funcionários do Banco do Brasil - AAFBB.

Acrescento que as referidas entidades representam empregados, aposentados, pensionistas e consumidores sem relação alguma com a Fundação Banrisul de Seguridade Social - entidade de previdência privada da qual os ora recorrentes pretendem obter o pagamento do auxílio cesta-alimentação.

Anoto que a falta de pertinência entre a discussão instaurada nos autos e o objeto das mencionadas associações fica evidente na afirmação, feita por três delas, de que, a despeito de não lhes incumbir debater se os aposentados do Banrisul têm ou não direito ao auxílio cesta-alimentação, pretendem “afirmar a natureza remuneratória do benefício estudado”, bem assim “as principais particularidades do instituto vindicado, seu não pagamento “in natura” e, principalmente, demonstrar a existência de previsão regulamentar em regramento previdenciário da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil que legitima seus beneficiários (associados destas Entidades, ora petionantes) a receberem o Auxílio Cesta Alimentação”, situação, portanto, peculiar dos assistidos da Previ que não está em exame no caso presente.

Diante disso, considero que a inclusão dessas sete entidades poderia retardar indefinidamente o desfecho da demanda, diante da constatação de que, em tese, todas as associações de assistidos por entidades fechadas de previdência privada poderiam pleitear o mesmo tratamento.

Em relação ao pedido da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC para ser admitida na lide, “na qualidade de interveniente”, nos termos do art. 5º, da Lei n. 9.469/1997 (fls. 1.538-1.565), entendo que também não deve ser acolhido.

E isso porque o resultado da demanda, em favor de uma ou de outra parte, não irá intervir nas atribuições da Autarquia Especial outorgadas pela Lei n. 12.154/2009, que a instituiu e na Lei Complementar n. 109/2001, de zelar pelo adequado funcionamento do sistema de previdência privado fechado brasileiro, estabelecendo parâmetros para a segurança econômico-financeira e atuarial, com a finalidade de preservar a liquidez, solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios oferecidos e o conjunto das atividades de todas as entidades de previdência complementar.

Ademais, para se acolher a intervenção da PREVIC, no caso presente, deve-se aceitar que, em todas as ações individuais em que se discuta inclusão ou exclusão de benefícios suportados por entidades fechadas de previdência privada, seria cabível a intervenção da autarquia, o que provocaria, sem base legal, a alteração da competência para a Justiça Federal, prejudicando o regular andamento das ações dessa natureza.

Sem prejuízo da manutenção nos autos das manifestações já protocoladas, indefiro, pois, todos os pedidos de inclusão de *amicus curiae* e também o de intervenção na lide deduzido pela PREVIC.

III

Tratando-se de litígio instaurado entre entidade fechada de previdência privada e participante de seu plano de benefícios, compete à Justiça Estadual processar e julgar o feito. E isso porque a causa não diz respeito ao extinto contrato de trabalho entre o autor e o patrocinador da entidade de previdência privada, mas à relação jurídica entre o beneficiário e a entidade mantenedora do plano de benefícios ao qual aderiu.

Nesse sentido, confira-se recente acórdão da 2ª Seção deste Tribunal:

Processual Civil. Embargos de divergência. Vínculo de natureza previdenciária. Auxílio cesta-alimentação. Entidade de previdência privada. Complementação de aposentadoria. Entendimento jurisprudencial firmado pela Segunda Seção do STJ. Competência da Justiça Estadual. Dissídio interpretativo notório. Embargos de divergência providos.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, em se tratando de dissídio notório, devem ser mitigadas as exigências formais concernentes ao conhecimento dos embargos de divergência.

2. "Compete à Justiça Estadual julgar ação de complementação de aposentadoria em que se objetiva o pagamento do auxílio cesta-alimentação,

por decorrer o pedido e a causa de pedir de pacto firmado com instituição de previdência privada, sob a égide do direito civil, envolvendo tão-somente de maneira indireta os aspectos da relação laboral.” (AgRg no Ag n. 1.100.033-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 14.04.2009)

3. Embargos de divergência providos.

(EAG n. 1.245.379-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 19.11.2010).

IV

É certo que a jurisprudência de ambas as turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal, baseada em antigo precedente da 3ª Turma (REsp n. 112.209-RS, DJ 3.5.1999, relator o Ministro *Eduardo Ribeiro*), anterior às Leis Complementares n. 108 e 109, ambas de 2001, consolidou-se no sentido de que o auxílio cesta-alimentação, quando pago aos empregados em atividade, deve integrar a complementação de aposentadoria dos inativos, por não se tratar de parcela *in natura*, a que se referem os art. 3º, da Lei n. 6.321/1976 e 6º do Decreto n. 5/1991. No mesmo sentido, seguiram-se diversos outros acórdãos, da 3ª e da 4ª Turma, todos baseados no mencionado precedente.

Encontrando-se, pois, configurado o dissídio jurisprudencial, conheço do recurso especial e passo a examinar o mérito.

Anoto, em primeiro lugar, que a Lei n. 6.321/1976, excepcionando a regra do art. 458, da CLT, criou o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, cujo objetivo foi definido como “a melhoria da situação nutricional dos trabalhadores, visando a promover sua saúde e prevenir as doenças profissionais.”

Para tanto, instituiu incentivo fiscal destinado a beneficiar empresas que aderissem ao PAT. Este incentivo é correspondente à dedução do dobro das despesas realizadas a esse título da base do cálculo do imposto de renda (Lei n. 6.321/1976, art. 1º), além da não incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela paga *in natura*, isto é, o fornecimento de alimentação ao empregado diretamente pela empresa (art. 3º). A interpretação desse último dispositivo resultou no entendimento jurisprudencial de que apenas o pagamento da parcela *in natura* do auxílio alimentação teria natureza indenizatória, e não salarial, motivo pelo qual somente esta parcela não integraria a complementação de aposentadoria dos empregados inativos.

A referida Lei n. 6.321/1976 atribuiu ao Ministério do Trabalho a responsabilidade de aprovar previamente os programas de alimentação que

propiciariam a concessão dos benefícios fiscais mencionados (arts. 1º e 3º). Coerente com esse objetivo, o Decreto n. 5/1991 determinou ao Ministério do Trabalho a definição, mediante portaria, de documento a ser preenchido pelas empresas beneficiárias do PAT, cuja apresentação configuraria a prévia aprovação do programa de alimentação da empresa (art. 1º, § 4º), bem como a expedição de instruções para a aplicação do programa (art. 9º).

Foi editada, então, a Portaria 3, de 1º de março de 2002, que estabeleceu os parâmetros nutricionais exigidos pelo PAT (art. 5º) e admitiu o fornecimento de “impressos, cartões eletrônicos, magnéticos ou outros oriundos de tecnologia adequada”, para aquisição ou consumo de alimentos em estabelecimentos comerciais, desde que o valor respectivo seja “suficiente para atender às exigências nutricionais do PAT” (art. 10).

Penso, portanto, que a jurisprudência formada a partir de precedente da década de noventa merece ser revista à luz dos fatos do mundo de hoje, devendo o art. 3º da Lei n. 6.321/1976 ser interpretado de forma extensiva, para compreender como despido de natureza salarial também o auxílio alimentação fornecido pelo empregador ao empregado, nos termos da regulamentação do “Programa de Alimentação do Trabalhador”, a qual expressamente prevê o seu fornecimento por meio de tíquetes, estabelecendo requisitos concernentes à pessoa jurídica fornecedora da alimentação coletiva e à prestadora de serviço de alimentação coletiva, às características e ao valor do impresso, que deve ser suficiente para atender às exigências nutricionais do PAT (arts. 10 e 12, da Portaria n. 3/2002).

Lembro, a propósito, que a 1ª Seção deste Tribunal há muito pacificou a orientação de que nas hipóteses em que a alimentação é fornecida diretamente pela empresa (*in natura*), ou o pagamento do auxílio alimentação decorre de acordo ou convenção coletiva de trabalho, não há incidência de contribuição previdenciária em razão da natureza indenizatória dessa verba, independentemente de a empresa ser beneficiária do PAT, salvo no caso de o pagamento ser feito em dinheiro, mediante crédito na conta corrente do trabalhador, confira-se:

Tributário. Embargos de divergência. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Auxílio-alimentação.

1. O pagamento *in natura* do auxílio-alimentação, vale dizer, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou

não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT ou decorra o pagamento de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

2. Ao revés, quando o auxílio alimentação é pago em dinheiro ou seu valor creditado em conta-corrente, em caráter habitual e remuneratório, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária.

3. Precedentes da Seção.

4. Embargos de divergência providos. (REsp n. 476.194-PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ 1º.8.2005).

No mesmo sentido: REsp n. 874.474-CE, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 26.10.2006; REsp n. 1.196.748-RJ, DJ 28.9.2010.

Registro que, mais recentemente, a 1ª Turma desta Corte ampliou o alcance dessa interpretação, para considerar que a circunstância de o auxílio alimentação ser pago em dinheiro, tíquete, cartão magnético, ou outro meio destinado à aquisição de alimento pelo trabalhador, não interfere no caráter indenizatório do benefício, que, portanto, não deve integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária. Com efeito, a ementa do referido acórdão encontra-se assim redigida:

Processual Civil. Recurso especial. Art. 105, III, **a**, da CF/1988. Tributário e Administrativo. Vale-alimentação. Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Contribuição previdenciária. Não-incidência.

1. O valor concedido pelo empregador a título de vale-alimentação não se sujeita à contribuição previdenciária, mesmo nas hipóteses em que o referido benefício é pago em dinheiro.

2. A exegese hodierna, consoante a jurisprudência desta Corte e da Excelsa Corte, assenta que o contribuinte é sujeito de direito, e não mais objeto de tributação.

3. O Supremo Tribunal Federal, em situação análoga, concluiu pela inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o valor pago em espécie sobre o vale-transporte do trabalhador, mercê de o benefício ostentar nítido caráter indenizatório. (STF - RE n. 478.410-SP, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2010, DJe 14.05.2010)

4. *Mutatis mutandis*, a empresa oferece o *ticket* refeição antecipadamente para que o trabalhador se alimente antes de ir ao trabalho, e não como uma base integrativa do salário, porquanto este é decorrente do vínculo laboral do trabalhador com o seu empregador, e é pago como contraprestação pelo trabalho efetivado.

5. É que: (a) "o pagamento *in natura* do auxílio-alimentação, vale dizer, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência

da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, esteja o empregador inscrito, ou não, no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, ou decorra o pagamento de acordo ou convenção coletiva de trabalho" (REsp n. 1.180.562-RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.08.2010, DJe 26.08.2010); (b) o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que pago o benefício de que se cuida em moeda, não afeta o seu caráter não salarial; (c) "o Supremo Tribunal Federal, na assentada de 10.03.2003, em caso análogo (...), concluiu que é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, já que, qualquer que seja a forma de pagamento, detém o benefício natureza indenizatória"; (d) "a remuneração para o trabalho não se confunde com o conceito de salário, seja direto (em moeda), seja indireto (*in natura*). Suas causas não são remuneratórias, ou seja, não representam contraprestações, ainda que em bens ou serviços, do trabalho, por mútuo consenso das partes. As vantagens atribuídas aos beneficiários, longe de tipificarem compensações pelo trabalho realizado, são concedidas no interesse e de acordo com as conveniências do empregador. (...) Os benefícios do trabalhador, que não correspondem a contraprestações sinalagmáticas da relação existente entre ele e a empresa não representam remuneração do trabalho, circunstância que nos reconduz à proposição, acima formulada, de que não integram a base de cálculo *in concreto* das contribuições previdenciárias". (CARRAZZA, Roque Antônio. fls. 2.583-2.585, e-STJ).

6. Recurso especial provido. (REsp n. 1.185.685-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 10.5.2011)

Anoto que a denominação "cesta-alimentação" em nada modifica a natureza do benefício, sendo certo que auxílio, vale, cesta ou qualquer outra designação que lhe seja atribuída, não altera a finalidade de proporcionar a aquisição de gêneros alimentícios pelo trabalhador, na vigência do contrato de trabalho.

Acrescento que o STF, ao apreciar caso similar de incidência de contribuição previdenciária sobre o vale-transporte, conforme mencionado na ementa acima transcrita, decidiu que o pagamento em dinheiro não retira a natureza indenizatória do benefício, que continua se destinando a ressarcir o trabalhador pelas despesas nos deslocamentos de casa para o trabalho e vice-versa. Destaco, a propósito, as seguintes passagens de alguns dos votos proferidos que afastam o caráter salarial do vale-transporte, mesmo quando pago em dinheiro (RE n. 478.410-SP, DJ 13.5.2010):

Ministro Eros Grau (Relator): Pago o benefício de que se cuida neste recurso extraordinário em vale-transporte ou em moeda, isso não afeta o caráter não salarial do benefício. Pois é certo que, a admitirmos não possa esse benefício ser pago em dinheiro sem que seu caráter seja afetado, estaríamos a relativizar o curso legal da moeda nacional.

Ministro Cezar Peluso: Estou de absoluto acordo não apenas com a fundamentação teórica do Ministro Relator, mas também com a conclusão de que o fato de a lei prever determinado instrumento para cumprimento da obrigação de pagar não altera essa obrigação e não descaracteriza a natureza do instituto. Ele continua sendo vale-transporte, seja pago mediante pedacinho de papel escrito “vale-transporte”, ou seja paga em dinheiro.

Ministra Cármen Lúcia: (...) independentemente da forma de pagar ou do meio pelo qual se dá esse pagamento, parece-me que isso não muda realmente a natureza, que é uma natureza de ressarcimento. (...) como foi posto já parece-me que pelo Relator e realçado pelo Ministro Ayres Brito, na verdade, aqui se tem uma situação em que rigorosamente não há um ganho. A lei proíbe o ganho a qualquer título. Aqui não é ganho. Aqui é recebimento de um determinado valor para que ele possa ter esse transporte sem que o seu ganho, que este sim é a contraprestação pelo trabalho, possa ser onerado, razão pela qual acompanho o relator.

Ministro Ricargo Lewandowski: Entendo que, tal como fez o Ministro Eros Grau e outros que o acompanharam, o vale-transporte, ainda que pago em dinheiro, tem natureza indenizatória, não remuneratória - aliás, o Ministro Ayres Brito já referiu esse tema-; portanto, ele não integra o salário para efeito do cálculo da contribuição previdenciária, ainda que pago habitualmente.

Ministro Ayres Brito: Acho que a Ministra Cármen Lúcia explicou bem em um aparente jogo de palavras. O vale-transporte - a ajuda ou o dinheiro em si - se destina a ressarcir despesas com transporte, e a Ministra disse-o bem: não é ganho; o vale-transporte é para desonerar o ganha; é para que o ganho habitual do trabalhador não seja comprometido com transporte - pelo menos na totalidade. Ele caracteriza um “plus”, se não estipendiário, pecuniário - digamos assim -, no caso concreto.

O auxílio alimentação foi concebido para ressarcir o empregado das despesas com a alimentação destinada a suprir as necessidades nutricionais da jornada de trabalho, motivo pelo qual tem aplicação o mesmo raciocínio desenvolvido pelo STF, de modo a atribuir a essa verba caráter indenizatório, circunstância que afasta a sua incorporação ao salário para quaisquer efeitos, como expressamente estabelece o art. 6º, do Decreto n. 5/1991, que regulamentou o PAT (Lei n. 6.321/1976), o qual, no ponto, reproduz o conteúdo da regra contida no art. 2º, da Lei n. 7.418/1985, instituidora do vale-transporte.

Ressalto, a propósito, que esse mesmo entendimento se aplica aos servidores públicos que, não obstante beneficiários de aposentadoria integral, não incorporam o auxílio alimentação aos proventos de aposentadoria, nos termos da Súmula n. 680 do STF, assim redigida:

O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.

O exame dos precedentes do referido enunciado revela que, a despeito de servidores públicos e empregados celetistas estarem sujeitos a regimes jurídicos distintos, a conclusão sumulada igualmente decorreu do entendimento de que o auxílio alimentação ter natureza indenizatória.

Anoto que o Tribunal Superior do Trabalho, com base no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição, tem reiteradamente decidido que, estando prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho a natureza indenizatória do auxílio cesta alimentação, o mencionado benefício não integra o salário e nem a complementação de aposentadoria paga por entidades de previdência privada. Neste caso, não há, no entender do TST, sequer necessidade de comprovação da inscrição do empregador junto ao PAT (cf. entre outros, o acórdão no RR n. 2154700-53.2001.5.19.0012, 3ª Turma, Rel. Min. Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 14.5.2010; E-RR n. 487827/1998.5, SDI - 1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 8.9.2006; E-A-RR n. 460550/1998.8, SDI - 1, Rel. Min. Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, DJ 22.10.2004; RR n. 3238900-51.2007.5.09.0016, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ 11.11.2011). Prestigia-se, então, a liberdade de transação de direitos inerente ao processo de negociação coletiva. Solução diversa é adotada pela Justiça do Trabalho nos casos em que o benefício derivou, inicialmente, de contrato individual de trabalho, tendo sido, em seguida, pretendida, pelo empregador, a alteração de sua natureza, em função de adesão ao PAT ou instrumento normativo posterior à incorporação do benefício ao salário. Entende o TST que a adesão do empregador ao PAT ou convenção coletiva posterior não afasta o direito de integração ao salário de benefício já incorporado (nesse sentido, entre outros, RR n. 175900.90.1995.5.01.0010, SDI - 1, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJ 19.8.2011; E-ED-RR n. 113400-81.2007.5.10.0021, SDI-1, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ 29.4.2011; E-ED-RR n. 6000.11.2008.5.02.0016, SDI - 1, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DJ 8.4.2011).

Na linha da pacífica jurisprudência do TST, portanto, a circunstância de o benefício ser pago ao empregado por força de convenção ou acordo coletivo (e não de contrato individual de trabalho), na qual prevista a sua natureza indenizatória, é suficiente para excluir a sua pretendida integração ao salário para todos os fins da legislação trabalhista (Orientação Normativa 61 do TST).

Se o auxílio cesta-alimentação estabelecido em convenção coletiva com natureza indenizatória não integra o salário sequer para os efeitos da legislação trabalhista, com maior razão ainda não deve integrar o benefício de previdência complementar a cargo das entidades de previdência privada.

Com efeito, as entidades de previdência privada não têm participação alguma na elaboração de convenções coletivas de trabalho, tampouco na concessão das parcelas indenizatórias nelas inseridas e, portanto, não foram previstas fontes de custeio para o pagamento dessas parcelas que também não foram incluídas entre os benefícios que se comprometeram a suportar (benefício contratado), motivo pelo qual a determinação para o pagamento desses valores ensejaria desequilíbrio atuarial dessas entidades, com prejuízo para a universalidade dos participantes e assistidos.

Neste ponto, anoto que o art. 202, § 2º, da CF, com a redação dada pela EC n. 20/1998, estabelece que “as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei”.

Assim, o contrato celebrado com instituição de previdência privada não integra o contrato de trabalho. Entre suas características principais, destaco as previstas no *caput* do art. 202 da Constituição, com a redação dada pela EC n. 20/1998, a saber, é complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social; facultativo; baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por lei complementar.

Dada a autonomia entre o contrato de trabalho e o contrato de previdência complementar, mesmo se eventualmente reconhecida a natureza salarial de determinada parcela não se seguirá o direito à sua inclusão nos proventos de aposentadoria complementar se não integrante do benefício contratado (CF, art. 202).

O exame da legislação específica que rege as entidades de previdência privada e suas relações com seus filiados (art. 202 da CF e suas Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001) revela que o sistema de previdência complementar brasileiro foi concebido, não para instituir a paridade de vencimentos entre empregados ativos e aposentados, mas com a finalidade de constituir reservas financeiras, a partir de contribuições de filiados e patrocinador, destinadas a assegurar o pagamento dos benefícios oferecidos e, no caso da complementação de aposentadoria, proporcionar ao trabalhador aposentado padrão de vida próximo ao que desfrutava quando em atividade, com observância, todavia, dos parâmetros atuariais estabelecidos nos planos de custeio, com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico e financeiro.

Para atender a esse objetivo, o art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108/2001, embora estabeleça que o regulamento da entidade definirá o critério de reajuste da complementação de aposentadoria, *veda* expressamente “o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de quaisquer natureza para tais benefícios”. O art. 6º, por sua vez, determina que “o custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos”.

As entidades fechadas de previdência privada têm, pois, por função administrar os recursos das contribuições dos participantes, assistidos e patrocinador, constituindo reservas financeiras aptas a garantir os pagamentos previstos nos planos de benefícios, motivo pelo qual o patrimônio decorrente da participação dos filiados e patrocinador, acumulado sob o regime de capitalização, destina-se não à livre gestão das referidas entidades, mas aos compromissos estabelecidos no plano de benefícios, o que se traduz na sua “independência patrimonial” atribuída pela LC n. 109/2001 (art. 34, I, **b**), com a precisa finalidade de conferir maior proteção ao patrimônio destinado a custear benefícios de longo prazo.

Ressalto que a 4ª Turma deste Tribunal, no recente julgamento do REsp n. 814.465-MS (DJ 24.5.2011), em que pese tenha examinado pedido diverso - isenção de contribuição pretendida por assistidos da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (Previ) - chancelou o entendimento de que o regime de previdência privada tem por finalidade a constituição de reservas financeiras destinadas aos pagamentos previstos nos planos de benefícios aos seus participantes e filiados, a quem pertence, portanto, o patrimônio acumulado, como se observa na seguinte passagem do voto do relator, Min. Luiz Felipe Salomão:

Conforme dispõe o artigo 1º da Lei Complementar n. 109/2001, o regime de previdência privada é baseado na constituição de reservas que garante o benefício. A contribuição em discussão é daquelas classificadas pela lei de regência como normais, isto é, destinada ao custeio dos benefícios previstos no plano (art. 19, I, da Lei Complementar n. 109/2001).

A constituição de reservas no regime de previdência privada complementar deve ser feita por meio de cálculos embasados em estudos de natureza atuarial, que prevejam as despesas e garantam o respectivo custeio. (A Contratualidade e a Independência Patrimonial dos Planos de Benefícios, Anais do Seminário Aspectos Fundamentais dos Fundos de Pensão, São Paulo, CEDES, 2005, p. 68)

O artigo 34 da LC n. 109/2001 deixa límpido que as entidades de previdência privada fechada apenas administram os planos, isto é, não são as detentoras de seu patrimônio, de sorte que o acolhimento da tese dos recorrentes, que é

contrária ao previsto quando aderiram ao plano, coloca em risco o custeio dos benefícios, resultando em prejuízo aos demais participantes e beneficiários, que são os verdadeiros detentores do patrimônio acumulado.

A ementa do referido julgado encontra-se assim redigida:

Previdência privada. Recurso especial. Extensão de isenção de contribuição de aposentados e pensionistas da previdência pública a beneficiários de plano de previdência privada que, desde a adesão dos participantes, previa a contribuição. Inviabilidade. Aplicação ao regime de previdência complementar do disposto no art. 1º da Lei n. 7.485/1986. Impossibilidade. Previdência pública e privada complementar. Vínculos jurídicos de natureza distinta.

1. O artigo 1º, da Lei n. 7.485/1986, restringe seu comando normativo aos “aposentados e pensionistas do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS”, daí porque incabível a pretendida isenção de contribuição para o âmbito do sistema de previdência privada.

2. Embora as regras aplicáveis ao sistema de previdência social oficial possam, eventualmente, servir como instrumento de auxílio à resolução de questões relativas à previdência privada complementar, na verdade são regimes jurídicos diversos, com regramentos específicos, tanto de nível constitucional, quanto infraconstitucional.

3. As entidades de previdência privada fechada administram os planos, mas não são as detentoras de seu patrimônio, que é constituído com o objetivo de assegurar o custeio das despesas comuns, de sorte que a indevida isenção de contribuição, em prejuízo de terceiros, é providência vedada pelo artigo 3º, VI, da Lei Complementar n. 109/2001, que impõe ao Estado proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

4. Recurso especial improvido.

Anoto que a Lei Complementar n. 109/2001, nessa mesma linha, contém diversos outros dispositivos que obrigam a fixação de critérios para garantir a solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de benefícios contratados, tudo sob a supervisão e controle do órgão de fiscalização. Confirmam-se, entre outros, os arts. 1º; 3º, III; e 7º. Especificamente, em relação às entidades fechadas, destaco o art. 18, assim redigido:

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

§ 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de

benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

§ 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Verifico, pois, que a extensão de vantagens pecuniárias ou mesmo reajustes salariais concedidos aos empregados de uma empresa ou categoria profissional, de forma direta e automática, aos proventos de complementação de aposentadoria de ex-integrantes dessa mesma empresa ou categoria profissional, independentemente de previsão de custeio para o plano de benefícios correspondente, não se compatibiliza com o princípio do mutualismo inerente ao regime fechado de previdência privada e nem com dispositivos da Constituição e da legislação complementar acima mencionada, porque enseja a transferência de reservas financeiras a parcela dos filiados, frustrando o objetivo legal de proporcionar benefícios previdenciários ao conjunto dos participantes e assistidos, a quem, de fato, pertence o patrimônio constituído.

Em um dos vários memoriais recebidos, alega-se que não se aplicam ao caso dos autos as Leis Complementares n. 108/2001 e 109/2001 (editadas em regulamentação à nova redação do art. 202 da Constituição), as quais teriam extinguido os planos de benefícios definidos, não havendo que se falar em regime de capitalização e formação de reservas individuais para pagamento de benefícios, inerentes aos planos de contribuição definida. Para os planos de benefícios definidos anteriores às referidas leis complementares, hoje extintos, deveria, argumenta-se, ser preservado o direito adquirido.

Não procede o argumento. Em primeiro lugar, porque a Lei Complementar n. 108/2001 (art. 7º, parágrafo único) expressamente prevê seja regulamentada a existência de planos de benefícios definidos. Não foi, portanto, tal tipo de plano extinto. Em segundo lugar, porque não há direito adquirido contra a Constituição. Neste ponto, anoto que o art. 5º, da EC n. 20/1998, estabelece o prazo de dois anos, a partir da publicação da Emenda, ou caso ocorra antes, da data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do art. 202 da Constituição, para a entrada em vigor da exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado (art. 202, § 3º). E o art. 6º da mesma Emenda Constitucional dispõe que “as entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas

públicas e sociedades de economia mista, deverão rever, no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos, sob pena de intervenção, sendo seus dirigentes e os de suas respectivas patrocinadoras responsáveis responsáveis civil e criminalmente pelo descumprimento do disposto neste artigo.”

Assim, vencido, de há muito, o prazo estabelecido nos arts. 5º e 6º da EC n. 20/1998 não há como se argumentar com direito adquirido a benefícios constituídos sob o regime jurídico anterior à EC n. 20/1998 e às leis complementares que regulamentaram o art. 202 da CF, naquilo incompatível com o novo sistema.

Acrescento que, na hipótese em exame, a cesta-alimentação foi instituída mediante convenções coletivas de trabalho, em atenção ao sistema de livre negociação salarial vigente no País (fls. 687-895) - Constituição, art. 7º, XXVI - sendo certo que a entidade sindical dos trabalhadores, no caso, a Confederação Nacional dos Bancários está legitimada a representar a totalidade da categoria profissional, inclusive os trabalhadores aposentados, presumindo-se que subscreveu o acordo por considerá-lo vantajoso para o conjunto da categoria, segundo critérios que entendeu pertinentes (garantia do emprego ou aumento de benefícios para os empregados ativos, por exemplo), ciente de que os atuais ou futuros aposentados não seriam beneficiados pela referida verba, opção que não cabe ser avaliada no âmbito do presente recurso especial.

O benefício inicial de complementação de aposentadoria, por outro lado, é calculado de acordo com a sistemática estabelecida no regulamento de cada entidade, em regra, média aritmética dos salários de participação do filiados, nos meses que antecedem a aposentadoria, sendo os reajustes posteriores efetivados com base na variação salarial dos funcionários da ativa ou por índices diversos de correção monetária.

No primeiro caso - vinculação aos salários dos empregados ativos - a variação da complementação de aposentadoria restringe-se aos reajustes de natureza geral. Na hipótese de a complementação de aposentadoria ser reajustada por índice de atualização monetária, como afirmam as associações de funcionários do Banco do Brasil ser o procedimento adotado pela Previ mediante a incidência do IGP-DI (fl. 1.676), existe a real possibilidade de os empregados inativos, caso tenham reconhecido o direito ao recebimento de verbas não previstas no plano de benefícios, como a cesta-alimentação, passarem a perceber proventos superiores aos ativos, bastando, para tanto, que a variação do IGP-DI seja superior ao índice de reajuste obtido nas negociações coletivas de trabalho.

Diante disso, o auxílio cesta-alimentação não pode ser computado na complementação de aposentadoria por ser vedada a inclusão de ganhos de produtividade, abonos e vantagens de quaisquer natureza (LC n. 108/2001, art. 3º, parágrafo único), restrição que decorre do caráter variável da fixação desse tipo de verba, não incluída previamente no cálculo do valor de contribuição para o plano de custeio da entidade, inviabilizando a manutenção de equilíbrio financeiro e atuarial do correspondente plano de benefícios exigido pela legislação de regência (Constituição, art. 202 e Leis Complementares n. 108 e 109, ambas de 2001).

Em face do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Sr. Presidente, em primeiro lugar quero cumprimentar os senhores advogados pelas duas sustentações e também o voto da Ministra Isabel Gallotti, um primor.

Em segundo lugar, registro que, em regra, penso que a estrutura do Superior Tribunal de Justiça, um Tribunal de precedentes - e venho sendo insistente, peço desculpas aos eminentes colegas por isso -, uma vez fixada a posição sobre determinado tema jurídico, penso que não cabe, novamente, reiterados e seguidos reexames da mesma matéria, sobretudo quando esse reexame é realizado por um órgão fracionário, em detrimento das decisões colegiadas por órgão maior.

Permita-me, eminente Presidente, essa digressão para esclarecer que é essa a finalidade do Tribunal, conferir segurança jurídica, não condicionada às modificações subjetivas (em relação aos julgadores) que o compõe.

No caso em apreço, penso que essa questão foi bastante meditada, a mudança da jurisprudência da Corte.

Tanto isso é verdade que Sua Excelência, a Sra. Ministra Relatora, nesse trabalho de fôlego fez, propôs, na Turma, a afetação para a Seção. E nós todos concordamos, porque a decisão da década de 90 foi originária da Seção.

Então, como terceiro ponto deste voto, realço que se encontram presentes os requisitos objetivos que permitem um reexame da jurisprudência.

Isso porque o precedente em relação a matéria em exame é da década de 90, como dito por Sua Excelência em seu fundamentado voto, secundado

pelos eminentes Ministros que me precederam, mas também, sobretudo e especialmente, porque vieram novas legislações que examinaram, com detalhes, esse tema.

Percebi que Sua Excelência mencionou, no voto, as duas Leis Complementares n. 108 e 109, de 2001, que regem a relação entre o associado e as entidades de previdência privada, de modo que toda a lógica do sistema fica condicionada, efetivamente, a essa equação atuarial.

Então Sua Excelência examina bem a legislação e entende que, quando o dispositivo em julgamento menciona a expressão “parcela paga *in natura*”, sem natureza salarial, evidentemente a interpretação de antes não se amolda aos tempos atuais.

De modo que eu penso que Sua Excelência fez um exame muito ponderado sobre todos os aspectos que regem essa delicada relação entre o fundo e seus participantes, para chegar à conclusão que o benefício pleiteado, se concedido e em termos em que está concedido, coloca em risco a própria equação atuarial.

Por isso, para a preservação dos interesses maiores, que são os interesses coletivos, entendo que Sua Excelência avaliou muito bem a questão, e estou inteiramente de acordo com o seu voto, reconsiderando o posicionamento que venho adotando.

Ressalvo, apenas, que também fiquei vencido quanto à questão da competência - e, na mesma linha do que sustentou a Sra. Ministra Nancy Andrighi -, creio que o Tribunal Superior do Trabalho tem muito mais pertinência no exame dessa questão. A jurisprudência aqui invocada pela Sra. Ministra Relatora dá bem conta disso.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, inicialmente a minha saudação aos dois Advogados que ocuparam a tribuna, pela qualidade do trabalho desenvolvido.

Em relação ao voto da eminente Relatora, é um voto minucioso, de muita profundidade, em que faz uma síntese da jurisprudência do STF, do TST e da Primeira Turma. Na verdade, estamos nos alinhando à jurisprudência desses outros Órgãos jurisdicionais no sentido de reconhecer a natureza indenizatória do auxílio cesta-alimentação. Não é sem tempo e, com isso, acompanho integralmente o voto da eminente Relatora.

Nego provimento ao recurso especial.



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 302.469-MG (2001/0010566-1)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Alaerdes Borges

Advogado: Caio Vinícius Cardoso Porfírio

Recorrido: Rezende Oleo Ltda.

Advogado: Irineu José Pereira e outro

EMENTA

Recurso especial. Direito Processual Civil. Embargos à execução. Impugnação da assinatura aposta no título e reconhecida em cartório por semelhança. Ônus da prova de que se desincumbiu o apresentante. Argumento *a contrario sensu* que não se sustenta. Dispositivo apontado como violado destituído de comando normativo suficiente para amparar a pretensão do recorrente. Súmula n. 284-STF. Reexame de provas. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. O ônus da prova, quando se tratar de contestação de assinatura, incumbe à parte que apresentou o documento, consoante o art. 389, inciso II, do CPC.

2. O art. 369 do CPC, ao conferir presunção de autenticidade ao documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença, não excluiu a possibilidade de o julgador considerar cumprido o ônus do apresentante pela exibição de documento cuja firma tenha sido reconhecida por semelhança.

3. Se, de um lado, o reconhecimento por semelhança possui aptidão, tão somente, para atestar a similitude da assinatura apresentada no documento com relação àquelas apostas na ficha de serviço do cartório, também é certo que, assim como o reconhecimento de firma por autenticidade, tem a finalidade de atestar, com fé pública, que determinada assinatura é de certa pessoa, ainda que com grau menor de segurança.

4. O art. 369 do CPC não possui conteúdo normativo suficiente para amparar a tese do recorrente - de que o reconhecimento de firma por autenticidade seria a única forma possível de o apresentante se desincumbir do seu ônus legal, o que atrai a incidência da Súmula n. 284-STF.

5. Argumento *a contrario* do recorrente que não se sustenta, conforme doutrina especializada.

6. A pretensão do recorrente - de infirmar as conclusões das instâncias de cognição plena, no sentido de que suficiente a prova produzida pelo exequente/embargado acerca da assinatura aposta no título executivo - esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ por demandar o revolvimento do conjunto probatório carreado aos autos, providência inviável na estreita via do recurso especial.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e nesta parte negar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 7.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Alaerdes Borges*, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

Noticiam os autos que *Rezende Óleo Ltda.* propôs ação de execução de título extrajudicial, amparada em “contrato particular de compra e venda de soja em grãos”, contra Geraldo Reis de Oliveira, Alaerdes Borges e Rita Augusta Borges de Oliveira, estes dois últimos na qualidade de fiadores (fls. 2-5 do apenso).

Em oposição à execução, o ora recorrente apresentou embargos, suscitando, inicialmente, falsidade da assinatura aposta no título executivo. Aduziu, ainda:

(i) nulidade da execução por ausência de constituição em mora, (ii) excesso de execução e (iii) ausência de liquidez, certeza e exigibilidade do título (fls. 2-7).

Houve impugnação aos embargos (fls. 101-110).

Instadas as partes a se manifestarem acerca da produção de provas (fls. 101 e 112), nada requereram (fls. 112 e 115).

O juízo de primeiro grau julgou procedente em parte os embargos “para determinar por cálculo, que seja decotado o excesso de execução (...), devendo a execução prosseguir pelo saldo encontrado” (fl. 121-122).

Ambas as partes manejaram recursos de apelação (fls. 123-129 e 131-138).

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais reconheceu vício de nulidade na sentença, por julgamento *citra petita*, determinando o retorno dos autos à primeira instância para novo pronunciamento (fls. 158-164).

Renovado o julgamento, foi alcançado o mesmo resultado (fls. 169-174).

Inconformada, a demandada interpôs recurso de apelação (fls. 175-183) seguido de recurso adesivo pelo embargante (fls. 186-192).

O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento aos dois recursos, em aresto assim ementado:

Execução. Embargos do devedor. Intempestividade. Inocorrência. Excesso de execução. Recurso adesivo. Falsidade de assinatura. Ausência de prova.

Caracteriza-se o excesso de execução quando, na execução do fiador do contrato numa execução de dar coisa incerta, o credor recebe um parte da mercadoria e pretende receber o valor correspondente ao que não foi adimplido pelo devedor principal, em valor certo, sem fazer a correspondência da coisa recebida, em valor monetário, para se promover a compensação.

Os atos que se passam na presença do tabelião e são por ele certificados fazem prova plena. Os autos atestados pelo notário gozam de fé pública e não podem ser destruídos por meras presunções (fl. 211).

Nas razões recursais, alega o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos com as respectivas teses: (i) art. 369 do Código de Processo Civil - sob o fundamento de que “somente se reputa autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a assinatura do signatário declarando que foi aposta em sua presença” (fl. 228), e não nos casos em que

o reconhecimento da assinatura ocorrera por semelhança, sem a presença do signatário; (ii) art. 388, inciso I, do Código de Processo Civil - sustentando, em síntese, que presentes os dois requisitos legais para que se considere “cessada a fé” do documento particular, quais sejam, a contestação da assinatura e a ausência de produção do exame grafotécnico e (iii) art. 389, inciso II, do Código de Processo Civil - argumentando que, quando se tratar de contestação de assinatura, o ônus da prova da autenticidade do documento incumbe a quem o produziu, “não importando se reconhecida a firma, por qualquer das formas de reconhecimento” (fl. 231).

Com as contrarrazões (fls. 249-257) e admitido o recurso na origem (fls. 259-260), subiram os autos a esta colenda Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Cinge-se a controvérsia a perquirir a quem incumbe o ônus da prova na hipótese de contestação de assinatura que teve sua autenticidade reconhecida em cartório por semelhança. A teor do art. 389, inciso II, do Código de Processo Civil, “Incumbe o ônus da prova quando: (...) se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento”.

Nesse sentido já se pronunciou esta Corte:

Recurso especial. Processual Civil. Embargos à execução. Impugnação à autenticidade da firma aposta no título executado. Ônus da prova da autenticidade pertencente ao embargado-exeqüente, que trouxe o documento. Artigo 389, II, do CPC. Prova pericial requerida pelo embargante-executado. Adiantamento dos honorários do perito por quem requereu a perícia. Artigo 19 do CPC.

1. *Tratando-se de contestação de assinatura, o ônus da prova da sua veracidade incumbe à parte que produziu o documento. A fé do documento particular cessa com a impugnação do pretense assinante, e a eficácia probatória do documento não se manifestará enquanto não comprovada a sua veracidade.*

2. As regras do ônus da prova não se confundem com as regras do seu custeio, cabendo a antecipação da remuneração do perito àquele que requereu a produção da prova pericial, na forma do artigo 19 do CPC.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 908.728-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 6.4.2010, DJe 26.4.2010).

Agravo regimental. Ação de indenização por danos morais decorrentes de indevida inclusão do nome nos órgãos de proteção ao crédito. Contestação da assinatura de documento. Ônus probatório. Parte que produziu o documento nos autos. Inteligência do artigo 389, II, do Código de Processo Civil. Questão exclusivamente de direito. Não incidência do Enunciado n. 7-STJ. Verificação da comprovação e demonstração do dissídio jurisprudencial. Desnecessidade. Agravo improvido.

I - A controvérsia cinge-se em saber a quem deve ser atribuído o ônus de provar a alegação da ora agravada consistente na falsidade da assinatura aposta no contrato de financiamento, juntado aos autos pela parte ora agravante, cujo inadimplemento ensejou a inscrição nos órgãos de proteção ao crédito. A questão, assim posta e dirimida na decisão agravada, consubstancia-se em matéria exclusivamente de direito, não havendo se falar na incidência do óbice constante do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte;

II - *Nos moldes do artigo 389, II, do Código de Processo Civil, na hipótese de impugnação da assinatura constante de documento, cabe à parte que o produziu nos autos provar a autenticidade daquela;*

III - No tocante à não-comprovação do dissídio jurisprudencial, assinala-se que a matéria cuja divergência se sustenta coincide com a questão trazida pela alínea **a** do permissivo constitucional, de modo que resta despidendo apreciar a comprovação do dissídio jurisprudencial em razão da admissibilidade do apelo nobre sob o argumento de violação da legislação federal;

IV - Recurso improvido.

(AgRg no Ag n. 604.033-RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 12.8.2008, DJe 28.8.2008).

Processual Civil. Civil. Recurso especial. Contestação de assinatura. Ônus da prova.

- Inviável o recurso quando ausente o prequestionamento dos temas trazidos a desate.

- Não se conhece do recurso especial pela alínea **c**, ausente a similitude fática entre os arestos colacionados.

- *No caso de haver impugnação de assinatura, será da parte que produziu o documento o ônus de provar-lhe a veracidade.*

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp n. 488.165-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29.10.2003, DJ 1º.12.2003, p. 349).

Não se duvida, portanto, que incumbe ao apresentante do documento o ônus da prova da autenticidade da assinatura, quando impugnada pela parte

contrária. Ocorre que, segundo o art. 369 do Código de Processo Civil, “reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença”. Referido dispositivo confere presunção de autenticidade ao documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença. Nesse caso, considera-se que o apresentante, ao exibir o documento cuja assinatura contém presunção de autenticidade, cumpre o seu ônus, desde logo, de modo que volta a prevalecer a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Nesse sentido:

Ônus da prova da falsidade da assinatura - Em exceção à regra geral contida no inciso I, o inciso II do artigo 389, que se ajusta com perfeição ao disposto no inciso I do artigo 388 do Código de Processo Civil, impõe a quem produziu o documento o ônus da prova da falsidade da assinatura dele constante, a menos que haja presunção legal de sua autenticidade, como a estabelecida no artigo 369 do Código de Processo Civil, caso em que prevalece a regra geral (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. Comentários ao Código de processo civil. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 136).

No caso dos autos, o recorrido instruiu a execução com o documento cuja assinatura foi reconhecida em cartório, não por autenticidade, mas sim por semelhança. Relevante, portanto, investigar se ao magistrado é permitido estender a presunção de autenticidade também aos casos de reconhecimento de firma por semelhança.

A Lei n. 8.935/1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro, elenca, no inciso IV do seu art. 7º, entre os atos de competência exclusiva dos tabeliães, o reconhecimento de firmas:

Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:

- I - lavrar escrituras e procurações, públicas;
- II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;
- III - lavrar atas notariais;
- IV - reconhecer firmas;
- V - autenticar cópias.

Na conceituação doutrinária, reconhecimento de firma “é o ato notarial mediante o qual o notário atesta, com fé pública, que determinada assinatura é de certa pessoa. O notário atesta a autoria da assinatura aposta em documento

privado, com diferentes graus de eficácia, conforme a espécie de reconhecimento de firma” (BRANDELLI, Leonardo. Teoria geral do direito notarial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 454).

São três as formas formas mais comuns de reconhecimento de firma, segundo o mesmo autor:

O reconhecimento de firma pode ser por autenticidade, quando o signatário assina na presença do tabelião, e este certifica que determinada pessoa, por ele identificada, foi quem assinou o documento. Nesse reconhecimento de firma há a necessidade de que o signatário identifique-se ao tabelião, já que este certificará efetivamente a autoria da assinatura.

No reconhecimento de firma por autenticidade há uma responsabilidade grande do tabelião em identificar o signatário, mediante documento hábil para tanto, e dar fé de que foi esta pessoa quem assinou o documento apresentado para reconhecimento. (...).

O reconhecimento de firma pode ser ainda por semelhança, quando o tabelião atesta a similitude entre a assinatura aposta no documento apresentado e a aposta na ficha-padrão arquivada no tabelionato.

Para que possa ser reconhecida uma firma por semelhança, mister se faz que o signatário tenha comparecido previamente ao tabelionato e aberto ficha-padrão contendo, dentre outros elementos, a sua assinatura, que será comparada com a assinatura aposta nos documentos, a qual se queira reconhecer.

No reconhecimento por semelhança, ao contrário do que ocorre no por autenticidade, o notário não atestará que foi determinada pessoa quem assinou o documento, mas sim que a assinatura aposta no documento é semelhante à assinatura aposta na ficha-padrão arquivada no tabelionato. Se não houver similitude, o notário recusará o reconhecimento.

(...)

A última espécie de reconhecimento de firma é a por abono, que é aquela na qual o notário reconhece a firma de certa pessoa que nem compareceu à sua presença, nem tem ficha-padrão para conferência, mas porque outrem abonou aquela assinatura. O notário reconhece a firma na confiança da afirmação do que abona, este identificado pelo tabelião.

O tabelião não tem qualquer contato com quem assina; nem no momento do reconhecimento, nem previamente; mas reconhece a firma por ter ela sido abonada por outra pessoa. Atesta o notário, neste caso, que reconhece aquela firma por ter sido ela abonada. É reconhecimento rudimentar, inseguro, de rasa eficácia jurídica, e que por isso não mais está previsto, como regra, no nosso ordenamento jurídico (BRANDELLI, *op. cit.*, p. 454-455).

A doutrina especializada informa o procedimento utilizado nas rotinas cartorárias nas hipóteses reconhecimento de firma, quando não lançada na presença do titular:

O reconhecimento de firmas só é possível a contar de fichário que contenha padrões das assinatura a reconhecer, para poder indicar se a firma é autêntica, quando não lançada em presença do titular ou de substituto autorizado. Assim é, porque o verbo reconhecer corresponde a afirmar a coincidência gráfica, visível a olho nu, entre a assinatura no documento apresentado e aquela que foi previamente lançada nas fichas do serviço.

O trabalho de reconhecimento não consiste apenas no cotejo entre a assinatura e a ficha, pois esta deve incluir outros elementos informadores suficientes sobre o signatário, entre os quais, o nome e a qualificação (número do documento de identificação pessoal e fiscal - RG e CIC), sendo de boa cautela extrair cópia reprográfica destes documentos, para ficar arquivada na serventia. A indicação do nome daquele cuja firma é reconhecida também constitui elemento de garantia para o delegado e se relaciona com a eficácia mesma do reconhecimento, que se vincula à pessoa do signatário, em particular, quando o reconhecimento é feito de firma tomada no conjunto de outras constantes do documento apresentado.

A ficha deve, para eficiência e qualidade do serviço, conter:

a) duas ou mais assinaturas padrão, de próprio punho, em tinta indelével, colhidas perante o tabelião ou escrevente substituto especialmente autorizado. A prática usual de deixar fichas de reconhecimento com terceiros, não vinculados ao delegado por relação de emprego, submete o titular ao risco de falsificação, sendo, pois, prática condenável;

b) autenticação das assinaturas e da data em que foram tomadas, por quem tenha sido responsável por sua colheita, seja o delegado ou seu substituto (CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e dos registradores comentada. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73).

Assim, de um lado, tem-se que o reconhecimento de firma por semelhança possui aptidão, tão somente, para atestar a similitude da assinatura apresentada no documento com relação àquelas apostas nas fichas do serviço, previamente arquivadas no cartório.

De outro lado, também é certo que tal tipo de reconhecimento, bem como as demais formas de reconhecimento de firma, objetiva atestar, com fé pública, que determinada assinatura é de certa pessoa, ainda que com grau menor de segurança. Apresenta, para tanto, como visto, procedimento pormenorizado para a sua aferição, que não se restringe ao mero cotejo entre as assinaturas lançadas. Logo, não se justifica que se retire a presunção relativa de autenticidade de tal tipo de reconhecimento sob pena, inclusive, de torná-la inócua em nosso sistema jurídico.

Nesse sentido também concluiu Pontes de Miranda, em seus comentários ao art. 369 do Código de Processo Civil:

1) *Firma reconhecida* - Se o tabelião reconhece a firma, com a declaração de que foi aposta em sua presença, atribui-se autenticidade a tal documento. Cabe ao tabelião verificar se no texto não há raspões, entrelinhas ou outras ocorrências que façam duvidoso o conteúdo; mas a eficácia do reconhecimento da firma é restrita à assinatura. (...)

2) *Reconhecimento de firma sem ser na presença* - Não se poderia interpretar o art. 369 como se houvesse afastado o reconhecimento de firma se o signatário não está presente. Tem-se de reputar autêntica a assinatura (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 346).

Com efeito, o fato de a norma legal ter reputado autêntica a assinatura quando o tabelião declarar que foi aposta em sua presença, não tem o condão de excluir, por completo, da presunção legal as demais formas de reconhecimento. Daí porque não prevalece a argumentação do recorrente - realizada *a contrario sensu* - de que o reconhecimento de firma por autenticidade seria a única forma possível de o apresentante se desincumbir do ônus legal de que trata o art. 389, inciso II, do Código de Processo Civil.

É o que se colhe da lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Na aplicação do argumento a contrario, distingue Klug (1966:128) dois casos: o primeiro ocorre quando há, entre os pensamentos legais e as correspondentes conseqüências, relação recíproca, isto é, uma implica a outra; nesse caso, pode-se dizer que o argumento é forte, podendo-se concluir, com certa segurança, que, se o caso não preenche as condições da lei, a ele não se aplicam suas disposições; este é o caso, por exemplo, das normas excepcionais, para as quais se admite que valem apenas para as situações reguladas (estando, *a contrario sensu*, excluídas quaisquer outras situações); se, porém, a relação entre os pressupostos e as conseqüências não é recíproca, isto é, os pressupostos implicam as conseqüências, mas estas não implicam necessariamente os pressupostos, então o argumento é fraco; é o caso de normas gerais, que dispõem sobre uma generalidade de situações, sem cláusula restritiva, por exemplo: se a Constituição traz limitações à atividade privada, não se pode concluir, a contrario, que não admite outras limitações (Introdução ao estudo do direito. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 353).

Tem-se, portanto, que as alegações do recorrente, no ponto, incidem na Súmula n. 284 do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”), porquanto os dispositivos legais apontados como violados não possuem conteúdo normativo suficiente para amparar a sua tese.

Assim, não está a merecer nenhuma censura o Tribunal de origem, por considerar que o exequente - apresentante do título - ao exhibir o documento com assinatura autenticada em cartório, ainda que por semelhança, se desincumbiu do ônus prescrito pela lei.

Vale reproduzir o seguinte excerto do voto:

Ora, no caso dos autos, ao contrário do entendimento do apelante adesivo, existe, sim, presunção de autenticidade de sua assinatura, visto que deve prevalecer o ato do tabelião, por ser presumível sua veracidade face à fé pública, que somente pode ser elidida por robusta prova em contrário, a demonstrar a falsidade daquele ato. Não demonstrou o apelante adesivo nos autos que sua assinatura no referido contrato não fosse autêntica, ou que o reconhecimento da firma houvesse sido fraudulento. A fé pública do tabelião não pode ser simplesmente pulverizada, vez que traz indícios eloquentes da regularidade do reconhecimento de firma, presumindo-se, dessa forma, a autenticidade da assinatura do apelante adesivo no contrato (fl. 220).

De fato, ao reconhecer a presunção de autenticidade da assinatura reconhecida por semelhança, nada mais fez o Tribunal de origem do que considerar atendido pela embargada a exigência legal, de modo que não há falar em negativa de vigência aos dispositivos mencionados, mas, ao contrário, em seu fiel cumprimento.

Nesse contexto, nota-se que o recorrente, ao fundamentar sua irrisignação na supostamente indevida inversão do ônus da prova, pretende, na verdade, infirmar as conclusões das instâncias de cognição plena, no sentido de que suficiente a prova produzida pelo exequente/embargado acerca da assinatura aposta no título executivo.

A sua pretensão, nesse ponto específico, esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ por demandar o revolvimento do conjunto probatório carreado aos autos, providência inviável na estreita via do recurso especial.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 895.792-RJ (2006/0042941-3)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Associação Comercial do Rio de Janeiro

Advogado: Vilmar Luiz Graça Gonçalves e outro(s)

Recorrente: Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro - Firjan

Advogado: Gustavo Kelly Alencar e outro(s)

Recorrente: Agência de Desenvolvimento Econômico do Estado do Rio de Janeiro AD-Rio

Advogado: Eduardo Braga Tavares Paes e outro(s)

Recorrente: Iplan Rio - Empresa Municipal de Informática

Procurador: Maria Luisa Alkmim e outro(s)

Recorrido: Sportsmedia Empreendimentos Esportivos Ltda.

Advogado: Fernando Setembrino Márquez de Almeida

EMENTA

Recursos especiais. Civil e Empresarial. Extinta Rio 2004 S/C. Contratação de serviços de marketing. Ação de cobrança e de ressarcimento ajuizada em face das suas antigas sócias.

I – Contratação de serviços de *marketing* pela extinta Rio 2004 S/C, sociedade cujo objetivo social consistia na organização e promoção da candidatura da Cidade do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2004.

II – Condenação das suas antigas sócias ao pagamento dos valores devidos em razão da confecção, pela prestadora dos serviços, da parte relativa ao *marketing* do texto entregue ao Comitê Olímpico e, ainda, ao ressarcimento de quantias adiantadas.

III – Inexistência de violação aos arts. 128, 165, 458 e 535 do CPC.

IV – Nas sociedades em que a responsabilidade dos sócios perante as obrigações sociais é ilimitada, como ocorre nas sociedades simples (art. 1.023 do CC/2002), não se faz necessária, para que os bens pessoais de seus sócios respondam pelas suas obrigações, a desconsideração da sua personalidade. Doutrina.

V – Consequente legitimidade passiva *ad causam* das antigas sócias da Rio 2004 S/C para responderem pelas obrigações contratuais assumidas pela sociedade.

VI – Admissível a utilização de prova exclusivamente testemunhal para a comprovação de serviços prestados. Precedentes específicos, inclusive da Segunda Seção.

VII – Reconhecido o cumprimento da prestação a cargo da contratada, incabível a arguição, pelas sócias da contratante, da exceção de contrato não cumprido, recaindo sobre elas o ônus da comprovação dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Inteligência dos arts. 1.092 do CC/1916 e 333, I e II, do CPC.

VIII – Recursos especiais desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Nancy Andrichi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Vilmar Luiz Graça Gonçalves, pela parte recorrente: Associação Comercial do Rio de Janeiro.

Dr(a). Gustavo Kelly Alencar, pela parte recorrente: Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro – Firjan.

Dr(a). Maria Fernanda de Freitas, pela parte recorrente: Agência de Desenvolvimento Econômico do Estado do Rio de Janeiro AD-Rio.

Dr(a). Rachel Espírito Santo de Oliveira (protestará por juntada), pela parte Recorrente: Iplan Rio - Empresa Municipal de Informática.

Dr(a). Fernando Setembrino Márquez de Almeida, pela parte recorrida: Sportsmedia Empreendimentos Esportivos Ltda.

Brasília (DF), 7 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 25.4.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de *recursos especiais*, todos com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição, interpostos

separadamente pelas quatro rés da ação de cobrança e ressarcimento ajuizada pela *Sportsmedia– Empreendimentos Esportivos Ltda.*, ora recorrida.

Na petição inicial, historiou a *Sportsmedia* ter firmado contrato de prestações de serviços com a sociedade *Rio 2004 S/C*, que possuía por objetivo apresentar a candidatura da cidade do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2004.

Com a extinção da *Rio 2004 S/C* e, segundo a *Sportsmedia*, o não pagamento de suas obrigações contratuais, a ação foi ajuizada em face das suas antigas sócias, as ora recorrentes. Os pedidos da petição inicial consistiam no pagamento de R\$ 700.000,00 pela prestação do serviço descrito na cláusula 2ª, II, do contrato, e no ressarcimento dos adiantamentos realizados, que totalizariam R\$ 515.156,79.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, confirmando, por maioria, a sentença, julgou procedente o primeiro pedido e parcialmente procedente o segundo, condenando as rés, cada uma na proporção de um quarto do total, ao pagamento de R\$ 700.000,00 e ao ressarcimento de R\$ 435.156,79.

A *Associação Comercial do Rio de Janeiro*, no seu recurso especial, sustentou a violação do art. 3º do CPC, tendo em vista que, sendo apenas sócia da *Rio 2004 S/C*, não teria legitimidade para figurar no polo passivo. Afirmou ter o acórdão de origem contrariado o art. 20 do CC/1916, uma vez que inadmissível, no caso, a desconsideração da personalidade jurídica. Ao condená-la ao pagamento de R\$ 700.000,00 exclusivamente com base em prova testemunhal, o acórdão haveria ainda inobservado o art. 401 do CPC.

Por sua vez, a *Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro – Firjan* afirmou, inicialmente, a violação dos arts. 128, 165, 458 e 535 do CPC, já que o acórdão do TJ-RJ, em que pese a oposição de embargos de declaração, teria omissões e seria contraditório. Também em razão da utilização, para a sua condenação ao pagamento de R\$ 700.000,00, de prova exclusivamente testemunhal, sustentou a contrariedade aos arts. 141 do CC/1916, 282 do CPC e 401 do CPC. Com isto, sendo inadmissível o meio probatório utilizado para a comprovação dos serviços supostamente prestados, o acórdão do Tribunal de origem teria desrespeitado o art. 1.092 do CC/1916, que estatui a exceção de contrato não cumprido.

A *Agência de Desenvolvimento Econômico do Estado do Rio de Janeiro – AD-Rio* afirmou a violação do art. 460 do CPC, uma vez que, inexistindo pedido da parte autora quanto à desconsideração da personalidade jurídica da *Rio 2004 S/C*, não poderia o TJ-RJ tê-la determinado. Da mesma forma que as demais

recorrentes, sustentou a inobservância dos artigos relativos à utilização de prova exclusivamente testemunhal nos contratos e, por consequência, do relativo à exceção de contrato não cumprido (art. 1.092 do CC/1916).

Finalmente, a *Iplan Rio – Empresa Municipal de Informática* afirmou, de início, dever o acórdão recorrido ser desconstituído em razão da violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC. Sustentou a impossibilidade, nos termos dos arts. 20, 1.396 e 1.407 do CC/1916, da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade de que era sócia. Com relação à utilização, para a comprovação dos serviços que a autora afirma ter prestado, de prova exclusivamente testemunhal, disse ter sido desrespeitado o art. 401 do CPC.

Foram apresentadas contrarrazões pela *Sportsmedia*.

O eminente Min. Castro Filho admitiu os recursos especiais em sede de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas!

A empresa autora *Sportsmedia – Empreendimentos Esportivos Ltda.*, ora recorrida, foi contratada para a prestação de serviços de *marketing* pela *Rio 2004 S/C*, sociedade civil cujo objeto consistia em organizar e promover a candidatura da Cidade do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2004.

O contrato previa, entre outras obrigações, a elaboração, pela *Sportsmedia*, da parte relativa ao *marketing* do texto que seria entregue ao Comitê Olímpico, além do adiantamento de valores que a *Rio 2004* posteriormente ressarciria.

Com a extinção, pelo decurso do prazo, da sociedade que visava à promoção da Cidade do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2004, e o não pagamento à *Sportsmedia* dos valores concernentes ao texto que elaborara, assim como o não ressarcimento dos valores que adiantara, esta postulou o cumprimento do contrato em face das oras recorrentes, antigas sócias da *Rio 2004*.

Condenadas ao pagamento de R\$ 700.000,00 por se ter comprovado, ainda que com fundamento em prova exclusivamente testemunhal, a realização do texto de *marketing* e ao ressarcimento de R\$ 435.156,79 – adiantados pela *Sportsmedia* segunda a perícia de fls. 870 e ss. –, as antigas sócias da sociedade civil *Rio 2004 S/C* interpuseram os presentes recursos especiais.

Afirmaram, em síntese, a violação de dispositivos legais relacionados à qualidade da jurisdição prestada pelo Tribunal de origem (arts. 128, 165, 458 e 535 do CPC); à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade de que eram sócias e à sua legitimidade passiva *ad causam* (arts. 20, 1.396 e 1.407 do CC/1916, 3º e 460 do CPC); à admissibilidade da utilização de prova exclusivamente testemunhal (arts. 282, e 401 do CPC, e 141 do CC/1916); e à exceção de contrato não cumprido e ao ônus da prova (arts. 1.092 do CC/1916 333 do CPC).

Embora formalmente distintos, os quatro recursos especiais comportam análise conjunta, uma vez que, estando as recorrentes na mesma situação jurídica, qual seja, a de sócias da extinta sociedade *Rio 2004*, e não havendo a arguição de exceções pessoais, o provimento de quaisquer dos recursos aproveitará a todas de igual forma (art. 509 do CPC).

Analiso separadamente cada questão controvertida suscitada pelas recorrentes.

1) DA QUALIDADE DA JURISDIÇÃO PRESTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM (ARTS. 128, 165, 458 E 535 DO CPC):

Segundo as recorrentes, em especial a *Firjan* e a *Iplan-Rio*, o acórdão do TJ-RJ, ainda que opostos embargos de declaração, teria omissões com relação à apreciação dos arts. 20 do CC/1916, 333, I, e 401 do CPC, sendo ainda contraditório ao afirmar que a perícia teria comprovado a prestação de serviços pela *Sportsmedia* e ao estar em dissonância com a prova dos autos.

Entretanto, as questões que subjazem os arts. 20 do CC/1916, 333, I, e 401 do CPC, embora não de forma explícita, foram devidamente prequestionadas no acórdão recorrido, cuja suposta contradição com a perícia e a prova dos autos, em respeito ao entendimento firmado na Súmula n. 7 deste Tribunal, não podem ser apreciadas nesta instância especial.

2) DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA RIO 2004 S/C E DA LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DAS SUAS ANTIGAS SÓCIAS (ARTS. 20, 1.396 E 1.407 DO CC/1916, 3º E 460 DO CPC):

A solução desta questão controvertida, que é um dos pontos centrais dos quatro recursos especiais, situa-se na fixação da natureza jurídica da sociedade extinta: “Rio 2004 S/C”.

Na lição de **Fábio Ulhoa Coelho** (*Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20ª ed., rev. e atual. São Paulo, Malheiros, p. 116), as sociedades podem ser classificadas segundo a responsabilidade de seus sócios perante as obrigações sociais.

Embora a responsabilidade dos sócios, em qualquer espécie de sociedade, seja sempre subsidiária, exigindo, primeiro, a satisfação dos bens da pessoa jurídica a que vinculados (arts. 596 do CPC e 1.024 do CC/2002), implementado este requisito, a sua responsabilização pode ocorrer de forma limitada ou ilimitada.

Constitui marcante exemplo de sociedade cujos sócios se responsabilizam limitadamente pelas obrigações sociais – como o seu próprio nome permite inferir – a sociedade limitada, em que, nos termos do art. 1.052 do CC/2002, “a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

Neste caso, os bens que compõem o patrimônio pessoal dos sócios somente responderão pela satisfação das dívidas da sociedade a que aderiram se desconsiderada a sua personalidade jurídica, o que exige, na maior parte das vezes, a caracterização da confusão patrimonial ou do desvio de finalidade (art. 50 do CC/2002).

Diferentemente, nas sociedades em que a responsabilidade dos sócios é ilimitada, exaurido o patrimônio da pessoa jurídica, não se faz necessária a desconsideração da sua personalidade a fim de que os bens pessoais de seus sócios sejam utilizados para a satisfação das dívidas sociais.

Conforme destaca **Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa** (*Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, p. 73), entre estas sociedades se inclui a sociedade simples, a qual, nos termos do art. 1.023 do CC/2002 (1.396 do CC/1916), “se os bens (...) não (...) cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo (...)”.

A natureza da “Rio 2004 S/C” é de sociedade simples, amoldando-se perfeitamente às disposições do art. 1.023 do CC/2002 acerca da responsabilidade dos seus sócios.

Extinta a *Rio 2004* e não havendo, de sua parte, patrimônio suficiente para o cumprimento das obrigações contratuais assumidas frente à *Sportsmedia*, não se fazia necessária, para a responsabilização pessoal de seus sócios pelas dívidas sociais, a desconsideração da sua personalidade jurídica – conclusão, aliás, a que chegou corretamente o acórdão recorrido.

Igualmente, sendo possível, nos termos do art. 1.023 do CC/2002, a utilização dos bens das recorrentes para a satisfação das dívidas sociais sem a necessidade de se recorrer à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade a que vinculados, possuem elas, naturalmente, legitimidade passiva *ad causam* para responder ao pedido de cobrança,

3) DA UTILIZAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL(ARTS. 282, E 401 DO CPC, E 141 DO CC/1916):

As recorrentes, no outro ponto central de seus recursos especiais, sustentam que a sentença e o Tribunal de origem não poderiam ter admitido, para que fosse comprovada a prestação do serviço cujo pagamento é cobrado pela *Sportsmedia*, a utilização de prova exclusivamente testemunhal.

Ressalto que foi julgado procedente, apenas com base neste meio de prova, o principal dos pedidos da petição inicial, consistente na condenação das antigas sócias da *Rio 2004* ao pagamento de R\$ 700.000,00 em razão da confecção, pela *Sportsmedia*, da parte relativa ao *marketing* do texto entregue ao Comitê Olímpico.

Estatutem os enunciados dos arts. 401 do CPC e 227 do CC/2002, apontados como violados pelas recorrentes, ser inadmissível a utilização isolada da prova testemunhal nos negócios jurídicos cujo valor ultrapasse, na época em que celebrados, o décuplo do maior salário mínimo vigente no país.

A Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no entanto, conferiu-lhes interpretação no sentido de restringir a vedação apenas para o negócio jurídico em si, admitindo a utilização da prova exclusivamente testemunhal com relação aos fatos e circunstâncias relacionados com o negócio.

A ementa da decisão proferida no julgamento do EREsp n. 263.387-PE, Rel. Ministro Castro Filho, é esclarecedora, *verbis*:

Processual Civil. Corretagem de imóveis. Prova exclusivamente testemunhal. Cabimento. Art. 401 do Cód. Proc. Civil.

Em interpretação edificante e evolutiva do artigo 401 do Código de Processo Civil, este Tribunal tem entendido que só não se permite a prova exclusivamente por depoimentos no que concerne à existência do contrato em si, não encontrando óbice legal, inclusive para evitar o enriquecimento sem causa, a demonstração, por testemunhas, dos fatos que envolveram os litigantes, bem como das obrigações e dos efeitos decorrentes desses fatos.

Embargos rejeitados.

(*REsp* n. 263.387-PE, Rel. Ministro Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 14.8.2002, DJ 17.3.2003, p. 174).

Este entendimento vem sendo prestigiado em inúmeros outros precedentes desta Corte, como o AgRg no Ag n. 1.319.590-MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti; o REsp n. 185.823-MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão; o REsp n. 214.410-PR, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior.

Portanto, havendo documento escrito comprovando a relação contratual travada entre a *Sportsmedia* e a *Rio 2004 S/C*, não há qualquer vedação à utilização da prova exclusivamente testemunhal para a comprovação da confecção, pela *Sportsmedia*, da parte relativa ao *marketing* do texto entregue ao COI, que foi a obrigação principal por ela assumida no contrato celebrado entre as partes.

4) DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO E DO ÔNUS DA PROVA (ARTS. 1.092 DO CC/1916 333 DO CPC):

Como consequência do reconhecimento da admissibilidade, relativamente à comprovação dos serviços prestados, da prova exclusivamente testemunhal, não poderiam as recorrentes, porque demonstrado o cumprimento da obrigação a cargo da recorrida, valer-se da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), regulada pelo art. 1.092 do CC/1916, atual art. 476 do CC/2002.

De outro lado, o acórdão recorrido do Tribunal de origem aplicou corretamente as regras acerca da distribuição do ônus da prova, pois, demonstrada a ocorrência do fato constitutivo da pretensão da parte autora, ora recorrida (art. 333, I, do CPC), incumbia às recorrentes alegar e comprovar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito (art. 333, II, do CPC).

Ante o exposto, voto por negar provimento aos recursos especiais.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Sr. Presidente, inicialmente, saúdo também os Advogados pelas exposições objetivas, especialmente o advogado da recorrida, e agradeço o encaminhamento de memoriais, também elucidativos.

E, quanto ao processo em si, não tenho a mínima dúvida em acompanhar o brilhante e elucidativo voto do eminente Relator, que bem dissecou a matéria, espancou as dúvidas e concluiu, acertadamente, pela manutenção da boa sentença, aliás do acórdão, também, prolatado no Tribunal *a quo*.

Com relação ao art. 4.023, a matéria está muito bem exposta. Com relação ao art. 401 do CPC, na realidade, a prova testemunhal não é válida, se só ela provasse a existência do contrato. Ora, ele é provado mediante documentos outros, pelo que consta.

Há precedentes da Ministra Nancy Andrighi:

A prova exclusivamente testemunhal é admitida para a demonstração do cumprimento de obrigações contratuais.

Nesses termos, então, louvando mais uma vez o trabalho, o labor de todos, estou por acompanhar o eminente Relator, negando provimento aos recursos especiais.

RECURSO ESPECIAL N. 1.033.963-MG (2008/0040256-9)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Cássia Bracks Ferreira e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

Recorrido: Agrimig Calcario Agricola Limitada

Advogado: Brênio Gonçalves e outro(s)

Interessado: Cintral Comercio Industria Tratores Ltda.

Advogado: Frederico Veloso Goulart

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Falência. Parcelamento das dívidas do falido pelo Refis. Autorização do órgão administrativo competente. Tentativa de desfazimento judicial. “*Venire contra factum*”

proprium". Recebimento do crédito de forma parcelada. Ausência de interesse de agir.

1. - No caso dos autos, a União não se legitima a interpor recurso contra a sentença que, tendo em vista a extinção das obrigações do falido pela adesão ao Refis, extinguiu a falência.

2. - Repugna ao ordenamento jurídico pátrio a adoção de comportamento processual contraditório. Assim, se a própria *União Federal*, por meio do órgão administrativo competente, aprovou a inclusão das dívidas fiscais da empresa falida no Refis, não pode ela, em seguida, vir a Juízo buscar a desconstituição dessa situação jurídica, contrariando o seu comportamento anterior e prejudicando situação consolidada no tempo.

3. - Tal conclusão ainda mais se afirma, porque, no caso concreto, as parcelas contempladas no Refis têm sido pagas regularmente, a evidenciar a ausência de interesse da recorrente em perseguir o prosseguimento do processo de falência, com alienação judicial do patrimônio do falido e pagamento dos credores segundo a ordem legal de preferência.

4. - Recurso Especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Dr(a). Brênio Gonçalves, pela parte recorrida: Agrimig Calcário Agrícola Limitada.

Brasília (DF), 4 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 21.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1. - *Fazenda Nacional* interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de *Minas Gerais*, Relator o Desembargador *Hiparco Immesi*, cuja ementa ora se transcreve (fls. 3.321):

Falência. Débito tributário. Opção da empresa devedora pelo Programa de Recuperação Fiscal (Refis). Parcelamento do débito deferido pela Fazenda Nacional. Encerramento do processo da falência. Anuência do Ministério Público. Pagamento regular das parcelas do respectivo débito. Ausência de prejuízo a ela (Fazenda Nacional). Apelação contra a sentença que encerrou a falência. Seu não conhecimento, por falta de interesse processual. Se a Fazenda Pública não sofre qualquer prejuízo com o encerramento da falência em particular, tido em conta que seu crédito foi objeto de parcelamento (Refis) e, eventual descumprimento das obrigações assumidas, ou seja, de não-pagamento das parcelas poderá ser cobrado judicialmente, como qualquer crédito tributário, independentemente de estar ou não em curso processo falimentar, fica claro como luz meridiana que lhe falta o interesse recursal. Daí o não-conhecimento do recurso.

2. - Os embargos de declaração opostos (fls. 3.332-3.334) foram rejeitados (fls. 3.337).

3. - A recorrente alega, em síntese, que o Tribunal de origem teria violado o artigo 535 do Código de Processo Civil ao deixar de se manifestar explicitamente sobre os temas tratados nos embargos de declaração.

4. - Alega, também, que o acórdão recorrido teria violado os artigos 31; 186; 188 e 191 da Lei n. 6.830/1980; 102, § 1º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e 5º, V, da Lei n. 9.964/2000. A tese central da irresignação, conforme sintetiza a própria recorrente, é a seguinte (fls. 3.356):

Registre-se que o que a Recorrente pretende principalmente com o presente Recurso Especial, é a análise, por esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, da seguinte tese: a adesão da Recorrida ao Refis, quando os demais créditos já foram quitados, vulnera a preferência legal da Recorrente, justificando seu interesse de recorrer contra o encerramento da falência.

5. - O Ministério Público Federal em parecer oferecido de forma simplificada pelo Subprocurador Geral da República *Pedro Henrique Távora Niess*, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso (fls. 3.589-3.591).

6. - Considerando a natureza das questões jurídicas envolvidas, determinou-se a redistribuição do feito a uma das Turmas que compõem a 1ª Seção desta Corte (RISTJ artigo 9º, § 1º, XI e XIII). O E. Ministro *Teori Zavascki* no entanto, para quem foi redistribuído o feito, devolveu os autos para reconsideração, por entender que a competência era mesmo da 2ª Seção.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 7. - *Cintra Comercio Industria Tratores Ltda.* requereu a falência de *Agrimig Calcário Agrícola Limitada* a qual, depois de cumpridas as formalidades legais, veio a ser decretada.

8. - Após longas tentativas de soerguimento, foi aprovado em assembléia, por mais de 2/3 (dois terços) dos quirografários, a alienação da empresa (artigo 123 do Decreto-Lei n. 7.661/1945).

Atendidas parcialmente as diligências requeridas, com edição de relatório final e juntado aos autos a prestação de contas pelo Síndico, opinou o Ministério Público pela extinção do processo de falência.

9. - Sobreveio, então, sentença de extinção da falência, proferida com fundamento no artigo 132 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (“apresentado o relatório final, deverá o juiz encerrar, por sentença, o processo de falência”).

10. - Informa a sentença que, segundo o relatório final, teria sido acordado o pagamento de todos os créditos privilegiados, aí incluídos os encargos da massa, os trabalhistas e também os tributários, isso porque a falida, por meio do Síndico, havia feito a opção pelo Programa de Recuperação Fiscal - Refis. Nessa sentença registrou-se que, inclusive, a extinção da falência seria condição para a concessão definitiva do Refis. Registrou-se, ainda, que a empresa encontrava-se totalmente sucateada e que vinha sendo extremamente mal administrada durante o processo de falência gerando grave prejuízo para todos os credores. Alertou-se que, caso realizado uma liquidação por leilão, nenhum credor quirografário receberia um único centavo.

11. - A *União Federal* resolveu, então, apelar dessa sentença, alegando, basicamente, que não poderia ter sido extinta a falência, porque adesão da ao programa Refis teria se dado de forma irregular, já que as empresas falidas não poderiam ter acesso a ele. Afirmou que, nos termos da legislação de regência,

a decretação de falência da empresa devedora seria hipótese de exclusão do programa. Assim, requereu a continuidade do processo falimentar para pagamento do passivo com observância da ordem legal de preferência (fls. 3.157-3.168).

12. - O Tribunal de origem negou provimento ao apelo, afirmando que a extinção da falência não geraria nenhum prejuízo para a *União*. Confira-se (fls. 3.325-3.326):

Vale lembrar que a Fazenda Pública, - Nacional, Estadual ou Municipal -, não está sujeita, para cobrança de sua dívida ativa, ao concurso de credores, nem à habilitação de crédito em processos de falência ou concordata. Seus créditos podem ser cobrados através de executivos fiscais e, inclusive, os bens antes penhorados para garantia da dívida, sequer podem ser arrecadados pelo síndico, para compor a massa.

Ademais, eventual crédito pendente de cobrança judicial goza de privilégio, ou seja, mesmo no processo falimentar, tem ele preferência sobre outros créditos. Ora, não se pode ter como condição *sine qua non* a prova de quitação de todos os débitos fiscais antes de ser decretada a extinção das obrigações, tido em conta que podem eles ser discutidos em Juízo, mediante, por exemplo, embargos à execução fiscal. Afirmar-se o contrário seria o mesmo que admitir que o devedor (no caso, a falida) não pudesse questionar a legitimidade de eventual crédito tributário, o que feriria a garantia, inarredável, de levar a *quaestio* ao Poder Judiciário (art. 5º, incisos XXXV e XXXVI da Constituição Federal).

Note-se que, neste caso específico, há prova de que a empresa fez opção pelo Refis (Programa de Recuperação Fiscal), tanto que foi carreado aos autos o "Termo de Opção pelo Refis", datado de 28.4.2000.

O que isto quer dizer? Que ela (a Fazenda Pública) não sofre qualquer prejuízo com o encerramento da falência em particular, tido em conta que seu crédito foi objeto de parcelamento (Refis) e, eventual descumprimento das obrigações assumidas, ou seja, de não-pagamento das parcelas, poderá ser cobrado judicialmente, como qualquer crédito tributário, independentemente de estar ou não em curso processo falimentar. Falta-lhe, pois, o indispensável interesse recursal.

13. - As razões trazidas no Recurso Especial, em uma primeira análise, reclamam resposta a duas perguntas essencialmente: primeiro se a sociedade em estado de falência pode ou não aderir ao Refis, segundo se essa adesão subtrai da União o interesse de interpor recursos contra a sentença de extinção da falência.

14. - A solução para essas perguntas demanda que se examine, inafastavelmente, o regime legal do Refis. Tanto para saber se a legislação de

regência impede a sua utilização pelas sociedades em regime de recuperação judicial ou falência, quanto para esclarecer, com base na sua sistemática própria, se persistiria algum interesse jurídico por parte da União em impedir a prolação da sentença de falência.

15. - Entendeu o E. Ministro *Teori Zavascki*, entretanto, que o feito não era da competência da 1ª Seção, argumentando que o tema central do recurso estava mais afeto à matéria falimentar e, por isso, devolveu os autos.

16. - Como se percebe, tem-se aqui uma daquelas situações limítrofes, que desafiam uma interpretação mais acurada do artigo 9º do RISTJ e uma compreensão bem esclarecida da matéria trazida aos autos.

17. - Felizmente, no caso, concreto, é possível obviar a instauração de um conflito interno de competência, porque possível solucionar a causa com fundamentos que, dentro de uma estrutura lógico formal, se colocam em posição anterior e que, assim, dispensam o posicionamento acerca dos temas que denotam a competência da 1ª Seção.

18. - Conforme destacado no acórdão dos embargos de declaração, a decretação da falência, no caso concreto, não teria dado causa à exclusão do programa Refis. Mais do que isso, seria de rigor reconhecer que as parcelas reconhecidas estariam sendo regularmente depositadas em favor da *União* que, dessa forma, não estaria deixando de receber o seu crédito. Confira-se, a propósito, a seguinte passagem (fls. 3.341-3.342).

É de se explicitar que, trata a espécie *sub judice* de caso específico, com singularidades que não encontram similar em outro feito. A propósito, se foi a Fazenda Nacional quem deferiu o parcelamento do débito e se há evidência de pagamento regular das parcelas do respectivo débito, fica claro como luz meridiana que o refinanciamento continua a vigir, ou seja, não foi ele excluído. O que isto quer dizer? Que, se o decreto da falência não impediu o deferimento do Refis e nem a sua exclusão, não é o seu encerramento (dela, falência) que irá acarretar qualquer prejuízo à União Federal. Ademais, se a Fazenda Nacional optou por não fazer usos das inúmeras prerrogativas de que dispõe, e se foi ela própria quem deferiu o parcelamento do débito e continuou a receber as parcelas, manifesta é a ausência de interesse recursal, o que inviabiliza o conhecimento do recurso por ela interposto, na qualidade de terceiro interessado.

19. - De fato, se a própria *União Federal* aprovou a inclusão da empresa falida no Refis não faz sentido admitir que depois ela possa vir a juízo tentar desfazer esse negócio jurídico, desconstituindo uma situação consolidada no

tempo. Tal conclusão ainda mais se afirma porque a falida, no caso concreto, não foi excluída automaticamente do Refis, sendo que as parcelas contratadas vem sendo regularmente quitadas.

20. - O comportamento da *União*, no caso concreto, revela-se contraditório sob vários aspectos.

De início insustentável, que ela tenha admitido a inclusão da sociedade no Refis, para, em seguida, sustentar que essa inclusão foi feita de forma irregular, o que obstaría a extinção do processo falimentar.

Também é contraditório que ela própria, após concluir pela irregularidade do ato administrativo que concedeu o parcelamento, não o tenha anulado no exercício do seu poder revisional administrativo.

Merece registro, ademais, o fato de que a inclusão no Refis não apenas foi mantida, mas também estão sendo pagas as parcelas do financiamento.

Isso significa que a *União*, muito embora pleiteie a desconstituição da alienação realizada com retomada do processo falimentar com para pagamento dos credores na ordem de preferência legal mediante o que for apurado em leilão, está, simultaneamente, recebendo o que lhe é devido, de forma parcelada. Ora, ou bem ela afirma que esse parcelamento é ilegal e se submete ao concurso universal de credores, ou aceita o pagamento da dívida, tal como avençado.

21. - O indeferimento da pretensão recursal se impõe, dessa forma, tanto em virtude da proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) quanto em função da ausência de interesse de agir.

22. - O Ordenamento jurídico não admite, com efeito, que alguém, praticando um determinado ato jurídico ou adotando um comportamento reiterado no tempo, possa gerar uma expectativa juridicamente relevante e, em seguida, pratique ato incompatível com essa expectativa criada, com prejuízo para terceiros.

No caso concreto, foi justamente a inclusão da falida no Refis que permitiu a liquidação da sociedade e a satisfação dos créditos privilegiados da forma como verificado. Essa inclusão contou, certamente, com a chancela do órgão administrativo competente. Nesses termos é possível afirmar que foi o comportamento ativo da própria Administração Pública que criou a situação jurídica em tela. Não pode agora a própria Administração Pública querer desconstituir essa situação sob o argumento de que a inclusão no Refis era indevida.

Por outro lado, tampouco se vislumbra qual seria o interesse da União Federal em pleitear a realização do seu crédito pela forma tradicional, mediante alienação judicial dos bens da falida, se esse crédito já está sendo realizado validamente de outra forma.

23. - Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.097.955-MG (2008/0239869-4)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Rafael Rezende de Gouveia
Advogado: Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Recorrido: Maria de Fátima Vanderley
Advogado: Maria Inácia de Moraes e outro(s)
Interessado: Hospital e Maternidade Santa Helena S/A
Advogado: Célio Castro e Silva Júnior e outro(s)

EMENTA

Processo Civil e Civil. Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia de natureza mista – estética e reparadora. Limites. Petição inicial. Pedido. Interpretação. Limites.

1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes.

2. Nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora –, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.

3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes.

4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.

5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes.

6. Recurso especial não 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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 3.10.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recursos especiais interpostos por *Rafael Rezende de Gouveia* e pelo *Hospital e Maternidade Santa Helena S.A.*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TJ-MG.

Ação: de indenização por danos morais e materiais ajuizada por *Maria de Fátima Vanderley* em desfavor dos recorrentes. Depreende-se dos autos que a recorrida, portadora de hipertrofia mamária bilateral, foi submetida a cirurgia para redução dos seios, tendo a operação sido realizada no hospital e pelo médico recorrentes. Ocorre que, após a cirurgia, as mamas ficaram com tamanho desigual, com grosseiras e visíveis cicatrizes, além de ter havido retração do mamilo direito, o que motivou a presente ação.

Instrução: deferida a prova pericial, o médico recorrente apresentou quesitos e indicou assistente técnico, mas este não foi informado sobre a realização da perícia, dando azo a pedido de anulação do laudo.

Decisão interlocutória: o Juiz indeferiu o pedido de nulidade do laudo pericial, sob o argumento de que cabia ao assistente técnico a iniciativa de

contactar o perito, bem como que a lei garante àquele apenas o direito de emitir parecer sobre o laudo pericial e não de emitir laudo próprio (fls. 156-158).

Agravo de instrumento: interposto pelo médico recorrente contra a negativa de anulação do laudo pericial. O TJ-MG negou provimento ao agravo de instrumento, tendo o respectivo acórdão sido objeto de recurso especial, sobrestado pela Presidência daquele Tribunal com base no art. 542, § 3º, do CPC (fl. 146, apenso).

Sentença: julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, sob o argumento de que “as complicações sofridas pela autora devem ser consideradas como provenientes de caso fortuito, a excluir a responsabilidade dos réus” (fls. 276-279).

Acórdão: o TJ-MG deu parcial provimento ao apelo da recorrida, para declarar a existência de dano moral, arbitrado em R\$ 11.050,00, nos termos do acórdão (fls. 352-366) assim ementado:

Ação de indenização. Danos morais e materiais. Cirurgia plástica. Natureza reparadora e estética. Obrigação de resultado. Lesão estética. Intercorrências pós-operatórias. Não observância do dever de prestar informações. Negligência. Dano moral caracterizado. Dever de indenizar.

- Em se tratando de cirurgia plástica, em que comprovou-se ser de natureza reparadora e estética, a obrigação assumida pelo profissional é de resultado.

- Não havendo sido cumprido, de forma adequada, o dever de informação ao paciente, que deve ser exaustiva, a culpa é evidente, uma vez que agiu o profissional com negligência.

- A lesão estética é causadora de danos morais, razão pela qual a indenização é devida.

- Inexistindo prova de danos materiais, não é cabível a condenação do réu.

Embargos de declaração: interpostos por ambas as partes, os do hospital foram acolhidos para reconhecer a solidariedade entre os réus, no que concerne ao pagamento da indenização; os da recorrida também foram acolhidos, para condenar os réus ao pagamento de indenização por danos materiais, consistente no pagamento de cirurgia reparadora à autora, a ser realizada por outro profissional, observado o limite de R\$ 10.000,00; e os do recorrente foram rejeitados (fls. 398-404).

Embargos de declaração nos embargos de declaração: interpostos pelo médico recorrente, foram rejeitados pelo TJ-MG (fls. 414-417).

Recurso especial do médico: alega violação 1.059, 1.060 e 1.545 do CC/1916; 264, 282, III, 460 e 535 do CPC, bem como dissídio jurisprudencial (fls. 424-455).

Recurso especial do hospital: alega ter havido negativa de prestação jurisdicional, erro na valoração da prova, bem como dissídio jurisprudencial (fls. 463-472).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ-MG negou seguimento a ambos os recursos especiais (fls. 595-605), sendo que apenas o médico recorrente se insurgiu via agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento para determinar a subida dos autos principais (fl. 608).

Prévio juízo de admissibilidade do recurso especial sobrestado: ante a ratificação do pedido de apreciação do recurso especial retido, o TJ-MG processou-o, negando-lhe seguimento (fls. 169-174), não tendo esta decisão sido objeto de recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a lide a determinar a extensão da obrigação do médico em cirurgia de natureza mista – estética e reparadora. Incidentalmente, também se analisa o cabimento da indenização por danos materiais, bem como se merece revisão o valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

I. Do recurso especial sobrestado

Ainda na fase de instrução, o médico recorrente interpôs agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de anulação do laudo pericial. O TJ-MG negou provimento ao agravo, tendo o respectivo acórdão sido objeto de recurso especial, sobrestado pela Presidência daquele Tribunal com base no art. 542, § 3º, do CPC (fl. 146, apenso).

Por ocasião da interposição do recurso especial contra o acórdão que julgou o mérito da ação, houve a ratificação do pedido de apreciação do especial retido. O recurso foi processado, mas o TJ-MG negou-lhe seguimento (fls. 169-174), não tendo o médico recorrente se insurgido contra essa decisão.

Sendo assim, não há como conhecer do recurso especial sobrestado.

Não bastasse isso, no que tange às questões indispensáveis ao desate da presente controvérsia – em especial a finalidade da cirurgia a que foi submetida a recorrida e os resultados finais obtidos –, verifico que as conclusões alcançadas pelo perito judicial não foram objeto de impugnação.

A rigor, portanto, não há de se falar em prejuízo do médico recorrente com o resultado do laudo pericial, inexistindo justificativa para a anulação deste. Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp n. 998.367-DF, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 4.3.2010; e AgRg no Ag n. 739.116-PR, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 15.9.2008.

II. Do recurso especial do hospital

De forma semelhante, o recurso especial interposto pelo hospital, cujo seguimento foi negado pelo TJ-MG, também não foi objeto de agravo de instrumento, o que inviabiliza o seu conhecimento pelo STJ.

III. Do recurso especial do médico

Tendo em vista o óbice do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ, o julgamento do recurso especial deve ater-se ao panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias.

Nesse aspecto, extrai-se do acórdão recorrido que a autora “foi submetida a uma cirurgia plástica redutora de mamas devido à acentuada hipertrofia e ptose (queda) de suas mamas” (fl. 355).

Quanto aos motivos que deram causa à intervenção, consta do acórdão que “o contexto probatório está a confirmar ser o procedimento de natureza mista (estético e reparador)”, destacando a necessidade de “eliminação das repercussões posturais”, mas ressaltando também que “o caráter estético da operação, oriundo de abalos de ordem psicológica, relacionado a critérios subjetivos e unipessoais (...), foi devidamente provado” (fl. 357).

O TJ-MG registra, ainda, o resultado final alcançado, consignando que, após a cirurgia, as mamas “apresentam-se assimétricas, sendo a mama direita menor, com cicatriz retrátil e parcialmente hipertrófica, a qual retrai o complexo aréolo-papilar para baixo, restando, pois, comprometido o aspecto natural da mama direita” (fl. 355).

Em suma, portanto, tem-se que a recorrida teve diagnosticada hipertrofia e ptose mamária bilateral, com repercussões físicas e psicológicas, sendo-

lhe indicada a realização de cirurgia redutora, de natureza mista – estética e reparadora. Após a intervenção, realizada no hospital e pelo médico recorrentes, os seios da recorrida ficaram assimétricos, com grosseiras e visíveis cicatrizes, além de ter havido retração do mamilo direito.

(i) Da negativa de prestação jurisdicional. Violação do art. 535 do CPC

Compulsando o acórdão recorrido, verifica-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O TJ-MG se pronunciou de maneira a abordar a discussão de todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites que lhe são impostos por lei, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados adiante.

O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC.

Constata-se, em verdade, a irresignação do recorrente e a tentativa de emprestar aos embargos de declaração efeitos infringentes, o que não se mostra viável no contexto do art. 535 do CPC.

(ii) Da responsabilidade pela cirurgia. Violação do art. 1.545 do CC/1916

O TJ-MG entendeu que a obrigação do médico seria de resultado, bem como que este agiu com negligência no seu dever de informação, por não ter esclarecido ao paciente que a cirurgia poderia não alcançar o resultado estético almejado.

O recorrente, por sua vez, afirma que “a cirurgia da recorrida era reparadora, tanto que realizada pelo Sistema Único de Saúde” (fl. 547), de modo que “não se poderia assegurar o resultado, visto ser a obrigação de meio” (fl. 549).

Em primeiro lugar, há de se refutar a assertiva do recorrente, de que a cirurgia a que se submeteu a recorrida era apenas reparadora. O acórdão recorrido aponta para a natureza mista – estética e reparadora – da intervenção, e o acolhimento da tese do recorrente exigiria o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos, procedimento vedado pelo Enunciado n. 7 da Súmula-STJ.

Outrossim, para que seja autorizada pelo Sistema Único de Saúde, a cirurgia não precisa, obrigatoriamente, ter caráter exclusivamente reparador. Se, além de se destinar à resolução de problemas físicos, a intervenção puder agregar uma finalidade estética, nada impede a sua realização pelo SUS.

Não vislumbro, pois, motivo para afastar a premissa fixada pelo Tribunal Estadual, no sentido de que a cirurgia a que foi submetida a recorrida tinha natureza mista.

Dessarte, resta apenas averiguar se a responsabilidade imputada ao médico pelo TJ-MG está em consonância com a natureza da cirurgia.

Esta Corte já se manifestou acerca da relação médico-paciente, concluindo tratar-se de obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Confirmam-se, à guisa de exemplo, os seguintes precedentes: REsp n. 1.104.665-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 9.6.2009; e REsp n. 236.708-MG, 4ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJe de 10.2.2009.

A obrigação de meio limita-se a um dever de desempenho, isto é, há o compromisso de agir com desvelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar um determinado fim, mas sem se obrigar à efetivação do resultado. Na obrigação de meio, compete ao autor a prova da conduta ilícita do réu, demonstrando que este, na atividade desenvolvida, não agiu com a diligência e os cuidados necessários para a correta execução do contrato.

Já na obrigação de resultado, o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. Nas obrigações de resultado há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova.

A hipótese específica dos autos, porém, encerra uma peculiaridade, consistente no fato de a cirurgia ter uma natureza mista, estética e reparadora, situação que, salvo melhor juízo, ainda não foi apreciada por este Tribunal.

Seja como for, em situações como esta, nas quais a cirurgia possui mais de um escopo, a responsabilidade do profissional não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, conforme cada finalidade da intervenção.

Vale dizer, numa cirurgia estética e reparadora, a responsabilidade do médico será de resultado em relação à parcela estética da intervenção e de meio em relação à sua parcela reparadora.

No particular, o TJ-MG deixa claro que o objetivo da cirurgia de redução das mamas não era apenas livrar a paciente de incômodos físicos ligados à

postura, mas também de resolver problemas de autoestima relacionados à insatisfação da recorrida com a sua aparência.

Não cabe dúvida de que, do ponto de vista reparador, a intervenção alcançou a finalidade esperada, eliminando as dores que assolavam a paciente. Porém, do ponto de vista estético – em relação à qual a obrigação do médico é de resultado –, a cirurgia nem de longe cumpriu com as expectativas, deixando a recorrida com um seio maior do que o outro, com cicatrizes grosseiras e visíveis e com retração de um dos mamilos.

Ainda que se admita que o intuito primordial da cirurgia era reparador, o médico jamais poderia ter ignorado o seu caráter estético, mesmo que isso não tivesse sido consignado no laudo que confirmou a necessidade da intervenção.

Afinal, além da resolução dos problemas físicos, é evidente que uma cirurgia desta natureza desperta na paciente expectativas quanto aos seus resultados estéticos. Para além disso, espera-se, pelo menos, que os seios mantenham um aspecto natural, que não cause nenhum desconforto ou constrangimento no convívio social ou íntimo. Nesse contexto, o resultado final do trabalho realizado pelo recorrente é inaceitável, exurgindo de forma clara a inexecução parcial da obrigação para a qual foi contratado.

Acrescente-se, por oportuno, que o uso da técnica adequada na cirurgia não é suficiente para isentar o recorrente da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. Se, mesmo utilizando-se do procedimento apropriado, o recorrente não alcançou os resultados dele esperados, há a obrigação de indenizar.

Ademais, como bem pontuado pelo TJ-MG, não foi cumprido o dever de informação. Se, como quer fazer crer o recorrente, fosse absolutamente razoável supor que a cirurgia pudesse ter esse resultado, cabia a ele alertar a recorrida desse risco.

Entretanto, de acordo com o acórdão recorrido, “quanto ao dever de informação, que deve ser exaustiva, não há prova nos autos de haver o médico-réu se desincumbido de cumprir esta obrigação, no sentido de deixar explícito à paciente não estar garantindo o resultado, explicando, ainda, cuidadosamente, o que esperar da operação” (fl. 360).

Com relação ao acórdão alçado a paradigma pelo recorrente, verifica-se que a situação nele descrita não se identifica com os fatos delineados pelo TJ-MG para o caso específico dos autos.

Para que se pudesse concluir pela similitude entre os julgados, seria necessário o reexame das provas carreadas aos autos, retificando o panorama

fático traçado pelo Tribunal Estadual para adequá-lo à versão trazida pelo recorrente, procedimento que, repiso, encontra óbice no Enunciado n. 7 da Súmula-STJ.

Além disso, há de se ter em mente que cada cirurgia deixa suas próprias sequelas, o que torna casuística a definição acerca da existência ou não de erro médico. No particular, o resultado da intervenção foi o de que as mamas ficaram com tamanho desigual, com grosseiras e visíveis cicatrizes, além de ter havido retração do mamilo direito. O dissídio, por sua vez, relata apenas a existência de “defeitos físicos deixados nas laterais dos seios” (fl. 457), concluindo que “o resultado da mamoplastia redutora efetuada na autora é bom, tanto sob o aspecto anatômico como funcional, com cicatrizes pouco perceptíveis” (fl. 458). Vê-se, portanto, que também do ponto de vista da extensão das sequelas, as hipóteses são bastante distintas.

Dessarte, não vejo como afastar a responsabilidade do recorrente pelo resultado final da cirurgia a que foi submetida a recorrida.

(iii) Da condenação ao pagamento de indenização por danos materiais. Violação dos arts. 1.059 e 1.060 do CC/1916; e 264, 282, III, e 460 do CPC

Aduz o recorrente que “ao propor a ação, a recorrida, embora tivesse postulado indenização por danos materiais, não declinou a causa de pedir para tanto”. Diante disso, afirma que o TJ-MG “extrapolou o espectro de cabimento do recurso [de apelação]” (fl. 557).

De acordo com o princípio da adstrição ou da congruência, previsto nos arts. 128 e 460 do CPC, deve haver estreita correlação entre a sentença e a causa de pedir e o pedido contidos na petição inicial.

Todavia, conforme entendimento assente do STJ, “o pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo” (AgRg no Ag n. 784.710-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 6.10.2010. No mesmo sentido: REsp n. 1.159.409-AC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 21.5.2010; e AgRg no Ag n. 1.175.802-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 15.3.2010).

Conforme se ressaltou no julgamento do REsp n. 1.107.219-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 23.9.2010, “os pedidos devem ser interpretados como manifestações de vontade, de forma a tornar o processo efetivo, o acesso à justiça amplo e justa a composição da lide”.

Vale menção, ainda, a ressalva feita no julgamento do AgRg no REsp n. 737.069-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 24.11.2009, de que

“não viola os arts. 128 e 460 do CPC a decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da demanda”.

Os precedentes acima denotam a posição consolidada do STJ quanto à necessidade de se conferir ao pedido uma exegese sistêmica, que guarde consonância com o inteiro teor da petição inicial, de maneira a conceder à parte o que foi efetivamente requerido, sem que isso implique decisão *extra* ou *ultra petita*.

Na hipótese dos autos, extrai-se da petição inicial que, frente ao resultado final da cirurgia, a recorrida “consultou outros profissionais da área, objetivando uma solução para o seu novo problema e foi informada de que não havia a possibilidade de reduzir o tamanho do seu seio esquerdo para igualar-se ao direito, uma vez que o seu problema só pode ser atribuído ao excesso de gordura retirado da mama direita, sendo que a solução seria a inclusão de uma prótese de silicone texturizada no seio prejudicado” (fl. 03).

Consta da inicial, ainda, que a recorrida procurou o médico recorrente “para solucionar a questão e este quis, uma vez mais, fazer com que esta fosse vítima de sua negligência, propondo-lhe a redução da mama esquerda para igualar-se à direita”, concluindo que “não restou à autora outra alternativa senão buscar a tutela jurisdicional, objetivando ver reparados os danos morais, estéticos e materiais” (fl. 03).

O teor dos trechos acima transcritos evidencia a pretensão da recorrida, ficando claro que o pedido de indenização pelos danos materiais sofridos compreende os custos relativos à realização de nova cirurgia estético-reparadora.

Acrescente-se, por oportuno, que não procede a alegação do recorrente, de que “a concessão de indenização autônoma por danos materiais enseja o enriquecimento sem causa da recorrida”. Sustenta que, como a primeira cirurgia fora realizada pelo SUS, “não se afigura razoável, nem justo, que à guisa de reparar o dano, o recorrente veja-se compelido a arcar com o custo de nova cirurgia, a cargo de médico profissional, se a recorrida pode ser operada novamente pelo SUS, elegendo médico para tanto” (fl. 558).

O recorrente, porém, incide em desvio de perspectiva. Deseja imputar ao Estado o ônus de uma falha que foi sua. O que não se afigura justo, nem razoável, é obrigar o erário a arcar com as despesas de uma cirurgia cujo escopo é corrigir um erro para o qual não concorreu e que seria absolutamente desnecessária se o médico tivesse, na primeira intervenção, cumprido a contento a sua obrigação de resultado.

Não se trata, pois, de enriquecer injustamente a recorrida, até porque não se vislumbra nenhuma vantagem financeira na indenização a ela deferida. Cuida-se, na realidade, de evitar o enriquecimento sem causa do próprio recorrente – que foi pago para a realização da primeira cirurgia, mas não cumpriu integralmente o seu mister – em detrimento do Estado.

Sendo assim, não ficou configurada nenhuma violação dos arts. 1.059 e 1.060 do CC/1916; tampouco dos arts. 264, 282, III, e 460 do CPC.

(iv) Da redução do valor fixado a título de danos morais. Violação dos arts. 1.059 e 1.060 do CC/1916

Aduz o recorrente que “a constatação (...) de que, sob o ponto de vista reparador, a cirurgia alcançou seu objetivo, deveria, ao menos, ser sopesada para fins de reduzir-se o *quantum* indenizatório arbitrado”.

Em primeiro lugar, noto que a condenação em danos morais está circunscrita ao abalo psicológico decorrente dos erros relativos à parcela estética da cirurgia, de modo que o fato da intervenção ter alcançado êxito em relação à sua parcela reparadora não têm nenhuma influência na fixação dessa verba indenizatória.

Seja como for, da leitura do acórdão recorrido não se pode concluir que essa circunstância não tenha sido levada em consideração pelo TJ-MG, sendo certo que cabia ao recorrente ter aviado essa questão nos embargos de declaração que interpôs, o que não foi feito.

Por outro lado, constitui entendimento pacífico no STJ que o valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado.

Nesse aspecto, o valor arbitrado pelo Tribunal Estadual, correspondente a 85 salários mínimos, nem de longe se mostra excessivo à luz dos julgados desta Corte, a ponto de justificar a sua revisão.

Aliás, além de o recorrente não ter trazido – como lhe competia – nenhum dissídio apto a demonstrar o suposto exagero do valor arbitrado, em consulta ao acervo de jurisprudência do STJ não encontrei nenhum caso recente de dano moral decorrente de erro médico cuja indenização tenha sido fixada abaixo dos 100 salários mínimos.

Portanto, nenhum reparo a fazer no valor fixado a título de indenização por danos morais.

Forte nessas razões, *nego provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.098.626-RJ (2008/0241151-0)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: João Gilberto Pereira de Oliveira

Advogados: Marcos Jose Santos Meira
Luciano Aragão e outro(s)

Recorrido: Emi Music Ltda.

Advogados: Cláudio de Souza Amaral e outro(s)
Raphael de Moraes Miranda
Antônio Pedro Raposo
Pedro Ivo S. Mello

Recorrido: Gramophone Discos Vídeo e Computador Ltda.

Advogado: Eric de Carvalho Ferreira e outro(s)

EMENTA

Direitos Autorais. CD “remasterizado” sem autorização do artista. 1) Comercializadora da obra tida pelo artista como violadora de direito autoral. Solidariedade alegada com fundamento no art. 104 da Lei dos Direitos Autorais. Necessidade de exposição de fatos e fundamentos jurídicos pormenorizados na inicial. Omissão. Princípio da adstrição ou asserção. Inviabilidade do acionamento. Improcedência quanto à comercializadora mantida. 2) Direito moral de artista. Modificação de gravações originais em novo CD “remasterizado”, lançado sem o consentimento do artista. Original alterado, conforme constatado por perícia e firmado pela sentença e pelo acórdão (Súmula n. 7). Direito moral do artista à identidade e integridade da obra violados. (arts. 25, IV, 52 da Lei n. 5.988/1973, atualmente arts. 24, IV, 49, da Lei n. 9.610/1998). 3) Dano moral por violação de direito moral do artista reconhecido: a) vedação de circulação futura sem consentimento do autor; b) impossibilidade de recolhimento de exemplares vendidos no âmbito nacional e internacional; c) indenização pela violação do direito moral do artista; d) pagamento de “royalties” por exemplares anteriormente vendidos. 4) Recurso especial do autor, único interposto, provido em parte, com observações.

1. - Na ação em que alegada infringência a direito moral de autor, inviável o acionamento da comercializadora da obra sem indicação de fatos e fundamentos jurídicos contra ela, dada a violação do princípio da adstrição ou asserção, insuficiente a invocação pura e simples do art. 104 da Lei dos Direitos Autorais. Improcedência da ação contra a comercializadora confirmada.

2. - É direito moral do autor, inalienável, portanto, recusar modificações não autorizadas de sua obra, constatadas por perícia e firmadas como matéria fática pelo acórdão recorrido, modificações essas realizadas por ocasião de processo de “*remasterização*”, independentemente de a obra indevidamente modificada vir a receber lãureas nacionais e internacionais respeitáveis, quando resta patente e durável o constrangimento do artista pela ofensa à identidade da obra.

3. - Violação de direito autoral moral determinadora da vedação de reprodução sem o consentimento do autor, mas inviável o recolhimento de exemplares já objeto de ampla circulação nacional e internacional, de modo que a consequência é a indenização por dano ao direito autoral moral, sem prejuízo do recebimento de “*royalties*” pelos exemplares já vendidos, em valor a ser apurado em liquidação por arbitramento.

4. - Recurso Especial do autor provido em parte, com observação, para: *a)* mantida a improcedência da ação quanto à comercializadora; *b)* condenar a gravadora (sem prejuízo de indenizações já fixadas, sem recurso, ao pagamento de “*royalties*” pela produção e venda de CDs de obra alterada, com infração a direito material e moral de autor, este a título de indenização, fixada no acréscimo de 6% ao valor dos “*royalties*” por alteração de obra, ofendendo direito moral de autor sem o consentimento do artista; *c)* observar a incidência de juros legais (CC/1916, art. 1.092 e CC/2002, arts. 406-407), sem juros compostos, porque não fixados pelo julgado, sem recurso do autor sobre a matéria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Massami Uyeda, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

maioria, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 29.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1. - O presente Recurso Especial (CF, art. 205, III, **a**) é interposto tão-somente pelo autor, *João Gilberto Pereira de Oliveira* contra as duas únicas Rés de *ação ordinária de obrigação de fazer e de indenização*, distribuída à 27ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro em 23.1.1997 (fls. 2): (1) *Emi Music Ltda.* e (2) *Gramophone Discos Vídeo e Computador Ltda.*

O caso iniciou-se sob a anterior Lei dos Direitos Autorais (Lei n. 5.988, de 14.12.1973), pois proposta sob sua vigência (petição inicial datada de 14.1.1997, fls. 41, e distribuída em 23.1.1997, fls. 2).

O Recurso visa à reforma de julgado da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rel. Des. *Marcus Tullius Alves* (julgamento resultante dos Acórdãos da Apelação, fls. 1.167-1.168, dos Embargos de Declaração, fls. 1.176-1.178 e sua complementação, fls. 1.286-1.288, esta após determinação deste Tribunal, Agr. Instr n. 718.249-RJ, fls. 396 e REsp n. 879.680, Rel. Min. *Castro Filho*, fls. 1.267-1.276).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento ora recorrido, negou integralmente provimento à Apelação do Autor, única interposta, e manteve sentença da 28ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, proferida pela Juíza *Maria Helena Pinto Machado Martins* (sentença, fls. 1.028-1.048), a qual julgou *procedente em parte a ação ordinária de obrigação de não fazer*, cumulada com *indenização*, movida pelo ora recorrente, quer dizer, condenação exclusivamente patrimonial, não tendo havido julgamentos de natureza diversa, especialmente não tendo havido determinação de paralisação de produção e comercialização de obras do autor.

2. - Na extensa petição inicial (datada de 14.1.1997, fls. 41, e distribuída em 23.1.1997, fls. 2, dando à causa o valor de R\$ 100.000,00, fls. 41), sustentou

o autor seu direito “com *fundamento* na Constituição Federal, artigo 5º, n. 5, XXVII, XXVIII e XXXV, no Código Civil, artigos 85, 115, 2ª parte, 159. 962, 1.059, 1.092, parágrafo único, 1.216, 1.218, 1.288 e 1.544, no Código Comercial, artigo 131, 3, na Convenção de Roma, de 1961, acolhida pelo Decreto n. 57.125, de outubro de 1975, nas Leis n. 4.944, de 6.4.1966; n. 5.988, de 14.12.1973, artigos 3ºm 35, 53, 94, 95, 122 e 123, de 14.5.1978, artigo 13 e parágrafo único; Código Penal, artigo 184 e seus parágrafos e demais disposições legais aplicáveis à espécie, e na forma dos artigos 282 e seguintes e 289 do Código de Processo Civil” (fls. 2).

A petição inicial (fls. 2-41) cumulou três fundamentos, com base nos quais formulou três pedidos, que abaixo se transcrevem:

1º fundamento. - No “Resumo dos Fatos”, a petição inicial sustentou, em síntese, que houve “condenável contrafação da obra de João Gilberto, praticada pela *Emi*, a partir do ano de 1988, com lançamentos, por ele não autorizados, em CD’s (*compact discs*)”, obra que “se compõe de 3 (três) LP’s e 1 compacto de vinil, perfazendo 39 (trinta e nove) fonogramas, gravados nos autos de 1958-1962, período em que João Gilberto manteve contratos de locação de serviços com a *Emi*, serviços esses de cantor, declamador e instrumentista, que não mais foram prestados a partir de 1962” (petição inicial, fls. 3).

Alegou, ainda, a inicial, que o Autor notificou a gravadora “nos idos de 1963”, “dando-lhe ciência de que não mais renovaria, como não renovou, contrato”, sendo que, “em adendo à ciência aposta à notificação, a Ré, por seu representante legal, declarou que, todavia, a vigência do contrato só cessaria [*sic*] em 17.11.1964” (doc. n. 01)” (inicial, fls. 3), mas “a *Emi* continuou lançando, por aquelas formas, a obra de João Gilberto, estabelecendo-se, assim, praticamente à revelia do intérprete, uma concessão, a tempo indeterminado, no período de 1962-1988”, e, “também por essa concessão, a *Emi* continuou pagando a João Gilberto um percentual irrisório, seguindo-se que, ‘diante de tão flagrante prejuízo, e na impossibilidade de um entendimento entre as partes, resiliram estas, bilateral e verbalmente, tal concessão, a título precário, no próprio ano de 1988, a partir de quando a *Emi* nada mais pagou ao Autor’, que passou a negar-se a dar a ‘autorização pra lançar aqueles 3 (três) LP’s em CD’s (*compact discs*), autorização essa que ela mesma reconhecia necessária indispensável (doc. n. 2)” (petição inicial, fls. 3).

Expõe, mais, o Autor, que “já depois de ter interpelado a *Emi*, visando a um acordo, o Autor tomou conhecimento de que a 1ª Ré havia criminosamente

remasterizado os discos originalmente gravados, danificando, banalizando toda a obra de João Gilberto, e passando a lançá-los, totalmente adulterados. Além disso, a *Emi* forneceu, também ilegalmente, autorização a terceiros, para lançamento desses *compact discs* no exterior e em todo o País, até mesmo para propaganda de produtos comerciais, contra a expressa negativa de João Gilberto”, de modo que “contra essa conduta, que ofende os direitos autorais patrimoniais e, acima de tudo, morais, se insurgiu João Gilberto, com o pedido de medida cautelar, deferida liminarmente”, “resultando daí a busca e apreensão de vários CD’S, fabricados e lançados pela *Emi*, que veio a trazer a prova material dos delitos por ela praticados”, e, “agora, sem prejuízo da propositura de outras ações contra a 1ª Ré, para recebimento da diferença entre a justa remuneração a que o Autor, já consagrado artista, tinha direito, pela exploração de sua obra (no período de 1962-1988) e as irrisórias quantias que lhe foram pagas, como direitos artísticos, além do ressarcimento pela violação de seu direito personalíssimo de imagem, vem propor a presente ação” (petição inicial, fls. 4).

Historiou, a petição inicial, que: 1º) na vigência do contrato, a título de *locação* (que, para o Autor teria findado em 1962, ao passo que para a *Emi*, teria terminado em 17.11.1964), foram gravados, exaurindo o contrato, três discos “*long playing*” e um disco compacto vinil, 45 rotações, a saber: a) “Chega de Saudade”, (1959), com doze músicas; b) “O Amor, o Sorriso e a Flor” (1960, com doze músicas; c) “João Gilberto” (1961), com doze músicas e d) quatro músicas; 2º) em seguida, a título de *concessão*, por tempo indeterminado e a título precário, porque findo o contrato de locação, no período de 1962 a 1988, foram realizadas reproduções da obra, não tendo, contudo, havido nenhuma nova gravação a partir de 1962. De qualquer forma, no ano de 1988, de comum acordo, as partes resiliram verbalmente essa última relação jurídica de concessão, não tendo o autor recebido mais nada a partir desse ano.

Prossegue a petição inicial expondo que, após tentativas malsucedidas de obter autorização para a exploração das gravações originais em *Compact Discs*, processo cogitado nem previsto, quer nos extintos contratos de locação, quer na concessão resilida”, a *Emi*, em novembro de 1988, dirigiu-se diretamente ao Autor, “afirmando a existência de entendimentos nunca mantidos, para, depois, pedir-lhe a confirmação de 4 pontos, pelos quais, de um lado, pretendia ressuscitar os já extintos ‘contratos de locação de serviços’ de 1958 e 1960, e de outro oferecia insignificantes aumentos percentuais na retribuição ao Artista (João Gilberto), tudo com a finalidade de *embutir* na nova pactuação a *sempre*

negada autorização para que a Fábrica (*Emi*) comercializasse *compact disc*, contendo as interpretações das composições já gravadas pelo Artista” (petição inicial, fls. 11-12).

A petição inicial realça, com citação de grandes nomes do meio artístico, a importância nacional e internacional que o Autor passou a ter, não mais podendo ser tratado “como se ainda estivessemos em 1958, quando João Gilberto, embora genial e extraordinário (o que sempre foi reconhecido pela *Emi*) ainda era um jovem idealista, simples e ingênuo, sem nenhuma idéia da retribuição a que já naquela época tinha direito” (petição inicial, fls. 15).

Demais, salienta a petição inicial a inimaginável transformação ocorrida na indústria de gravações fonográficas, desde os tempos dos contratos extintos (1958-1962), em que “reinava o veloz e quebrável disco de 78 rotações, que começava a ceder o seu espaço para o LP de vinil, por permitir gravações de maior número de canções e, portanto, maior lucratividade”, ao passo que “somente quase 30 anos depois, foi que começou a surgir o lançamento dos CD’s (*Compact Discs*), com a referida fixação em *laser*, que, portanto, não era nem poderia ser objeto de previsão em contratos de mera ‘locação de serviços’ específicos, nos quais, segundo as normas que regem o tema dos direitos do autor e dos conexos aos de autor, não se pode cogitar de *cessão* ou de *qualquer forma* de transferência *patrimonial*, que seria, além do mais, inconstitucional, de forma que “não sendo a ‘locação de serviços’ uma forma de aquisição de *propriedade*, e não sendo a *interpretação* do Artista uma propriedade da *Fábrica* locatária, não poderia esta reproduzir a interpretação do já universalmente consagrado João Gilberto, sem sua expressa, e por escrito, autorização, principalmente em se tratando de uma nova e imprevisível forma de utilização econômica nos extintos contratos de 1958-1962” (petição inicial, fls. 17-18).

Nesse contexto, prossegue a petição inicial, “o que se tornou objeto de propriedade da Fábrica (*Emi*) foram, apenas, as velhas *matrizes* (coisas) das gravações originais da interpretação do Artista (João Gilberto), nunca os direitos autorais decorrentes da reprodução de tais gravações por nova e imprevisível modalidade tecnológica, e com a conseqüente nova utilização econômica”, impondo-se nova pactuação, pois, “a partir de 1962, mesmo para a utilização econômica restritivamente prevista nos contratos, deveriam as partes ajustar nova forma atualizada de remuneração, que já não poderia ser a representada pelos insignificantes percentuais dos contratos de 1958-1962, dada a galopante inflação que, então, dominava o País, e dada a inegável ascensão do Artista no

cenário mundial da música – ajuste esse que não foi feito, nem judicial, nem extrajudicialmente, o que levou às partes a contratarem, verbalmente, uma simples e precária concessão, que, também, verbalmente se resiliu, a partir de 1988, quando a Fábrica nada mais pagou ao Artista” (petição inicial, fls. 23-24).

Assim, a Cláusula 6ª do Contrato em nada socorreria à pretensão da Fábrica, pois “todos os direitos nela previstos diziam respeito às interpretações de músicas de terceiros, durante a vigência dos contratos de 1958-1962, e tão somente incidiam sobre a modalidade de *discos* e gravações então existentes no mercado da música e a expressão ‘qualquer outro meio’ referida na cláusula significa, reprodução das matrizes originais, sem alteração de qualquer natureza, nos meios existentes, divulgados e comercializados no período contratual (1958-1962)”, não se tendo falado “em qualquer outro meio que vier a ser criado, o que, ademais, seria totalmente ilícito, não significando transferência do direito, mas, como está expresso, apenas o seu exercício. A Cláusula 8ª, por sua vez, apenas estabeleceria que ‘o Artista (João Gilberto) seria exclusivo no período de 1958-1962, nos exatos limites dos serviços contratados (petição inicial, fls. 25).

2º fundamento. - Sustentou a petição inicial que a Fábrica, além disso, “sem autorização, expressa ou tácita do Artista, e, ao contrário, em razão de sua negativa veemente, a Fábrica (*Emi*), repita-se, lançou no Brasil e em vários países (...), a partir de 1988, CD’s (*compact discs*), com as mesmas gravações (e já agora adulteradas por processos inadequados, tecnicamente condenáveis e danosos) decorrentes dos contratos de locação de serviços de 1958-1962, numa flagrante violação aos direitos autorais patrimoniais e aos direitos morais do Artista (João Gilberto)”, tendo sido, em “vendas ostensivas feitas no estabelecimento da *Gramophone Video Computador Ltda.* (...), em que ‘estavam expostos à venda inúmeros exemplares de CD’s – *compact-discs*, com as criações artísticas de João Gilberto, completamente mutiladas, como se comprovou com a execução da medida cautelar de busca e apreensão ali realizada”, locupletando-se “em detrimento do Artista (João Gilberto), causando dano irreparável à arte, à história e à cultura, com as adulterações praticadas, a partir de 1988” (petição inicial, fls. 26).

Expõe a petição inicial que “a bossa nova é um som criado por João Gilberto”, tendo “aquele ritmo lá dentro, o 2-4 de *swing* intenso do samba brasileiro, recriado e filtrado”, estando essa filtragem sonora consolidada “nos três elepês que João Gilberto Gravou para a *Emi* (ex-Odeon), este som foi reconhecido e admirado mundialmente”. Mas, “em 1988, a *Emi* surpreendeu o autor desse som com o lançamento em CD. João Gilberto nunca deu licença

para tal. Ademais, conforme se veio a apurar posteriormente, utilizando-se de inadequadas técnicas, a gravadora cometeu uma violação, verdadeira destruição de uma fortaleza inexpugnável, que resultou em mutilação da obra: alterou o som, a mixagem, a ordem das faixas; inventou um *medley* (*pout-porri*) que vulgariza o disco; colocou efeitos tolos, agressivos e desnecessários; deturpou o *feeling*, mudou o sentimento; banalizou a arte, tudo provado e comprovado através do laudo (coc. n. 21) realizado pela empresa de consultoria americana (ON – Core Consulting, INC), (...) documentos esses, juntos (...) _ nos autos do Processo Cautelar” (petição inicial, fls. 27).

Assim, prossegue a inicial, “o desrespeito flagrante da *Emi* ao trabalho do artista João Gilberto, vendendo-o errado, prejudica seu nome e diminui o valor de uma obra que sempre foi orgulho da nação” e, “ao mutilar essa obra artística, atacando exatamente o som original, a gravadora causa um dano à arte, à história e à cultura”, de forma que “a leviandade criminosa da *Emi* em transmitir, sem autorização do Artista (João Gilberto) o legado original, produz uma referência errada para as novas gerações, prejudicando assim o futuro da arte” (petição inicial, fls. 27).

3º fundamento. - Alega, mais, a inicial, que “a *Emi* passou a fazer propaganda comercial de produtos como os lançados pelo grupo ‘O Boticário’ e suas franquias”, concedendo, contra a vontade do Artista, indevida “autorização àqueles negociantes, que levaram a efeito produção de material publicitário para divulgação na televisão dos produtos ‘O Boticário’, na qual se utilizou ilegalmente, em CD, a obra musical ‘Coisa Mais Linda’, de autoria de Carlos Lyra e Vinícius de Moraes, interpretada pelo Artista (João Gilberto)”, não havendo autorização para alteração da obra e “ainda mais em meios de divulgação de propaganda de produtos de qualquer natureza” (petição inicial, fls. 28-29).

Ajuntou, a petição inicial, argumentos doutrinários e jurisprudenciais, transcrevendo-os (fls. 29-38).

E, ainda a petição inicial, resumiu os *pedidos*, nos termos que se transcrevem (fls. 38-40):

1) sejam as Rés condenadas solidariamente a se *absterem*, em definitivo, de produzir e comercializar CDs contendo gravações da obra de João Gilberto, no Brasil e no exterior, *retirando* do mercado todos os exemplares já produzidos, sob pena do pagamento, a partir da citação feita na medida cautelar) ou de outro termo que V. Exa. fixar), da *multa diária* de R\$ 10.000,00 (a ser corrigida, na forma da lei), sem prejuízo de novas *buscas e apreensões* e das *sanções penais* a serem impostas em procedimento próprio;

II) seja a 1ª ré condenada a pagar ao Autor perdas e danos, correspondentes:

a) a toda a receita por ela ilegalmente auferida, em decorrência da produção e comercialização da obra de João Gilberto em CD, a partir dos primeiros lançamentos feitos em conseqüência das gravações por essa forma (CD) não autorizada e criminosamente realizada (1988), inclusive a que, em verdade, auferiu pelo uso criminoso da obra do autor, em propaganda do "Boticário", tudo a ser quantificado no processo de liquidação;

a.1) se, todavia, por absurdo, não for reconhecido o inequívoco direito do autor à receita total, ora pleiteada, entendendo-se ser o caso de pagamentos de royalties sobre tal receita, que estes sejam fixados à base de 18% (C. Processo Civil, artigo 289);

b) a toda a perda da receita (advanced de royalties efetivamente devidos a artistas de renome e genialidade do gabarito do autor e royalties sucessivos de 18% sobre todas as vendas que seriam efetivamente feitas), que além disso, João Gilberto auferiria: 1º) se tivesse autorizado a fixação dos fonogramas em causa através de CD's; 2º) se não houvesse sido praticada a adulteração de suas obras, com a falta de observância, pela 1ª Ré, quanto da remasterização ilícita das criações de João Gilberto em CD's de má qualidade técnica (contra a vontade do Artista); 3º) por terem essas ilícitas reproduções em CD banalizado o produto em qualidade, desvalorizado o seu preço e determinado uma venda acentuadamente inferior à realizada pela 1ª Ré, se fossem respeitadas a perfeição e a incomparável originalidade da criação de João Gilberto e preservada a memória de sua obra (bossa nova), como um todo indivisível, para as novas gerações (o que acarretou a perda de um valiosíssimo e significativo mercado comprador), conforme se apurar no processo de liquidação;

c) do dano moral, consubstanciado em todo o padecimento espiritual do Autor (causado pela 1ª Ré), durante todos esses anos, em que tem visto seu talento, sua genialidade, sua dedicação necessariamente obsessiva em busca da perfeição artística, frontalmente agredidos, sem o mínimo respeito. Não se dimensiona o valor do sofrimento, mas o seu causador, movido por simples intuito de lucro fácil e vulgar, deve ser exemplarmente punido, em quantia bastante significativa, a ser arbitrado por V. Exa. na conformidade das informações técnicas a serem prestadas pelo expert do Juízo, para que o trauma causado a um verdadeiro símbolo da música nacional mundial não fique sem o merecido reparo, em respeito à constituição e aos princípios da Mora e da Justiça;

d) juros ordinários e compostos, desde o início dos ilícitos civis e criminais aqui descritos (Código Civil, artigos 962 e 1.544);

e) correção monetária, na forma da lei, desde a prática dos mesmos ilícitos;

III) sejam as rés, solidária e proporcionalmente aos valores das correspondentes responsabilidades, condenadas nas custas e em honorários advocatícios de 20% sobre tais montantes."

3. - A *sentença* (fls. 1.028-1.048), conservada intacta, repita-se, pelo julgamento ora recorrido (Acórdão da Apelação, fls. 1.167-1.168; Acórdão de Embargos de Declaração, fls. 1.176-1.178 e Acórdão complementar, 1.286-1.288), *julgou improcedente* a ação quanto à segunda ré, a *Gramophone Discos Vídeo e Computador Ltda.*, e *julgou procedente em parte* a ação quanto à segunda ré, a *Emi Music Ltda.*, de modo que, mantida totalmente, é essa a situação que permanece inalterada até o presente julgamento, sob o seguinte dispositivo: (fls. 1.048).

Sentença

(...)

Isto posto, diante da fundamentação acima e por tudo mais que nos autos consta passo a proferir a seguinte decisão:

a) **Julgo improcedente o pedido** Formulado em face do segundo réu.

Condeno o autor ao pagamento de custas proporcionais e honorários de advogado que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa de forma atualizada.

b) **Julgo procedente** o pedido fls. 39, **a** parte final; devendo a parte ré realizar pagamento ao autor de valores auferidos pela autorização e utilização da obra do autor em propaganda da rede de perfumaria "*O Boticário*"; montante este a ser detectado em qualificação por arbitramento.

c) **Julgo crocedente** o pedido deduzido em face do primeiro réu, às fls. 39, **b** condenando este a proceder pagamento de "*royalties*" ao autor no percentual de 18% sobre as vendas realizadas pertinentes a obra deste e pertinente aos CD's mencionados na inicial; valor este a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

d) Com relação ao primeiro réu tem-se que a verba pertinente a custas e honorários deve seguir regra aposta no art. 21 "*caput*" do CPC.

4. - As partes interpuseram Apelações, que foram desprovidas pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rel. Des. *Marcus Tullius Alves*, tendo sido o 1º Acórdão de Apelação e o Acórdão de Embargos de Declaração assim lançados fl. 1.167-1.168 e fls. 1.176-1.178:

1º Acórdão - Apelação

Ação ordinária precedida de cautelar. Obrigação de não fazer. Indenização por ato ilícito. Uso de obra fonográfica não autorizada pelo autor. Direito aos *royalties* pela edição e comercialização de "CD" com obras musicais do autor. Improcedência devidamente justificada carreada a parte do pedido autoral e com o fim de excluir o suposto direito de impedir a edição e comercialização de "CD"

com obras musicais do autor. Desprovimento dos recursos diante do acerto da sentença.

Cuida a presente hipótese de recursos manejados contra a sentença estampada em autos de Ação de Obrigação de Não Fazer com pedido cumulado de indenização lavrada no juízo da 28ª Vara Cível da Comarca da Capital (fls. 1.028-1.048), que fez por concluir da improcedência do pleito direcionado contra a segunda ré e procedente, em parte o pedido em relação a composição ao dano material reconhecido pela desautorizada propaganda que fez por utilizar obra do autor e a ser liquidado por arbitramento, bem como ao pagamento de “royalties” no percentual de 18% (dezoito por cento) sobre as vendas dos CDs, liquidando-se de igual forma, com a aplicação da regra esculpida no art. 21 do Código de Processo Civil.

O autor primeiro recorrente arguindo por afrontado e lesionado em seus direitos por parte da decisão proferida nos autos pretende com o presente apelo modificar os termos da conclusão judicial invocando por equívoco de interpretação na fixação do direito perseguido e de molde a motivar o Órgão Colegiado a rever os termos da decisão recorrida para abraçar ao todo do pedido tal como formulado com a exordial.

O recurso recebido no juízo sustenta em síntese, como forma de inconformismo tirado contra o julgado que não teria reconhecido, como deveria fazê-lo do convencimento diante da prova produzida da violação do direito autoral do autor pronto a justificar as bases do reconhecimento do ato ilícito cometido pelas demandadas capazes de motivar a indenização ampla perseguida com a exordial, uma vez, que a digna sentença não fez assegurar a integridade da obra tal como concebida pelo recorrente fazendo editar CD contrafeito tomando como base substanciais modificações das obras originárias transformando a edição em desrespeito a verdadeira obra tal como concebida.

Aduz, ainda, que a primeira apelada não titular dos direitos morais do autor que são inalienáveis e que a prova produzida no bojo dos autos é suficiente a sufragar o acolhimento dos pedidos contidos na exordial não atendidos plenamente pela decisão vergastada.

Assim, faz por reprecisar os argumentos de que a sentença passando ao largo da prova real dos fatos e do direito, especialmente, aqueles consignados na Lei n. 5.988/1973, art. 25, IV e art. 94; Lei n. 9.610/1998, art. 24, e na Lei n. 9.610/1998, art. 89, merece ser reconsiderada pelo Tribunal.

O apelo da primeira ré, por sua vez, busca modificar, em parte, a decisão arguindo por equívoco judicial na fixação do percentual dos “royalties”, uma vez, que entende ferido o princípio da *Pacta Sunt Servanda* já que deveria ser respeitado o avençado nos pactos celebrados nos idos dos anos 50 e 60 onde restaram consignados os percentuais de 1,5% e 2,5%, rejeitando a aplicação à hipótese do princípio “*rebus sic stantibus*”.

O recurso manejado pela segunda ré apenas busca o modificativo do julgado em relação a honorária de sucumbência a que se viu condenado o autor a

pagar na ação cautelar preparatória postulando pela elevação do percentual a 20% (vinte por cento) do valor da causa porque, em verdade, o que buscava o autor, primeiro recorrente, era obter do juízo a cifra de mais de US 700.000.000 (setecentos milhões de dólares).

Os recursos foram contra-arrazoados e os autos se encontram aptos a merecer a análise pelo Colegiado.

É o relatório.

Em que pesem as letras dos presentes recursos na busca da reversão do julgado fls. 1.028-1.048, entendo que a decisão ora vergastada deve prevalecer como fonte de aplicação do melhor direito.

Assim, consigne-se em primeiro plano como satisfatoriamente resolvidas as preliminares de ilegitimidade sustentada pela contestante, terceira recorrente, Gramophone discos Vídeo e Computadores Ltda., bem como, da regularmente afastada prescrição aquisitiva da segunda apelada.

No mérito, é certo que a questão posta sob debate tem seus limites na pretensão autoral da abstenção da produção e comercialização do CD denominado "O Mito" por irregular condensação da obra musical do autor, cortes que alteraram a integridade da concepção estática e de molde a especificar o pedido reverberado às fls. 1.011 dos autos de recomposição por dano moral decorrente de violação de direito, ou seja, de garantir a integridade da obra musical.

Nesse sentido estou convicto que a decisão produzida às fls. 1.028-1.048, não está a merecer as críticas dos apelos produzidos porque com base na prova carreada ao processado fez por lavrar fundamentação coerente e estudiosa de molde a aplicar corretamente o direito não reconhecendo a sustentada mutilação da obra, resguardando o direito financeiro sobre a mesma e a que faz jus seu renomado autor, indenizando-o sob regular medida na exploração publicitária não autorizada por empresa do ramo de perfumaria.

Também, na vereda dos consectários decorrentes da apreciação dos pedidos contidos na exordial e trasladados, inclusive, na medida cautelar julgada improcedente entendo que bem andou a digna sentenciante em fixar a honorária de sucumbência ao aplicar o disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil, remetendo a liquidação por arbitramento os pedidos suplementares contemplados ao primeiro recorrente.

Em suma, pela análise do contido nos autos, e nos termos da decisão devidamente fundamentada não vejo como acolher as irrisignações das partes em relação ao direito tal como posto na sentença e que a meu sentir não sofre as críticas dos apelos produzidos.

Por essas considerações, nego provimento ao recurso para manter integra a decisão ora vergastada.

2º Acórdão – Embargos de declaração

Interpostos pelo autor (acórdão de fls. 1.176-1.178).

Apelação cível. Embargos de declaração. Matéria de direito devidamente apreciada pela Câmara. Inexistência da hipótese prevista no artigo 535, II do Código de Processo Civil. Embargos rejeitados. Decisão confirmada”.

Trata-se de Embargos de Declaração opostos à decisão de fls. 1.167-1.168, a qual negou provimento a recurso de apelação do autor ora embargante, que insurgia-se contra a decisão monocrática que julgou improcedente o pedido contra a segunda ré, e procedente em parte o pedido objetivando a composição do dano material reconhecido pela desautorizada propaganda que fez por utilizar obra do autor a ser liquidado por arbitramento, bem como ao pagamento de *royalties* no percentual de 18% (dezoito por cento), sob as vendas dos CDs, liquidando-se de igual forma, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Diante da inexistência de argumentos capazes de modificar o que fora decidido monocraticamente e evidenciada a manifesta improcedência dos recursos de apelação interpostos, foi negado provimento aos mesmos, conforme fls. 1.167-1.168, sendo contra esta decisão que é apresentado o presente recurso de embargos de declaração.

Não obstante a insistência do embargante não assiste razão ao mesmo, porquanto o acórdão ora atacado foi bastante claro no conhecimento do acerto da sentença atacada.

Entretanto, conforme já mencionado, não ficou demonstrado nos autos a ocorrência de danos morais, e, portanto bem aplicada à dita sentença do Juízo singular em todos os seus termos, conforme já apreciada pelo acórdão ora vergastado.

Frise-se que os embargos destinam-se única e exclusivamente a sanar os vícios elencados no artigo 535 do Código de Processo Civil, não verificados nos autos em questão.

Certo é que o Embargante insurge-se contra o mérito da decisão, e não contra defeitos nelas existentes, apesar de, ao final de sua explanação, aduzir a existência de omissão, não vislumbrada, destacando que o artigo 557 do Código de Processo Civil, que permite a negativa de seguimento contempla apenas a hipótese de agravo de instrumento.

Descabe nos Embargos de Declaração a rediscussão da matéria trazida com a insurgência recursal à segunda instância, tendo, no caso em destaque, a decisão embargada apreciado toda a matéria pertinente.

Cuida, na espécie, trazer à colação decisão da Corte Excelsa, que, através de sua 2ª Turma, julgando Agravo Regimental RTJ 172, tendo como relator o eminente Ministro Celso de Mello, assim decidiu:

Embargos de declaração. Caráter infringente. Inadmissibilidade. Inocorrência dos pressupostos de embargabilidade. Embargos rejeitados.

Os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições, e suprir omissões que eventualmente se registrem no acórdão proferido pelo Tribunal. Revelam-se incabíveis os embargos de declaração, quando, inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535), vem tal recurso, com desvio de sua específica função jurídico-processual, a ser utilizado com a finalidade de instaurar, indevidamente, uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal. Precedente.

O recurso de embargos de declaração não tem cabimento, quando, a pretexto de esclarecer uma inócurrenre situação de obscuridade, contradição ou omissão do acórdão, vem a ser utilizado com o objetivo de infringir o julgado.”

Diante de tais fundamentos, rejeitam-se os presentes Embargos de Declaração.

5. - O Autor interpôs Recurso Especial contra esse Acórdão, alegando violação dos arts. 458, II, 535, II, do Código de Processo Civil; 25, IV, 52 da Lei n. 5.988/1973; 24, IV, 49, da Lei n. 9.610/1998.

Não admitido o Recurso Especial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi dado provimento ao Agravo de Instrumento interposto, por decisão do E. Min. *Castro Filho*, determinando a subida do Recurso Especial (Agr. Instr. n. 718.249-RJ, fls. 396).

A seguir, a 3ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial (REsp n. 879.680-RJ, Rel. Min. *Castro Filho*, fls. 1.267-1.275), reconheceu a ocorrência de omissão no Acórdão recorrido, declarando a violação do art. 535, II, do Cód. de Proc. Civil, e deu provimento ao Recurso do Autor, ora Recorrente, a fim de que fosse explicitado entendimento quanto aos pontos suscitados em Embargos de Declaração, mormente quanto à alegada violação do art. 24, IV, da Lei n. 9.610/1998.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu, então, Acórdão complementar (Rel. o E. Des. *Marcus Tullius Alves*, fls. 1.285-1.288), no qual consignou que as rés, ora recorridas, agiram em conformidade com o disposto no contrato celebrado pelas partes, e, sendo as edições autorizadas, concluiu incabível o pedido de indenização por danos morais.

Esse segundo julgamento da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, constou de um 3º Acórdão, como segue: (fls. 1.285-1.288):

3º Acórdão (ante determinação de novo julgamento)

Apelação cível. Embargos de declaração. Matéria de direito devidamente apreciada pela Câmara. Inexistência das hipóteses previstas no artigo 535, II do Código de Processo Civil. Embargos não providos. Decisão confirmada.

A Terceira Turma do Excelso Superior Tribunal de Justiça formulou compreensão da necessidade de retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se manifeste acerca da matéria articulada nos Embargos de Declaração de fls. 1.170-1.173 dos autos.

A decisão colegiada fez por negar provimento a ambos os recursos de apelação, nos termos da ementa e da fundamentação do acórdão de fls. 1.167-1.168 do processado.

Inconformado com a decisão, o primeiro Apelante ora Embargante argumenta que o Acórdão ora combatido foi omissivo, uma vez que não apreciou corretamente os argumentos levantados no apelo com relação à integridade da obra, que deve ser mantida mesmo no caso de cessão de direitos patrimoniais, conforme dispõe os artigos 24, inciso IV, 40, inciso I e 89, ambos da Lei n. 9.610/1998 e artigos 25, inciso III e 94 da Lei n. 5.988/1973, sob pena de tornar ineficaz a proteção legal, a integridade da obra, seja como direito moral do autor, seja como direito do consumidor.

Argui, ainda, que o pedido formulado em face da apelada Gramophone Discos Vídeo e Computador Ltda., referente a condenação a não comercializar o ilegal CD "O Mito", não foi apreciado corretamente no acórdão ora vergastado.

É o relatório bem sucinto.

Trazida a questão insatisfatória em sede de Embargos (fls. 1.170-1.173), como sendo em resumo a ausência de fundamentação no Acórdão produzido e julgado no dia 9.11.2004, sob o crivo dos seguintes temas:

1) Direito a integridade da obra que é inalienável e se mantém mesmo no caso de cessão dos direitos patrimoniais.

2) Condenação a não comercialização pela Gramophone Discos Vídeo e Computador Ltda. referente ao CD "O Mito";

Na esteira da questão moral é possível compreender, diante das provas testemunhais e pericial, que a obra apesar de ter sofrido mudanças, essas, em momento algum, prejudicaram ou atingiram a honra do autor, bem como de igual modo jamais implicaram na sua reputação.

Nestas circunstâncias impossível conferir valores positivos e práticos na norma do inciso IV do artigo 24, do inciso I do artigo 49 e do artigo 89, todos da Lei n. 9.610/1998.

Abalizando a questão e com muita propriedade a eminente Juíza de Direito, Dra. Maria Helena Pinto Machado Martins, fez pacificar a questão, aplicando coerentemente as norma do direito de maneira devida, conforme se verifica de parte dela reproduzida abaixo:

Configura-se de forma clara e precisa que deveras foram promovidas alterações com relação a obra originária do artista. Tais mudanças referem-se especialmente ao fato de que as músicas foram “aglomeradas” em um CD; sofrendo processo de remasterização.

As mudanças detectadas durante a instrução processual conferem subsídios a caracterização de danos de natureza moral?

É certo que o autor enfrentou situação que lhe causou dor em virtude de terem ocorrido irregularidades no trabalho de regravação de suas obras e que ao seu ver estas “falhas” teriam lhe imposto danos de natureza moral.

Conforme é de curial sabença os danos de natureza moral referem-se a máculas impostas a honra, privacidade, esfera íntima e integridade psicológica do ofendido; o que inclusive guarda amparo no texto do art. 5º da Constituição da República.

Deve ser considerado, ainda, em sede de configuração desta espécie de dano a gravidade da ofensa na esfera anímica do autor; seu aspecto objetivo e ainda seu reflexo no campo social.

Ante a leitura dos autos e no esteio da prova carreada aos autos tem-se que em linhas gerais e para grande parte do público não são passíveis de serem detectadas as “alterações” impostas na regravação das matrizes da obra do artista autor.

Tanto é assim, que notícias existem no sentido de que as obras remasterizadas alçaram sucesso de venda, inclusive agraciando o autor com prêmio.

As mudanças mencionadas foram detectadas por pessoas extremamente ligadas a música e atividade de produção da mesma, conforme demonstra depoimento da testemunha Edna Maria de Almeida (estudiosa e admiradora da obra do autor); bem como pelo “expert” designado pelo Juízo que revelou-se inclusive bastante honrado com o desempenho de suas atividades no caso em tela.

Em que pese o teor da prova acima e, em especial, da prova técnica, entende este Juízo que situação apontada nos autos escapa a esfera do homem comum, tratando-se de sensibilidade extremada e, por isto, não restariam configurados de forma patente os danos de cunho moral.”

Dessa forma, não se pode acolher como válido o pedido relativo a danos de natureza moral.

No tocante ao segundo item, constante da pretensão em ver condenada a não comercializar o CD, chamado o “O Mito”, pela Gramophone Discos Vídeo e Computador Ltda., não se tem estruturado em regras legais ou contratuais.

Embora haja documentalmente comprovado o encerramento da relação jurídica do direito material, representado por contrato estabelecido por ambas as partes, restou positivado como fruto dessa relação o direito da parte embargada, *Emi Music Ltda.*, em editar novas obras, já gravadas pelo autor.

A compreensão voltada nesse sentido encontra amparo nas cláusulas contratuais de n. 5 e n. 6, estampado às fls. 53-56 dos autos.

“Como corolário exato do direito consignado e assinalando que o autor, ora embargante, cedeu a gravadora exclusividade sob interpretações decorrentes do contrato, ainda quando já não vigentes, legitimaram a empresa embargada a realizar novas edições.

Sobre esse aspecto é possível ressaír que a *Emi Music Ltda.*, perpetrou atos regulares e com assento permitido no âmbito contratual e legal, e sendo a Gramophone uma empresa que mercancia as obras fonográficas, claro está que ela agiu de igual maneira regular que a *Emi Music Ltda.*

“Não há assim como imputar qualquer outra acepção que não aquela devidamente expressada e decidida na Sentença *a quo*.

“Cumpre ainda, esclarecer que a jurisprudência nacional já fez por consagrar o princípio de que o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ter-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.

Portanto, pelo exposto acima não se vislumbra ao caso em tela a hipótese de omissão arguida pelo ora embargante.

6. - O Autor interpôs, então, novamente, Recurso Especial, ora em julgamento (fls. 1.290-1.308), alegando a violação, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, dos arts. 24, IV, 49, I, e 104, da Lei n. 9.610/1998, e 25, IV e 94 da Lei n. 5.988/1973.

Afirma que a idéia de “integralidade da obra” não pode ser resumida ao senso crítico do consumidor médio, de modo que “não seria possível ter como parâmetro autorizador da venda de produtos ‘alterados’ a ignorância da população geral em relação aos produtos originais e àqueles contrafeitos” (fl. 1.294).

Argumenta que a demanda não versa meramente sobre indenização por danos morais, mas também sobre proteção de direitos morais de autor, assegurados pelo art. 24, IV, da Lei n. 9.610/1998, argumentando que é autor-intérprete das obras em discussão e, como tal, titular de direitos morais sobre elas.

Nesse contexto, prossegue, teria direito autoral moral de respeito à integridade da sua obra e de se opor a modificações ou à prática de atos que possam prejudicá-lo ou atingi-lo em sua reputação ou honra, como teria ocorrido quando a *Emi Music Ltda.* lançou a compilação de vários de seus discos em um único álbum “*remasterizado*” intitulado “O Mito”.

Afirma que as instâncias do Tribunal de Justiça de origem reconheceram expressamente a existência de modificações nas músicas e destaca trechos da sentença em que o Juízo de Primeiro Grau admite que a obra foi realmente alterada.

A par disso, alega que, no material encartado no álbum do CD “O Mito”, a gravadora descreveu-o, a ele, autor, de forma ridícula e afrontosa, como: “uma das personalidades mais estranhas da música brasileira em todos os tempos, capaz de conjugar atitudes as mais insólitas a reações completamente inusitadas. Daí o verdadeiro folclore que envolve a figura de João, a quem só podemos chamar (...) o mito” (fl. 1.302, os destaques constam das razões do Recurso Especial).

Pede a “imediata abstenção da propagação de sua obra indevidamente alterada e ao mesmo tempo pede que lhe seja conferida indenização tanto pelo uso indevido de sua obra quanto pelo dissabor de ver suas músicas banalizadas em um único disco compacto feito à sua inteira revelia” (fl. 1.301).

Além de apontar a responsabilidade da *Emi Music Ltda.*, que “atingiu fatalmente a honra e a reputação de João Gilberto (dano moral constitucional) quando o chamou, pejorativamente, de estranho, de folclórico e de ‘O Mito’” (fl. 1.303), explica que a responsabilidade da *Gramophone Discos Vídeo e Computador Ltda.* decorre do art. 104 da Lei n. 9.610/1998, porquanto realizou a comercialização do álbum em discussão.

7. - *Gramophone Discos Vídeo e Computador Ltda.* ofereceu contrarrazões (fls. 1.316-1.336).

Alegou que o Autor, ora Recorrente, não indicou nenhum prejuízo ou dano às obras musicais ou a ele, mesmo porque não teria existido danos ou prejuízos, mas, ao contrário, o álbum “O Mito” (no exterior: “*The Legendary João Gilberto*”) foi mundialmente festejado e angariando para o autor a premiação por revistas especializadas.

Pondera que o Autor objetiva submeter a esta Corte Superior, constitucionalmente reservada apenas ao exame da interpretação da lei federal, o reexame das provas trazidas aos autos e das cláusulas contratuais consideradas pelo Tribunal de origem, de modo que não deve ser conhecido o recurso do autor, dada a incidência das Súmulas STJ n. 5 e n. 7.

8. - *Emi Music Ltda.* apresentou contrarrazões (fls. 1.327-1.347), argumentando que, “no exercício do direito de propriedade, a gravadora recorrida

fez relançamentos dos discos gravados pelo recorrente, inclusive por meio de CDs, mas sempre com o aproveitamento das mesmas matrizes originais no processo denominado remasterização” (fl. 1.341).

Sustentou que o álbum não mutilou as gravações originais e, além disso, seu lançamento nos Estados Unidos como “*The Legendary João Gilberto*” foi premiado como um dos 100 melhores discos da década de 90 pela revista especializada “*Down Beat*”.

Alegou que não deve ser conhecido o recurso do Autor, com fundamento nas Súmulas n. 5 e n. 7-STJ e, ainda, que a matéria não foi prequestionada no Tribunal de origem.

9. - Indeferido na origem, o Recurso Especial subiu a esta Corte em virtude de provimento de Agravo de Instrumento n. 104.261-RJ pelo Relator do presente julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 10. - **Prequestionamento.** - Os temas tratados nos artigos apontados no Recurso Especial foram debatidos no Acórdão recorrido, de modo que está satisfeito o requisito do prequestionamento.

11. - **Não incidência das Súmulas STJ n. 7 e n. 5.** - Nenhuma das controvérsias assinaladas encontra obstáculo nas Súmulas n. 7 e n. 5 desta Corte, que, respectivamente, vedam o reexame de provas e a interpretação de cláusulas contratuais por este Tribunal – destinado, este, relembre-se, precipuamente, à interpretação da legislação federal (Constituição Federal, art. 103) e não ao re julgamento, de processos já julgados pelos Tribunais de origem.

Não incidem as Súmulas STJ n. 5 e n. 7 porque, conquanto as partes Recorridas tenham invocado os respectivos verbetes, não se verifica a necessidade de análise de provas ou de mera interpretação de cláusulas para o presente julgamento.

a) Quanto à Súmula n. 7, tem-se que afinal, o fato sobre o qual o Recorrente sustenta seu ponto de vista jurídico está bem definido pela sentença e pelo Tribunal de origem.

Com efeito, na sentença, está escrito, com todas as letras, que o fato da alteração das obras na nova gravação realmente ocorreu, havendo a sentença observado o que segue (fl. 1.045):

Configura-se de forma clara e precisa que deveras foram promovidas alterações com relação a obra originária do artista. Tais mudanças referem-se especialmente ao fato de que as músicas foram “aglomeradas” em um CD; sofrendo processo de remasterização.

O Acórdão, por sua vez, acompanha a Sentença nesse ponto, e deixa clara a afirmação de que a obra foi modificada. Concluir em sentido contrário é que, efetivamente, demandaria reexame de prova.

b) Quanto à Súmula n. 5, por sua vez, a ausência de óbice nela alegado é corolário do reconhecimento, como matéria fática, de que realmente, na gravação “*remasterizada*” do CD “O Mito”, houve alteração da obra, direito moral do autor, porque o contrato anteriormente celebrado, há longos anos, não girou a respeito da outorga à gravadora da potestade de modificação, por nenhuma razão, da obra do autor.

Não tendo o contrato girado em torno da possibilidade de alteração da obra, evidente que não conteve nenhuma cláusula a respeito, de forma que nunca se poderia, em consequência, ter discussão a respeito de cláusula contratual, tratando-se de contratação de pura reprodução da obra, e não de coisa diversa, que era a sua alteração – para a qual teria sido necessário outro contrato.

Atente-se a que, sendo os instrumentos contratuais escritos muito antigos, celebrados com a *Fábrica Odeon*, antecessora da ré *Emi Music*, (décadas de 1950 e 1960 – fls. 53-56), nem mesmo havia tecnicamente como imaginar o processo de compactação de gravações de CDs, por intermédio de “*remasterização*”, de forma que absolutamente ausente cláusula contratual sobre a matéria, de forma que não se está, positivamente, no campo da interpretação de cláusulas contratuais de contrato celebrado quando as partes contratantes nem mesmo imaginavam, tecnicamente, o então inexistente objeto de contrato - isto é, o CD - *compact disc* e o trabalho *remasterizado*.

12. - **Inexistência de responsabilidade da Gramophone.** - Não há, quanto à ré *Gramophone*, comercializadora da obra, nenhuma responsabilidade pelos fatos alegados na inicial, de modo que a ação foi corretamente julgada improcedente quanto a essa ré, ora recorrida.

A sentença (fls. 1.033) firmou, com segurança, que a própria petição inicial desta ação movida pelo Autor, ora Recorrente, não expôs nada que estabelecesse

responsabilidade da comercializadora *Gramophone* pela gravação do CD ou de seu uso na publicidade realizada em prol de “O Boticário”.

Havia, é certo, o autor, dirigido contra ela, a comercializadora *Gramophone*, solidariamente com a *Emi Music*, pedido de abster-se de “comercializar CD’s contendo gravações da obra de João Gilberto, no Brasil e no exterior” (fls. 38, pedido item I), pedido esse que foi rejeitado pela sentença (vindo da rejeição, aliás, a consequência da improcedência da ação e não da pura ilegitimidade de parte quanto à *Gramophone*).

Invocou a sentença, adequadamente, a chamada “teoria da asserção” (fls. 1.033), que rege o processo judicial, teoria pela qual, no processo em juízo, só se discute e julga o que o autor tenha alegado clara, precisa e definidamente contra o réu, não se admitindo alegações genéricas, sem indicação de fatos e fundamentos jurídicos, contra o réu, porque, se tal fosse aceito, não teria ele, o réu, contra o que se defender, o que levaria a grosseira infringência à lei processual (e.g., CPC, arts. 286, 300 e 302) e à própria Constituição Federal (CF, art., 5º, LV)¹, dada a violação da garantia do Contraditório, para cuja configuração é preciso que o réu saiba, clara e precisamente, o que lhe é atribuído, para contra ele poder defender-se.

Bem concluiu, pois, a sentença, no tocante à inadmissibilidade do acionamento dessa ré (sentença, fls. 1.032-1.033, “*sic*”):

No que tange a alegação de ilegitimidade apresentada por *Gramophone Vídeo Computador Ltda.* denota-se que não deve a mesma ser acolhida. É evidente que de acordo com a narrativa apresentada pela parte autoria e de no esteio da Teoria da Asserção presente legitimidade do contestante, mormente quando consideradas esta em face do pleito formulado às fls. 38, I; em face deste réu e que pertine ao pedido de interrupção da mercancia das obras fonográficas invocadas.

Note-se que não os outros pedidos formulados pelo autor são apresentados em face deste réu e sim direcionados ao primeiro réu.

Atente-se a que a Medida Cautelar, anteriormente ajuizada com o objetivo de busca e apreensão dos CDs, foi julgada extinta.

Deve, pois, ser negado provimento ao recurso do autor, no tocante à comercializadora, *Gramophone*.

Mantém-se intacta, pois, nesse ponto, a sentença, inclusive quanto ao pagamento, pelo autor, das custas, despesas processuais e honorários advocatícios despendidos por essa co-ré, ou seja, honorários de 10% sobre o valor atribuído

à causa, devidamente corrigido (a partir da data em que judicialmente firmado o valor da causa, que é a data da distribuição da petição inicial, pois, embora datada de dias antes pelo Advogado, 14.1.1997, fls. 41, e submetida a despacho do Juiz também antes, 16.1.1997, fls. 2, só se tornou documento formalizado em Juízo com a distribuição, em 23.1.1997, fls. 2).

13. - **Uso de obra em propaganda de “O Boticário”** - A ré *Emi Music* foi (sentença, fls. 1.047, não alterada pelo Acórdão ora recorrido) condenada a:

realizar pagamento ao autor de valores auferidos pela autorização e utilização da obra do autor em propaganda da rede de perfumaria “*O Boticário*”; montante este a ser detectado em liquidação por arbitramento.

Não houve recurso da ré *Emi Music*, vencida nesse capítulo do julgamento, de maneira que nada há agora que julgar a respeito, persistindo, pois, a condenação.

14. - **Direito a “royalties” como direitos conexos por lançamento.** - A sentença, mantida totalmente pelo Acórdão, negou ao Autor, ora Recorrente, indenização por violação ao chamado direito moral, relativamente ao lançamento do CD “O Mito”, matéria que ainda se enfocará neste voto, mas reconheceu-lhe direito ao pagamento de “royalties” pela violação de direitos conexos de intérprete, decorrentes do lançamento de obras pelo período de 1964 a 1988 (fls. 1.037-1.038).

O Acórdão, mantendo integralmente a sentença, nada alterou quanto à condenação a esse pagamento e a *Emi Music*, ora Recorrida, não recorreu a esta Corte a respeito, de forma que a sentença deve permanecer, nesse ponto, como está escrita, com a condenação da referida ré, ora recorrida, *Emi Music*, ao pagamento determinado pela sentença, nestes termos (sentença, fls. 1.038):

Não há que se considerar, portanto, que tenha havido “concessão” precária pelo autor quanto ao lançamento de obras no período de 1964/1988 e tampouco em desfazimento verbal, posto que não perdurava qualquer ajuste neste período, mas tão somente pagamento de valores outrora fixados no contrato já encerrado, operando-se efeitos deste.

Como corolário da fundamentação esposada o autor faria jus tão somente ao recebimento de “royalties” decorrentes do lançamento dos produtos fonográficos desde o desfazimento do contrato ainda na década de 60.

Subsiste, pois, a parte da sentença que “fecha” o pertinente dispositivo da seguinte forma (dispositivo da sentença, fls. 1.048):

Julgo procedente o pedido deduzido em face do primeiro réu, às fls. 39, **b**; condenando este a proceder pagamento de “royalties” ao autor no percentual de 18% sobre o as vendas realizadas pertinentes a obra deste e pertinente aos CD’s mencionados na inicial; valor este a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

A subsistência da condenação, ora irrecorrida, ao pagamento de “royalties”, tal como realizada, não exclui o pleito do Autor a eventual reconhecimento a direito de outra natureza, ou seja, o de direito autoral moral, no tocante à questionada gravação do CD “O Mito”, o que ainda se analisará.

15. - **Proteção legal do direito moral de autor quanto ao CD “O Mito”.**

- O julgamento do caso dá-se segundo as regras relativas ao direito de autor, tratando-se de pleito originário de direito conexo de intérprete e ressaltando-se que o caso já assim foi considerado pela sentença e pelo Acórdão recorrido, bem como que se trata de intérprete de notória individualidade de interpretação criadora, a ponto de marcar decisivamente a transformação da cultura de sua arte.

Ademais, restam legalmente equiparados intérpretes, executantes e artistas, materializada a equiparação na Convenção de Roma, como lembra, acentuando, embora, a diferença originária, ELIANE Y. ABRÃO: “Na dificuldade de conceituar as obras dos intérpretes, os especialistas internacionais os situaram na categoria imprópria de titulares de direitos conexos, lado a lado da indústria responsável pela fixação e divulgação de suas interpretações. Imprópria porque, sendo verdadeiros autores de suas interpretações e execuções, nada os diferenciaria de um arranjadador de obra musical ou de tradutor ou de adaptador, a quem a lei reconhece autoria”, perdendo importância a distinção de que “embora cada cantor ou ator interprete a obra autoral literária ou musical de um modo diferente, com ingredientes da própria personalidade, são os artistas intérpretes e executantes titulares não de um direito de autor, mas de um direito conexo a ele” (“Direitos de Autor e Direitos Conexos”. S. Paulo, Ed. Do Brasil, 2002, p. 73).

O destaque autoral da interpretação, agora com roupagem nova, já era intuído, em contexto diverso, é certo, em conferências magníficas de SAVATIER como diálogo entre o Mercúrio do comércio e as Musas da criação artística, obra dessas que o gênio dos grandes civilistas franceses sabia produzir: “*Un jour, dans un cabaret de Montmartre ou de Monparnasse, un chansonnier improvise. Ce jour-là, la Muse chante en lui. Et sa chanson sera de celles qu’un an après, fredonneront*

tous les garçons et toutes les filles. En la chantant, au cabaret, il n'a pourtant concouru qu'à un contrat de représentation. / Mais la chanson a été enregistrée sur disque. Et le disque est mis en vente par un professionnel. Au contrat de représentation, succède alors, pour le chansonnier, un contrat d'édition. Voici que, dans les cafés et les hôtels, le disque tourne devant les danseurs qui répètent la rengaine. Cela constitue un nouveau contrat de représentation ou le créateur garde ses droits pécuniaires et (juridiquement parlant) ses droits moraux. / Même dans une fête officielle, le disque résonne. Un cinéaste prend cette fête dans un documentaire parlant, chanson comprise. C'est un nouveau contrat d'édition, où le chansonnier doit toujours intervenir. / Puis, voici que le film se déroule dans les salles de cinéma. Et ce sont de nouveaux contrats de représentation, que exigent pareillement l'assentiment du chansonnier" („„)“La cascade de techniques en techniques, d'arts en arts, d'enregistrements en spectacles et de spectacles en enregistrements peut encore se poursuivre à travers les caprices de la radio, de la télévision, de la radio-télévision. / Ainsi tourne en casse-tête la tâche du juriste. Et les tribunaux on peine à suivre la course, à travers les quadrilles, de plus en plus compiquées, que figure la danse endiablée de Mercure et des Muses” / Ils s'y enforcent pourtant. Chaque fois que la création originelle de l'auteur subit une nouvelle transformation, prend une nouvelle figure, les droits moraux et pécuniaires des créateurs continuent de s'imposer” (RENÉ SAVATIER. Le droit des arts et des lettres. Les travaux des muses dans les balances de la justice”. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953, p. 54).

16. - **Direitos autorais patrimoniais e direitos autorais morais.** - Conquanto bem conhecida, a distinção, necessário, para a congruência da motivação do julgado, estreitar os direitos patrimoniais e os direitos morais do autor, à luz da legislação brasileira.

a) Os direitos patrimoniais dizem respeito à exploração da obra, que pode ser contratualmente cedida a outrem, no caso, a gravadora, que recebeu esses direitos ao celebrar contrato de locação de serviços com o Autor, ora Recorrente, em contratos celebrados nos anos cinquenta e sessenta, até se expirarem, como o reconheceram a sentença e o Acórdão, interpretando a relação contratual e constituindo matéria de reexame vedado por este Tribunal (Súmula n. 5), até se expirarem, repita-se, antes da produção do CD, com as gravações antigas, objeto deste Recurso.

“O direito patrimonial do autor liga-se ao conceito de propriedade” (PLÍNIO CABRAL, “A Nova Lei dos Direitos Autorais”, S. Paulo, ed. Harbra, 4ª ed, 2003, p. 48). Pode haver transferência dos direitos patrimoniais de

autor (Lei n. 9.610/1998, art. 49). Podem ser objeto de contrato. No âmbito contratual, os direitos patrimoniais inserem-se em meio à própria situação contratual patrimonial em que gerados.

Sobre esses direitos patrimoniais não há mais controvérsia por julgar no momento, à vista, repita-se, de tratar-se de matéria fática e de interpretação de cláusulas contratuais (Súmulas n. 5 e n. 7), já consolidada pela sentença e pelos Acórdãos e, o que é do maior relevo no caso, não devolvidas ao conhecimento deste Tribunal pelas Rés, que não recorreram.

Tem-se por intocável a conclusão de que, quando reproduzida a obra no controvertido “*Compact Disc*”, não havia contrato vigente para a produção de *compact disc - CD* entre o Autor, ora Recorrente, e a gravadora ora Recorrida, bem como que não houve nova autorização para uso da obra antes cedida em consequência do contrato passado, em aludido CD.

Lembre-se que o próprio fato da reprodução da obra fonográfica em nova modalidade, o “*Compact Disc*”, ainda que fosse na vigência do contrato que lhe autorizava a reprodução em outra modalidade, já gerava, para o artista, no âmbito dos direitos patrimoniais, direito a remuneração diversa da remuneração comum decorrente da reprodução por processo autorizado anterior.

b) Os direitos morais do autor comparam-se, adequadamente, ao direito de paternidade da obra, criando vínculo indissolúvel entre ela e o criador.

O saudoso Prof. CARLOS ALBERTO BITTAR caracterizou os direitos morais do autor como “os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade” (“Direito de autor”, S. Paulo, ed. Forense Univesitária, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2003, p. 47).

São, realmente, como que direitos de paternidade. Devido a esses direitos morais é que ao autor é garantido, por exemplo, de que qualquer utilização da obra se realize com a divulgação do próprio nome, assegurando-lhe o direito de permanecer inédito e de realizar alterações na obra.

TINA HART, LINDA FAZZANI e SIMON CLARK assinalam o caráter de direito de paternidade desse direito: “*This is the right of the author to a literary, dramatic, musical or artistic work and the right of a director of a film to be identified as such whenever, clearly speaking, the work is performed*” (“Intellectual Property Law. London: Palgrave MacMillan, 2009, p. 210).

Em princípio, são direitos imprescritíveis, sobrevivem ao autor e, em princípio, “não podem ser objeto de contrato”, chegando-se a afirmar na doutrina

que “qualquer estipulação contratual tendo em vista os direitos morais é nula de pleno direito” (PLÍNIO CABRAL, *ob. cit.*, S. Paulo, ed. Harbra, 4ª ed., 2003, p. 45).

Asseguram-se ao autor ou intérprete de obras intelectuais ou artísticas direitos inalienáveis, dispondo sobre determinados bens imateriais dos quais o autor pode dispor independentemente de já ter transferido a parte patrimonial de sua obra.

O direito autoral moral garante a integridade da obra: *“This right arises automatically and does not need to be asserted. It applies to the same copyright works as the paternity right. ‘Derogatory treatment’ is an ‘adition to, deletion from or alteration to or adaptation’ of a copy right work shich distorts or milatys the work or which is in any away prejudicial to the honour or reputation of the author”* (TINA HART, LINDA FAZZANI e SIMON CLARK, *ob. cit.*, p. 211). E o direito moral do autor à integridade da obra garante-lhe o respeito ao original, como advertem RALPH S. BROWN e ROBERT C. DENICOLA: *“These rights are often called ‘moral rights’. They include the author’s right to claim ‘paternity’ of the work and to protect the ‘integrity of the work”* (“Copyright”. New York. Foundation Press: 2005, p. 774).

Esse direito moral é, atualmente, assegurado pelo art. 24, IV, 49, I, e 104, da Lei n. 9.610/1998, era também expressamente garantido ao autor pela Lei n. 5.988/1973, arts. 25, IV, 52, § ún., e 94, da Lei n. 5.988/1973.

Lei n. 5.988, de 14.12.1973:

Art. 25. São direitos morais do autor: (...)

IV. O de assegurar-lhe a integridade (da obra), opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

Art. 52. Os direitos do autor podem ser, total ou parcialmente, cedidos a terceiros por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representante com poderes especiais.

Parágrafo único. Se a transmissão for total, nela se compreendem todos os direitos do autos, salvo os de natureza personalíssima, como o de introduzir modificações na obra, e os expressamente excluídos por lei.

Art. 94. As normas relativas aos direitos do autor aplicam-se, no que couber, aos direitos que lhes são conexos.

Lei n. 9.610, de 19.2.1998:

Art. 24. São direitos morais do autor: (...)

IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra.

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I – a transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita.

Assim, o art. 24, IV, da lei de regência dispõe caber ao autor o direito inalienável de se opor a mudanças na obra, independentemente da qualidade dessas modificações. Em caso semelhante, a Quarta Turma deste Tribunal, quanto à obra literária, interpretando o mesmo dispositivo legal ora em causa, já decidiu:

Direito do Autor. Texto literário. Reprodução. Modificação. Há ofensa ao direito do autor na reprodução não autorizada, - ainda que em obra didática, com indicação da origem e do nome do autor, - quando feita com cortes, nova disposição e montagem do original, prejudicando a criação literária.

Arts. 49, I, a e 25, IV da Lei n. 5.988/1973.

(REsp n. 103.297-MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 24.3.1997).

Da inalienabilidade do direito moral de autor, contudo, não decorre que, no caso de violação desse direito moral, sendo impossível a recomposição específica do próprio direito, deixe de haver sancionamento do agente violador por intermédio de indenização, vindo, no caso, mais uma exteriorização da regra de que o direito obrigacional indenizatório torna-se o reparador comum ao largo leque de violações aos direitos – a ponto de haver-se alçado a justa reparação do próprio dano moral geral (atualmente, Cód. Civil/2002, arts. 953 e 954).

Atente-se a que não há, no caso, autorização, ou celebração de acordo sob algum contrato-tipo da entidade reguladora, que tornasse possível a modificação da obra, como se excepcionou em caso julgado pelo Tribunal Supremo da Espanha: *“Propiedad intelectual: derechos morales: derecho a la integridad de la obra: vulneración: inexistencia; grabación de la canción o “zortziko” conocida como “Maite”: modificaciones de la obra menor justificadas por las necesidades de grabación que no*

perjudican la reputación del autor y tienen amparo en el contrato-tipo celebrado con la SGAE” (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Sentencia n. 683/2008 de 17 julio).

Ademais, quanto ao direito à integridade e à não-modificação da obra, a sua relevância não está apenas no aspecto moral para o autor, mas, também, na proteção do patrimônio artístico e cultural. No nosso sistema de proteção autoral, é somente o autor que pode realizar as modificações no original da obra, pois esta implica a sua substituição por uma outra. (EDUARDO SALLES PIMENTA. Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza, São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, p. 205).

17. - **Violação da identidade da obra no CD “remasterizado”**. - O fato objetivo da “remasterização” da obra fonográfica é, em si, inócuo, quanto à identidade da obra.

Explica NEHEMIAS GUEIROS JR: “1.3 A masterização. A mixagem foi um procedimento que só começou a ser adotado em larga escala na década de 60, e sua difusão na indústria musical foi proporcional à evolução tecnológica dos equipamentos de gravação e dos suportes materiais fonográficos, capazes de portarem sons e/ou imagens. Mas com a chegada da revolução digital, na década de 80, um terceiro processo de finalização da gravação foi introduzido pelo mercado: a masterização, que vem do inglês *masterizing* ou *masterization*. Constitui um processo eletrônico destinado a conferir excelência de qualidade sonora ao produto musical, ajustando, acertando e eliminando piques de alta e baixa frequência na linha musical, harmonizar todas as complexas estruturas resultantes de uma faixa musical pronta e mixada e realizar a edição da música, definindo o começo e o fim da faixa. Os novos equipamentos digitais de masterização são capazes de fazer literalmente um raio-X da faixa gravada, descendo a níveis estruturais da música, detectando minúsculas variações de padrões e frequências, às vezes com duração de menos de um segundo, que, no contexto geral, produzem imperfeições e desajustes. Com um leve toque do mouse do computador e tendo a faixa musical representada por um curioso esquema gráfico na tela, o técnico de masterização corrige, altera, inclui e complementa uma composição musical, sem precisar recorrer em nenhum momento a outro instrumento musical. Tudo é feito e processado dentro do computador. As empresas japonesa e americana Atari e MacIntosh estão entre as que produzem equipamentos específicos para gravação e masterização musicais. Um dos equipamentos mais populares hoje no mercado é o pro-tools,

abreviação de *professional tools*, ou ferramentas profissionais, que é, na realidade, um complemento para a fase de mixagem em estúdios, mas que prepara o trabalho para a fase posterior, de masterização. Ao mixar o trabalho no pro-tools, o engenheiro já estará ao mesmo tempo preparando o terreno para a masterização, pois a máquina utiliza o mesmo método que será empregado naquela terceira e última fase de finalização de um produto musical. (...) ‘Temos então que a masterização é o terceiro e último processo de finalização de um produto musical, com o objetivo de conferir-lhe a qualidade e a excelência necessárias à difícil escalada das paradas de sucesso. É bem provável que dentro de mais alguns anos esse processo não seja mais o último e que a vertiginosa evolução tecnológica a que assistimos diariamente produza algo novo, para conferir ainda mais perfeição ao produto musical final (NEHEMIAS GUEIROS, JR. O Direito Autoral no Show Business”, 3ª ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005, p. 243-244).

Trata-se processo tecnológico criado em fase de evolução do sistema de reprodução eletrônica de sons, no caso, os fonogramas musicais. O efeito, em princípio, é o da simples reedição, trabalhada por processo digital. E, quanto à digitalização, dela, em si e por si só, não decorre a consequência da violação da obra, porque não significa novo tratamento, refundição. Na síntese de GERHARD SCHRIKER: “*ist auch die Digitalisierung von Werken keine Bearbeitung*” (“a digitalização das obras não é um arranjo”) (LOEWENHEIM/HOEREN, *Handbuch des Urheberrechts*, § 9 Rdn. 220; Dreyer in *HK-UrhR Rdn. 10*; Schricker in Schricker (Hrsg.), *Informationsgesellschaft*, S. 40. *Ebenso wenig stellt die Aneinanderreihung oder Sammlung von mehreren Originalarbeiten eine Bearbeitung der Einzelwerke dar* (BGH GRUR 1990, 669/673) (“Urheberrecht”, München, Verlag C. H. Geck, 2006, p. 143).

Mas, embora em si a “*masterização*” digital não implique necessariamente alteração da obra, pode a modificação ocorrer no processo, de modo que o que se tem de ver, é o caso concreto, ou seja, se na hipótese em exame, a “*masterização*” na elaboração do “*Compact-disc*” questionado preservou a identidade da obra, respeitando o direito moral do Autor, ora Recorrente, a essa mesma identidade.

Aliás, o Assistente Técnico do Autor, *Caetano Emanuel Viana Teles Veloso*, sintetizou a diferença de tratamento em casos de remasterização, ressaltando a validade do processo no geral dos casos, conquanto reprovando a realizada no caso presente: “A remasterização de Discos de Vinil *Long Playing* (LP’s) para produção de discos Compactos (CD’s) consiste em traduzir-se para a

linguagem digital o som gravado analogicamente. Como a reprodução não se dá de forma mecânica, e, em tese, os ruídos são eliminados. Por outro lado, o produto sonoro ganha em durabilidade. Quando os CD's surgiram, no início da década de oitenta, houve músicos, técnicos e mesmo simples consumidores que puseram em dúvida a qualidade do som captado e reproduzido de forma digital. Mas as limitações que eram apontadas – perda nas altas frequências, estreitamento da faixa sonora – foram minoradas ou totalmente superadas pelo amadurecimento do uso da nova técnica. Assim, muito do que já estava no mercado fonográfico em forma de discos de vinil foi devidamente remasterizado para produção de CD's. O que trouxe benefícios financeiros para as gravadoras e, conseqüentemente, para muitos artistas. Tais benefícios, entretanto, não foram proporcionados a João Gilberto, em virtude da péssima qualidade da masterização e do processamento, como descrito pelo perito do Juízo. Ao contrário: por essas falhas gritantes da Ré, João Gilberto sofreu e continua sofrendo incalculáveis prejuízos” (fls. 599).

Essa questão não teria surgido se tivesse havido autorização do autor para a reprodução dos fonogramas de discos antigos na forma de CDs “remasterizados”, autorização essa que a sentença e o Acórdão concluíram inexistente.

Por outro lado, e isso é decisivo para o deslinde da controvérsia, a sentença e o Acórdão, consignaram, expressamente, que houve, efetivamente, alteração dos fonogramas, constantes dos quatro discos anteriores, na produção do CD “*masterizado*”, conquanto acabassem por relevá-la.

Está-se, pois, no campo das peculiaridades fáticas do caso, imutáveis no âmbito deste Tribunal. Essas peculiaridades são as que seguem.

a) A primeira peculiaridade consiste na conclusão da sentença de que a utilização da obra primitiva, gravada em processos técnicos históricos, em três discos “*Long Playing*” e em um “*disco 45 Rotações*” em processo fonográfico novo, “*CD – Compact Disc*” questionado, não foi precedida de autorização do Autor, ora recorrente, para a reprodução de fonogramas primitivos, contratualmente adquiridos pela gravadora, ora Recorrida para gravações em suporte técnico coevo à época do contrato – ou seja, o “*long playing*” e o “*disco de 45 rotações por minuto*”.

A autorização para uso dos fonogramas de que titular a ora Recorrida circunscrevia-se ao suporte material existente à época da contratação, quando não havia o suporte material dos “CDs”. Essa autorização tinha que ser expressa, clara, irretorquível, não seriamente contrastável. Devia ter sido específica para

o “CD - Compact-Disc”, ou, se genérica, havia de ter escrita em termos que inequivocamente abrangessem os processos novos, que viessem a surgir, no desenvolvimento tecnológico.

À ausência de previsão específica ou genérica abrangente, não havia como concluir houvesse o artista autorizado a reprodução comercialmente exploradora da obra em processo técnico que lhe ampliasse o uso e, conseqüentemente, o aproveitamento comercial pela gravadora, que, com esse processo novo, é claro que passaria a ter mais lucro, sem aumento proporcional da remuneração do artista, limitada a percentuais forçosamente mais modestos, decorrentes do sistema de gravações primitivo.

Essa necessidade de autorização é, na teoria geral dos atos jurídicos, fundada na velha – conquanto sempre de renovada validade – cláusula “*rebus sic stantibus*”.

A repercussão econômica da produção em CD de gravações anteriormente realizadas por discos foi sintetizada com clareza em resposta de *Caetano Emanuel Viana Teles Veloso*, assistente técnico do autor, ao 6º quesito do autor: “6º) O lançamento, em um só CD, dos 39 fonogramas da obra do Autor, constitui sério fator de redução de valor comercial do produto oferecido o público? – Resposta: Sim. É evidente que um disco não é o mesmo que três discos. É claro que um CD com 39 fonogramas não será vendido pelo preço de três discos. Logo o artista receberá cerca de 1/3 do que receberia se existissem os 3 CD’s no mercado” (fls. 597). A diferença de proveito econômico, portanto, existe, embora o percentual não possa ser presumido tão genericamente, devendo ser calculados custos e proveitos e considerando-se, inclusive, a reduzir a matemática fracionária referida, que, afinal de contas, não mais viável a reprodução da obra no suporte técnico de vinil.

Recorde-se que a Sentença e o Acórdão analisando os fatos (Súmula n. 7) e as cláusulas contratuais (Súmula n. 5), deixaram claramente firmado que não havia contrato entre as partes para a reprodução das gravações primitivas em CDs, havendo-se definitivizadas essas conclusões.

Dessa forma, a reprodução em CDs das gravações anteriormente contratadas para “*Long Playings*” e “*45 Rotações*”, ocorreu por conta e risco da gravadora, ora Recorrida, tornando-se inevitáveis as conseqüências do agir desamparado de prévia autorização ao Autor, ora Recorrente.

Esse fundamento, isoladamente, já seria o bastante para o provimento do Recurso do autor, mas ainda há mais, como se verá.

b) A sentença, e, conseqüentemente, o Acórdão, que a confirmou intacta, analisando a prova produzida, concluíram que houve, realmente, alteração das gravações originais, durante o processo de “*remasterização*”, desconsiderando-a, embora, como de menor importância.

A sentença, com efeito, após anotar que realizava o “estudo das razões apresentadas pela parte autora e provas carreadas aos autos, inclusive Laudo Pericial de fls. 561-588”, e salientar que “Há diversas notícias divulgada em jornais de grande circulação que apontam que a obra ‘proibida’ de circular no Brasil foi premiada no Exterior” (fls. 354 e 355), terminou por consignar que:

A prova oral detecta que deveras promovidas alterações com relação a obra do autor quando da edição do CD e que tais mutações decorrem basicamente do processo de remasterização” (...) e que

Quanto a manifestação do Sr. Perito sobre o efeito estereofônico é narrado às fls. 572 que:

Constata-se um aumento enorme de frequências e reverbações. Isto pode ser visto nos gráficos FFT (Transformadora de Fourier) que mostram a mudança do espectro de frequências ao longo do tempo. *Na prática, a gravação perdeu a transparência nas frequências médias e as reverbações agudas se tornam muito evidentes, atrapalhando a audição. Acrescenta-se o supérfluo, escondendo o fundamental”.*

Configura-se de forma clara e precisa que deveras foram promovidas alterações com relação a obra originária do artista. Tais mudanças referem-se especialmente ao fato de que as músicas foram “aglomeradas” em um CD; sofrendo processo de remasterização.

Houve, pois modificação da obra, apenas não se viu expressividade da alteração, de modo a desencadear indenização por dano moral.

Mas o instituto do dano moral, que serviu de base à sentença e ao Acórdão para descaracterizar direito à indenização, é de outra espécie, que não a de que trata este processo, ou seja, é o dano moral comum, genérico, não o dano a direito moral do autor em manter a integridade da obra, sendo sabido que, neste último caso, o da proteção do direito moral do autor, trata-se de questão de maior rigor do que a existência da moléstia moral comum, apta a gerar indenização.

Veja-se com a sentença - e o Acórdão - mitigaram a ocorrência de violação de dano moral, invocando padrões de análise do dano moral comum, com inovações, aliás, de respeitadas tratadistas do dano moral comum, afastando-se, pois, os julgados, do enfoque do direito moral do autor à integridade da obra, com efeito, invocou, a sentença, o ensinamento de SÉRGIO CAVALLIERI

FILHO (“Programa de Responsabilidade Civil”, S. Paulo, Malhadeiros, 2ª tiragem, p. 77-77v), com remessa à lição de ANTUNES VARELLA, de que a gravidade do dano:

há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). “Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito; o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado (Das obrigações em Geral, 8ª edição, Coimbra, Almedina, p. 617), de modo que “só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade Exacerbada estão fora de órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade dos nossos dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenização pelos mais triviais aborrecimentos (grifos nossos).

Acrescentou, o julgado de origem, que:

“não se pode conferir acolhimento do pedido relativo a danos de natureza moral por entender este Juízo que não estão demonstrando os contornos pertinentes a tal espécie de dano; eis que deve ser avaliado o dano pertinente ao homem médio e não a particularidade excessivas”, de forma que as mudanças, detectadas durante a instrução processual, não configurariam danos de natureza moral (...) devendo “ser considerado, ainda, em sede de configuração desta espécie de dano a gravidade da ofensa na esfera anímica do autor; seu aspecto objetivo e ainda seu reflexo no campo social”, mas que, “ante a leitura dos autos e no esteio da prova carreada aos autos tem-se que em linhas gerais e para grande parte do público não são passíveis de serem detectadas as ‘alterações’ impostas na regravação das matrizes da obra do artista autor”, tanto sendo assim “que notícias existem no sentido de que as obras remasterizadas alçaram sucesso de venda, inclusive agraciando o autor com prêmio” e que “as mudanças mencionadas foram detectadas por pessoas extremamente ligadas a música e atividade de produção da mesma, conforme demonstra depoimento da testemunha Edna Maria de Almeida (estudiosa e admiradora da obra do autor); bem como pelo ‘expert’ designado pelo Juízo que revelou-se inclusive bastante honrado com o desempenho de suas atividades no caso em tela”, mas concluindo, o Juízo, que, “em que pese o teor da prova acima e, em especial, da prova técnica, entende este Juízo que situação apontada nos autos escapa a esfera do homem comum, tratando-se de sensibilidade extremada e, por isto, não restariam configurados de forma patente os danos de cunho moral.”

E concluiu, o julgado, lembrando novamente ANTUNES VARELA, que:

“a gravidade do dano há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). “Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito; o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado (Das obrigações em Geral, 8ª edição, Coimbra, Almedina, p. 617) e que, ‘nesta linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade Exacerbada estão fora de órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade dos nossos dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenização pelos mais triviais aborrecimentos’ (grifos nossos)”, de modo que, “como corolário do exposto não se pode conferir acolhimento do pedido relativo a danos de natureza moral por entender este Juízo que não estão demonstrando os contornos pertinentes a tal espécie de dano; eis que deve ser avaliado o dano pertinente ao homem médio e não a particularidade excessivas.

O enfoque dado pelo Julgado ora recorrido foi adequado ao negar o dano moral comum, mas afastou-se, contudo, do fio de outra questão dos autos, que é outra modalidade de ofensa a direito moral, isto é, a ofensa ao direito moral de autor, bem diverso, etiologicamente, do dano moral de direito civil geral.

A alteração da obra, reconhecida, mas minimizada pela sentença e pelo Acórdão, não podia ser realizada, independentemente da vontade do Autor, ora Recorrente, em virtude do princípio da identidade da obra, decorrente do próprio direito da personalidade do autor.

A violação da identidade da obra não se afasta diante do fato de a obra alterada haver sido premiada com láurea da maior respeitabilidade mundial.

A verdade é que houve alteração da obra, isto é, ofensa à sua identidade (tomado o termo no sentido do maior rigor lógico, quer dizer, princípio da identidade do ser) donde se segue que, como, no caso, a reprodução foi diferente, ainda que, sob tantos ouvidos ilustres e respeitáveis, bem feita, a obra reproduzível, consistente nas obras dos quatro discos primitivos, não foi idêntico à obra reproduzida no CD *remasterizado*.

18. - Reporte-se, uma vez mais, aos termos do julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, compostos pelos Acórdãos e pela sentença por eles integralmente confirmada.

A sentença, efetivamente, destaca a ocorrência de modificação da obra do autor (fls. 1.043):

configura-se de forma clara e precisa que deveras foram promovidas alterações com relação a obra originária do artista. Tais mudanças referem-se especialmente ao fato de que as músicas foram “aglomeradas” em um CD, sofrendo processo de remasterização.

E o Acórdão, por sua vez, vem exatamente no mesmo sentido, consignando, textualmente (fls. 1.168):

No mérito, é certo que a questão posta sob desate tem seus limites na pretensão autoral da abstenção da produção e comercialização do CD denominado “O Mito” por irregular condensação da obra musical do autor; cortes que alteraram a integridade da concepção estática e de molde a especificar o pedido reverberado às fls. 1.011 dos autos de recomposição por dano moral decorrente da violação de direito, ou seja, de garantir a integridade da obra musical”.

Essa afirmação do Acórdão, coerente com o que consta da sentença e que o Acórdão confirmou, não se desfaz ante outra passagem do mesmo Acórdão em que, sem o foco preciso na questão de alteração, refere-se, sem congruência, nesse ponto, com o chancelamento das conclusões fáticas da sentença, antes ressaltada pelo mesmo Acórdão – parecendo que a não correlação viria de haver-se mesclado, no julgado, consideração de outra matéria, isto é, a do uso publicitário em prol de “O Boticário”, como se vê do texto do Acórdão (fls. 1.168):

Nesse sentido estou convicto que a decisão produzida às fls. 1.028-1.048, não está a merecer as críticas dos apelos produzidos porque com base na prova carreada ao processado fez por lavrar fundamentação coerente e estudiosa de modo a aplicar corretamente o direito não reconhecendo a sustentada mutilação da obra, resguardando o direito financeiro sobre a mesma a que faz jus seu renomado autor, indenizando-o sob regular medida na exploração publicitária não autorizada por empresa do ramo de perfumaria.

De qualquer forma, no Acórdão complementar, decorrente da determinação de rejuízo dos Embargos de Declaração (por Acórdão de que Relator o E. Min. *Castro Filho* - REsp n. 879.680-RJ, atendendo a ponderação do E.

Min. *Carlos Alberto Menezes Direito*, na Sessão de Julgamento, cf. fls. 1.275), o Acórdão complementar, repita-se, veio a afastar configuração de prejuízo à honra do Autor, mas consignando, com todas as letras, que tal ocorria com “a obra, apesar de ter sofrido mudanças (...)” (fls. 1.286), isto é, admitiu a alteração e, portanto, a quebra da identidade.

De resto, o fato da alteração da obra vem majestosamente comprovado em perícia especializada, a partir do laudo do perito judicial nomeado, o profissional, acima de qualquer dúvida das partes e dotado de prestigiosa notoriedade, *Paulo Hermann Jobim* (fls. 565-572), corroborado, ainda, por informações extremamente qualificadas, como a da testemunha *Edna Maria Almeida Diniz*, estudiosa da obra do autor, as quais, por detalhadas e fundamentadas, resistem às observações de testemunhas e técnicos adversos, mas que jamais sustentaram suas posições com os pormenores técnicos do perito e da testemunha aludidos.

Vejam-se os excertos do laudo do perito judicial e da testemunha aludida, destacados pela sentença:

“que o estilo só se revela na gravação; que a alteração e mutilação deste som representa um prejuízo ao autor; que altera a concepção estética dele, que tem uma sonoridade própria; que a própria obra fica prejudicada;

que o CD alterou todo roteiro das músicas; que há mudança de planos de instrumentos; que a voz e o violão forma uma sonoridade própria e os outros instrumentos ficam em segundo plano e no CD os outros instrumentos em primeiro plano” (testemunha aludida, *Edna Maria Almeida Diniz*, fls. 916-917).

O efeito prático desta equalização foi o total desequilíbrio da mixagem original, realçando a bateria e as cordas em detrimento da voz e do violão, que deveriam ser exatamente o centro das atenções. Se tal equalização fosse aplicada a uma peça complexa com orquestra, por exemplo, “A Sagração à Primavera”. De Igor Stravinsky, o resultado seria uma outra música, com o trabalho de interpretação e equilíbrio do maestro jogado fora” (perito judicial, *Paulo Hermann Jobim*, fls. 565);

Constata-se um aumento enorme de frequências e reverberações. Isto pode ser visto nos gráficos FFT (Transformadora Fourier) que mostram a mudança do espectro de frequências ao longo do tempo. Na prática, a gravação perdeu a transparência nas frequências médias e as reverberações agudas se tornam muito evidentes, atrapalhando a audição. Acrescenta-se o supérfluo, escondendo o fundamental (perito judicial, *Paulo Hermann Jobim*, fls. 572).

19. - Por isso, como se vê, não se pode firmar, pura e simplesmente, que o “*Compact-Disc*” remasterizado tenha alçado às excelsas qualidades da inquestionabilidade.

Leiam-se mais alguns trechos do detalhado e fundamentado laudo do perito Judicial, *Paulo Jobim* (fls. 561-587):

Examinei atentamente o CD "*The Legendary João Gilberto*", versão americana do CD "*O Mito*" lançado pela *Emi Odeon* no Brasil, comparando esta masterização, feita pela empresa *MicroService* ao som original dos LPs lançados pela *Odeon* e de algumas Matrizes da *Emi Odeon* (...)

Estas matrizes encontram-se em excelente estado, contendo gravações "ao vivo", como eram feitas na época, com todos os instrumentos tocando ao mesmo tempo no estúdio. Toda a equalização de microfones também era feita diretamente, sendo a mixagem efetuada no momento da gravação com excelente apuro técnico. Nas faixas estéreo pode-se sentir a reverberação discreta própria da gravação ao vivo. Talvez algum eco também possa ter sido acrescentado à voz no momento da gravação. Quando se ouve essas faixas em mono, a reverberação desaparece e algumas fases parecem se cancelar, baixando alguns instrumentos como a bateria. Todos os instrumentos são perfeitamente audíveis, a voz e o violão prevalecendo, e a bateria num nível discreto. Aliás, tudo ali era feito com muito cuidado e equilíbrio, o piano tocando o mínimo possível e com muita delicadeza para se equilibrar com o violão e a voz. Esta pureza, delicadeza e simplicidade são as principais características da Bossa Nova (fls. 563).

O laudo da Oncore afirma que foram usados os ajustes extremos do Equalizador e do Reverberador. A palavra "extremos" aqui deve ser interpretada como "exagero" e não como último limite dos aparelhos, pois se isso fosse feito teríamos apenas um ruído extra-terrestre e nenhum vestígio da faixa original.

Procurei quantificar o nível de equalização através do analisador de frequências PAZ/Waves. Encontrei níveis bastante altos de equalização, realçando algumas frequências em até 7db e atenuando outras em até - 5db. O efeito prático dessa equalização foi o total desequilíbrio da mixagem original, realçando a bateria e as cordas em detrimento da voz e do violão, que deveriam ser exatamente o centro das atenções. Se tal equalização fosse aplicada a uma peça complexa com orquestra, por exemplo, "a Sagração à primavera", de Igor Stravinsky, o resultado seria uma outra música, com o trabalho de interpretação e equilíbrio do maestro jogado fora. (...)

Além disso, essa equalização tão violenta chegou a alterar o timbre da voz do cantor, tornando-a muito metálica e dura. Isso pode ser constatado no espectro de frequências da sílaba "E - de "era uma vez um lobo mau" na música "Lobo Bobo". Neste momento só existe a voz do cantor e pode-se perceber claramente no gráfico como a relação entre os harmônicos da voz muda violentamente. Esta relação entre os harmônicos é o que diferencia o timbre de uma flauta, do de um oboé, ou a voz de João Gilberto, da voz de Milton Nascimento ou de Dorival Caymmi. Cada um tem a sua "assinatura de harmônicos" particular, fazendo com que possamos reconhecê-los (...).

Na prática, a gravação perdeu a transparência nas frequências médias e as reverberações agudas se tornam muito evidentes, atrapalhando a audição. Acrescenta-se o supérfluo, escondendo o fundamental (...)

Na faixa “Samba de uma nota só” sente-se claramente na Matriz que a gravação já é estéreo: a bateria foi deslocada pra um lado, as cordas para o outro, ficando a voz e o violão no centro. Esta faixa já contém um pouco de eco na Matriz estéreo. Ele não é tão perceptível na versão mono do LP. O eco atua somente na voz, não na bateria ou no violão. Este eco foi acrescentado pelo técnico e produtor do disco no momento da gravação, e se soma à própria reverberação do estúdio que se cancela na versão mono. No disco de Caymmi, gravado na mesma época, com o mesmo produtor e no mesmo estúdio, o eco é muito mais presente, dando dramaticidade à voz e às músicas de Caymmi. Esta é uma decisão do produtor e do artista na hora da mixagem, que neste caso é o momento da gravação (...).

Colocar eco sobre uma faixa com bateria e ritmo já mixada, é um erro técnico balan, especialmente em se tratando de gravações de tanto valor histórico. Só se acrescenta ruído tirando a pureza da gravação” (fls. 172-173).

Houve muito processamento das matrizes modificando o ambiente, a voz e a performance do artista (fls. 174).

A mistura de todas as faixas também deturpa a obra, pois um disco é pensado como um conjunto de obras relacionadas. Historicamente também se perde a trajetória do artista a cada disco (fls. 175).

Abstraindo o lado legal, ela poderia e deveria usar as matrizes originais, se se mantiver fiel a elas e preservando o seu conteúdo. Como esse processo de masterização pode deformar a obra, seria prudente ter submetido o resultado da masterização ao artista para evitar o que está se passando. Diga-se de passagem que as matrizes originais, da década de 60 ainda conservam uma qualidade impressionante (fls. 581).

Só posso acrescentar que é urgente o lançamento deste material maravilhoso com toda a dignidade e respeito que ele merece. A meu ver, estes são os três discos mais importantes da nossa música, que levaram nossa música para o exterior, que vendem há mais de 40 anos e vão continuar para sempre pela importância que têm (fls. 583).

Em suma, ainda que premiado o CD questionado, a identidade da obra foi alterada, não podendo ser imposta ao autor a aceitação de qualidade que não reconhece, ao mesmo tempo em que não pode, obliquamente, frustrar-se seu direito à integridade da obra, integrante dos seus direitos morais de autor.

O exemplo sempre mais evidente vem das artes pictóricas: o autor da pintura tem direito a tê-la como ela é e a não aceitar alterações que nela se introduzam, ainda que realizadas por mão de artista de categoria igual ou superior à própria.

Tem-se, pois, que, no caso, foi violado direito moral do autor, previsto nos dispositivos legais reclamados por este como violados, ou seja: art. 24, IV, 49, I, e 104, da Lei n. 9.610/1998, era também garantido ao autor pela Lei n. 5.988/1973, arts. 25, IV, 52, § único, e 94, da Lei n. 5.988/1973.

Nesse contexto, perde decisividade para o caso o fato de depoimento (não de perícia judicial detalhada), vindo em prol da Ré, ora Requerida, prestado por profissional do maior respeito e credibilidade nacionais, o Maestro *Marlos Nobre*, que, diversamente do entendimento do autor, do perito judicial e do assistente do autor, após ter participado da elaboração do LP original de 1958, informou não ver, no CD em causa, as distorções, alegadas, e sustentou a validade do processo de “remasterização”, mas, atente-se, sem o “mergulho” técnico de profundidade na análise pormenorizada da obra em questão realizado pelo perito judicial - e, relembre-se, fazendo-o apenas como depoimento judicial e não em perícia judicial, nem mesmo como assistente técnico pericial (depoimento, fls. 913-914):

que tem familiaridade com o timbre de voz do autor e outros compositores e cantores brasileiros; que tornou-se mais assíduo os lançamentos novos das obras antigas; que estes lançamentos são aguardados com interesse para resgatar interpretações que de outra maneira se perderia para conhecimento de outras gerações futuras; que tal reedições estão sendo feitas de vários artistas, inclusive clássicos; que entende que o meio musical viu com grande alegria o relançamento da obra musical do autor que conhece há 40 anos, não notando nenhuma diferença na obra e nenhuma diferença no timbre da voz, artística nem qualquer mudança que colocasse a voz do autor em cheque (*sic*) (...)

que nenhum tipo de remasterização afeta o timbre mas pode mexer em agudos ou pode colocar reverberação ou não mas que este processo não afeta o fundamento da emissão sonora; que entende que a remasterização limpa os ruídos, ou seja, a sujeira sonora que a fita magnética agrega, ou dos ruídos do vinil; que não houve absolutamente, em seu exame musical, nenhuma alteração, não havendo predominância do violão; que entende que no CD há limpeza de ruídos e a presença de todo conjunto musical fica mais viga; que não houve nenhum desequilíbrio da voz e o violão ou com os outros instrumentos; que se entende condensação da obra dos LPs em um CDs não prejudicou a obra porque as músicas eram separadas, não havendo uma sequência lógica a ser seguida e que os LPs não tinham unidades a ser preservada no CD (...)

que a remasterização contribuiu somente para aprimorar a parte técnica; que ouvindo o CD há de notar que houve uma reverberação colocada que não está no LP e ela é colocada de maneira normal e que nunca viu deixar de ser usada em remasterização para digital; que a marca de João Gilberto chamada intimista que é a voz e as vezes só o violão ou uma flauta discreta e que entre o LP e o CD não há a menor diferença e que o caráter intimista se encontra em ambos de forma evidente; que não houve alteração no timbre de voz do autor porque o mesmo é dado na emissão da voz e nenhuma equalização altera o timbre; que tem conhecimento do prêmio recebido pelo CD através da revista anexada aos autos a fls. 643.

Esse qualificado depoimento pesou, e muito, no não reconhecimento de existência de dano moral genérico, por parte da sentença e do Acórdão recorrido.

Mas, relembre-se, o que a sentença e o Acórdão escreveram em várias passagens dessas peças judiciais, que se transcreveram, é que, realmente, houve alteração da obra original na confecção do novo “*Compact Disc*”, quer dizer, na análise fática do produto em si, reconheceu a existência de ofensa à individualidade e à identidade da obra.

Volte-se ao início – tudo poderia ter sido evitado se tivesse sido providenciado a concordância do Autor, ora Recorrente, com o lançamento do “*CD-remasterizado*” de maneira que o risco da impugnação do lançamento e suas consequências jurídicas correu à conta da Ré, ora Recorrida, e não do autor, devendo ela, naturalmente, bem conhecer as peculiaridades de cada um de seus contratados no tocante ao grau de exigências pessoais quanto à reprodução da própria obra.

20. - Esclareça-se, para evitar dúvidas e atalhar eventual transmigração ampliativa do núcleo deste julgado a outros casos, que não se estão neste caso, a desclassificar ou negar validade ao próprio processo de “*remasterização*”, em geral, nem a proclamar que, sempre que ele se realize, daí decorra a ofensa a direito moral do autor por ofensa à identidade da obra.

Essa questão não foi assim genericamente apresentada nestes autos, de modo que nestes autos não se permite o aprofundamento da análise a respeito do próprio processo de “*remasterização*”.

Qualquer manifestação judicial que agora se emitisse sobre a generalidade desse processo de “*remasterização*” iria muito além daquilo que os dados trazidos a estes autos permitem analisar, de modo que estaria ofendida a garantia do princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). Em outros processos, em que porventura se ponha em foco o próprio processo de “*remasterização*” diante dos direitos autorais poderá, a questão, ser julgada de modo diverso – e, relembre-se, sendo necessária a produção de perícia específica para o deslinde, como questão principal, de matéria extremamente técnica, ou seja, o próprio processo de remasterização, o que não se tem nestes autos.

O trabalho do assistente técnico *Caetano Emanuel Teles Veloso* e as considerações a respeito da remasterização já acima efetuadas bem estabelecem a necessidade de exame do caso concreto de remasterização, para concluir pela existência, ou não, de modificação da obra, e, no caso, sentença e Acórdão a reconheceram.

E recorde-se que, como é incontroverso que no caso não houve autorização específica do autor para a gravação desse CD na forma pela qual realizada, de maneira que o risco do repúdio à identidade correu à conta e risco da Ré, ora recorrida, que não obteve a prévia autorização do autor.

21. - **Violação subsistente diante de premiações.** - Repita-se que o direito moral de autor relativamente à integridade da obra não se subordina ao sucesso da modificação, realizada indevidamente, porque sem o assentimento do autor.

Nesse ponto, perde relevância, como já se disse, a extraordinária consequência da premiação do CD “O Mito”, com láureas da maior expressão no meio musical e fonográfico mundial, tenha, ou não, o autor aquiescido em recebê-las.

Vale o direito seu, do autor, ligado à personalidade, no tocante ao direito moral de autor à integridade da obra.

Não se pode, é certo, ignorar a ressalva de EDUARDO SALLES PIMENTA, de que “a proteção da dignidade da pessoa humana não pode resultar num individualismo exacerbado, uma vez que ela difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, pois tem de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social e nunca como uma célula autônoma” (EDUARDO SALLES PIMENTA. Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza, São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, p. 202).

Mas não há como desprezar o direito autoral moral do artista na concepção da própria obra.

A premiação recebida pelo “CD” não anula o senso crítico do autor relativamente à obra. E, no caso, razoável a explicação, dada pelo próprio autor, no depoimento pessoal em Juízo, a respeito da recusa do “compact disc” a despeito da premiação, mantendo a recusa do produto “remasterizado”, em comparação com a própria obra original, mas justificando a aprovação premiadora com o fato da não comparação com o que sustentou ser a superioridade da obra original: “que impugnou o CD, objeto do litígio porque não havia autorização para sua edição e a mesma foi feita sem que tivesse contato com o técnico ou que soubesse como estaria sendo feito; que o som foi mexido e o efeito foi ‘horrrível’; que entende que o prêmio ganho pelo CD nos Estados Unidos, não sentida (*sic*) a noção do que se pede nestes autos. Porque ninguém pensaria que a matriz feita dentro da percepção e esmero do depoente tivesse sido mexida da forma como foi; que no exterior o CD foi veiculado como se fosse as próprias matrizes não atinando as pessoas para as deturpações sentidas pelo autor” (fls. 926).

22. - **Irreversibilidade fática e indenização.** - A violação de direito moral de autor leva, em princípio, ao desfazimento de todos os efeitos da violação. No caso, tal consequência consistiria no recolhimento dos CDs – já espalhados, há anos, pelo país e pelo mundo, bem como no impedimento de nova produção, como pedido pelo autor na inicial (fls. 38, item I).

Deve, pois, a ré *Emi Music*, ser condenada, por violação a direito autoral moral do autor à integridade de sua obra, ao pagamento de indenização, que, como pleiteado pelo autor na inicial, deverá ser fixada em execução por arbitramento - ocasião em que os peritos poderão eventualmente levar em consideração elementos técnico-periciais atinentes a valores, os quais já antes vieram aos autos.

23. - **Danos morais decorrentes de escrito.** - O autor, no decorrer das peças que produziu, passou a questionar os termos dos escritos da “capa” do CD recusado.

Essa matéria, contudo, não consta da petição inicial, de maneira que dela não há que se cogitar, para o fim de análise a respeito de configuração de possível dano moral.

Ademais, os escritos, ainda que questionados pelo autor, foram sem dúvida lançados com o propósito enaltecedor, de maneira que, embora modestos para o Autor, a leitura que deles se faça também poderá ser positiva – indo a equívocidade de compreensão muito à conta da interpretação semântica. As palavras “mito” e “estranho”, por exemplo, ensejariam digressão para o sentido positivo ou para o negativo (o que, aliás, não é novo, lembrando a célebre controvérsia a respeito do título “*Agonia do Cristianismo*” de *Unamuno*, pensador de notória fé cristã, que, ao lançar mão da palavra “agonia” no sentido clássico positivo de luta, não podia tê-la usado com significado negativo já então o atual, mas contrário a crença do autor, da exaustão da vida).

24. - Pelo exposto, dá-se provimento em parte ao Recurso Especial interposto pelo Autor, com observação, nos termos que seguem:

1) *Mantendo* a improcedência da ação quanto a *Gramophone Discos Video e Computador Ltda.*, nos termos da sentença;

2) *Mantendo* a condenação da ré *Emi Music Ltda.* ao pagamento das verbas determinadas pela sentença (letra **b** do dispositivo da sentença: “pedido fls. 39, **a** parte final; devendo a parte ré realizar pagamento ao autor de valores auferidos pela autorização e utilização da obra do autor em propaganda da rede

de perfumaria ‘O Boticário’; montante este a ser detectado em qualificação por arbitramento”; e letra **c** do dispositivo da sentença: “pedido deduzido em face do primeiro réu, às fls. 39, **b** condenando este a proceder pagamento de ‘royalties’ ao autor no percentual de 18% sobre o as vendas realizadas pertinentes a obra deste e pertinente aos CD’s mencionados na inicial; valor este a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento”);

3) *Julgando procedente* a ação quanto à violação de direito moral do Autor, ora Recorrente, pela produção de CDs das obras anteriores “remasterizadas” e por isso condenando a Ré *Emi Music Ltda.*, ora Recorrida, em acréscimo ao pagamento de “Royalties” de 18% já determinado pelo Tribunal de origem, ao pagamento de indenização consistente no acréscimo equivalente a 30% (trinta por cento), ou seja, 6% (seis por cento) do valor de “royalties” estabelecido no item anterior, também a ser objeto de liquidação por arbitramento, mas deixando (e essa a razão da procedência apenas parcial) de determinar a apreensão de unidades já comercializadas.

4) Determinando a *incidência de juros de mora*, não referidos pela sentença (fls. 1.047-1.048), incidentes “*ex-vi-legis*” (CPC, art. 293) a partir da citação (por não pleiteados a partir do evento danoso) em percentual de 0,5% ao mês até a vigência do Cód. Civil/2002 e, durante a vigência deste, na forma do seu art. 406;

5) *Mantendo a sucumbência* do Autor como estabelecida pela sentença, isto é, a condenação, respectivamente, do ora Recorrente quanto à *Gramophone Discos Vídeo e Computador Ltda.* e da *Emi Music Ltda.*, na parte respectiva, ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados, sem prejuízo de honorários contratuais, quanto à primeira, com fundamento no art. 20, § 4º, do Cód. de Proc. Civil, em 15% do valor da causa corrigido (R\$ 100.000,00, em 14.1.1997, fls. 41 – recordando-se que não houve recurso dessa parte vencedora), em, quanto à segunda, com fundamento no art. 20, § 3º, c.c. art. 21, “*caput*”, do Cód. de Proc. Civil, em 15% do valor total da condenação corrigido, consideradas, na fixação, o elevado valor econômico da demanda, a complexidade e a duração do caso, que se desenvolveu por todas as instâncias, inclusive duas vindas a este Tribunal, bem como, por fim, a elevada qualificação do patrocínio em prol da ingente resistência oposta no decorrer do processo.

6) *Observando* com referência aos CDs (*Compact Discs – Remasterizados*), que: *a)* quanto aos já produzidos e comercializados: na congruência do julgamento, a infração resolveu-se em perdas e danos, consistentes no acréscimo

a ser pago ao autor (n. 3, *supra*); restou, pelo julgado do Tribunal de origem, sem recurso específico das partes, afastada a pretensão inicial ao recolhimento de aludidos produtos; o recolhimento seria faticamente impossível e “*ad impossibilia nemo tenetur*”, de forma que eventual determinação nesse sentido seria incompatível com a concretude necessária às conclusões judiciais; b) quanto à eventual produção futura do mesmo CD (“*Compact Disc*”), trata-se de matéria que resta condicionada à contratualidade futura das partes, que, com criatividade artística, técnica e negocial, poderão explorar a viabilidade de possibilidades novas, como, por exemplo, a admissão de produção com sintética observação de que originariamente não contou com a autorização do Autor, ora Recorrente, devendo, contudo, ficar bem claro que fica bem claro que não há nenhum obstáculo judicial, em consequência do presente julgamento, quer à reprodução dos fonogramas primitivos, quer à do próprio “CD” remasterizado em causa.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Ao relatório do eminente Ministro relator Sidnei Beneti, acrescenta-se que o feito foi levado ao julgamento da Terceira Turma do STJ, em 18.8.2001, ocasião em que, após o voto do Ministro relator, dando parcial provimento ao recurso especial, pediu-se vista antecipadamente dos autos.

Inicialmente, será feito um resumo do ocorrido no processo.

Os elementos dos autos dão conta de que o ora recorrente *João Gilberto Pereira de Oliveira* (ora simplesmente denominado *João Gilberto*) ajuizou ação de obrigação de não-fazer com pedido cumulado de indenização em face das ora recorridas *Emi Music Ltda.* (ora simplesmente denominada *Emi*) e *Gramophone Discos Vídeo e Computador Ltda.* (ora simplesmente denominada *Gramophone*), sustentando, em síntese, que a *Emi* teria:

i) Praticado contrafação da obra do recorrente, ao promover, sem a sua autorização, o lançamento, no ano de 1988, de *Compact Disc* (CD) intitulado “O Mito”, resultante da compilação de 3 LP’s e 1 compacto de vinil, mediante processo de remasterização, perfazendo 39 (trinta e nove) músicas, gravadas entre os anos de 1958 a 1962, período em que o recorrente mantinha contrato de locação de serviços com a *Emi*, sendo que, de acordo com o recorrente, a partir do ano de 1962, o contrato entre as partes não mais teria sido renovado, tendo o recorrente recebido pagamento irrisório da *Emi* pelo lançamento da

obra de sua autoria, lançamento esse feito por nova e imprevisível modalidade tecnológica (CD), o que exigiria nova pactuação entre as partes, mediante remuneração mais condigna ao alto renome do recorrente;

ii) Praticado violação a direitos patrimoniais e morais do recorrente, ao lançar, no Brasil e em outros países, mediante exposição e venda no estabelecimento da recorrida *Gramophone*, a partir de 1988, CD's com músicas do recorrente, adulteradas por processos inadequados, causando-lhe danos irreparáveis, bem como à arte, à história e à cultura;

iii) Promovido, sem a autorização do recorrente, propaganda comercial de produtos lançados pelo grupo "O Boticário", que levaram a efeito a produção de material publicitário para divulgação na televisão dos seus produtos, utilizando, ilegalmente, a obra musical "Coisa mais linda", interpretada pelo recorrente *João Gilberto*.

Requeru o recorrente, assim, na inicial, a condenação:

a) Da *Emi* e da *Gramophone*, solidariamente, a se absterem de produzir e comercializar os CDs contendo as gravações da obra do recorrente, bem como a retirarem do mercado todos os exemplares já produzidos, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), além de buscas e apreensões e sanções criminais;

b) Da *Emi*, a pagar-lhe perdas e danos, correspondentes à receita total auferida pela *Emi* ou, ao menos, *royalties* de 18% (dezoito por cento) sobre o total da receita auferida e também sobre aquelas que seriam efetivamente auferidas pelo recorrente caso houvesse autorizado a produção dos CD's.

c) Da *Emi*, ao pagamento de danos morais ao recorrente.

A sentença proferida pelo r. Juízo de Direito da 28ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro julgou improcedente a ação em relação à recorrida *Gramophone* e procedente em parte o pedido em relação à *Emi*, para condená-la ao pagamento: i) dos valores auferidos pela autorização e utilização da obra do recorrente na divulgação dos produtos do grupo "O Boticário"; e ii) ao pagamento de *royalties* ao recorrente no percentual de 18% (dezoito por cento) sobre as vendas realizadas dos CD's mencionados na inicial (fls. 1.028-1.048).

Interpostos recursos de apelação por todas as partes, o e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou-lhes provimento (fls. 1.167-1.168), *decisum* inalterado ante a rejeição dos embargos de declaração opostos (fls. 1.176-1.178 e 1.286-1.288).

O recorrente interpôs o primeiro recurso especial, fundamentado no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, alegando negativa de vigência dos arts. 458, II, 535, II, do Código de Processo Civil; 25, IV, e 52 da Lei n. 5.988/1973; e 24, IV e 49 da Lei n. 9.610/1998, sendo que esse recurso especial, ao final, foi provido pela Terceira Turma do STJ, que, reconhecendo a violação do art. 535, II, do CPC, anulou o acórdão de embargos de declaração, para que outro fosse proferido pela Corte Estadual, sanando-se omissão relativa ao art. 24, IV, da Lei n. 9.610/1998.

Proferido novo acórdão de embargos de declaração (fls. 1.285-1.288), o ora recorrente *João Gilberto* interpôs o recurso especial ora em julgamento, fundamentado no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, alegando violação dos arts. 24, IV, 49, I, e 104 da Lei n. 9.610/1998; e 25, IV, e 94 da Lei n. 5.988/1973.

No presente recurso especial (fls. 1.290-1.308), busca o recorrente a reforma do r. *decisum*, requerendo, em síntese:

i) A condenação da *Emi* ao pagamento de danos morais, porquanto a compilação do referido CD intitulado “O Mito”, elaborada mediante a técnica de remasterização, teria alterado indevidamente a obra do recorrente, bem como, no material encartado no álbum do referido CD, a *Emi* teria ofendido a honra do recorrente, ao atribuir-lhe a característica de “uma das personalidades mais estranhas da música brasileira de todos os tempos, capaz de conjugar atitudes as mais insólitas e reações completamente inusitadas. Daí o verdadeiro folclore que envolve a figura de João, a quem só podemos chamar (...) o mito”; e

ii) A condenação solidária da *Gramophone* por danos morais e materiais, nos termos do art. 104 da Lei n. 9.610/1998, porquanto ela teria realizado a comercialização do álbum em discussão.

A *Emi* (fls. 1.327-1.347) e a *Gramophone* (fls. 1.316-1.336) apresentaram contra-razões, requerendo, em resumo, a manutenção do acórdão recorrido.

Concorda-se em parte com o eminente Ministro relator.

Com efeito.

Em relação à responsabilização da *Gramophone* por danos morais e materiais, de fato, observa-se que o inconformismo recursal não merece prosperar, uma vez que, conforme consignado pelas instâncias ordinárias, a petição inicial nada expôs acerca da responsabilidade da *Gramophone* pelo uso indevido da obra do recorrente ou pela publicidade não autorizada veiculada pelo grupo “O Boticário”, mas somente requereu a condenação solidária da *Gramophone*, juntamente com a *Emi*, a abster-se de comercializar os CDs

contendo as gravações do recorrentes *João Gilberto* no Brasil e no exterior, o que foi indeferido pelo Juízo monocrático. Desse modo, levando-se em conta o princípio da asserção, já bem delineado pelo Ministro Relator, não há falar em responsabilização da *Gramophone* por danos morais e materiais.

Já no tocante à condenação da *Emi* pelo uso indevido da obra do recorrente na veiculação de propaganda do grupo “*O Boticário*”, bem como ao direito do recorrente ao recebimento de *royalties* pela violação de direitos conexos de intérprete, não há insurgência recursal por parte da *Emi*, devendo, portanto, manter-se inalterado o decidido pelas instâncias ordinárias.

Resta analisar a questão dos danos morais do autor e, nesse ponto, diverge-se, *data venia*, do posicionamento adotado pelo Ministro relator.

Na verdade, dispõe o art. 24, IV, da Lei n. 9.610/1998, que é direito moral do autor o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra.

Interpretando o referido dispositivo legal e divergindo, aqui, da interpretação dada Ministro relator, afere-se que a utilização desautorizada de obra artística, com alteração de seu conteúdo, por si só, não gera o dano moral do autor, uma vez que a lei exige que as modificações na obra acarretem ao autor abalos à sua reputação ou honra.

E, diga-se de passagem, a Lei de Direitos Autorais não se refere ao direito moral comum, mas especificamente ao direito moral do autor, sendo esta a espécie de dano que se analisa no presente recurso.

In casu, conforme apurado pelas instâncias ordinárias, as canções do recorrente efetivamente foram alteradas de forma desautorizada, conforme se verifica do seguinte excertos da sentença, *in verbis*:

A prova oral detecta que deveras foram promovidas alterações com relação à obra do autor quando da edição do CD, e que tais mutações decorrem basicamente do processo de remasterização.

No mesmo sentido, o acórdão de embargos de declaração, que assim fundamentou, *in verbis*:

Configura-se de forma clara e precisa que deveras foram promovidas alterações com relação à obra originária do artista. Tais mudanças referem-se especialmente ao fato de que as músicas foram “aglomeradas” em um CD, sofrendo processo de remasterização.

Desse modo, havendo a conclusão das instâncias ordinárias, por meio da análise de provas testemunhais, documentais e periciais, de que houve alteração indevida da obra do recorrente *João Gilberto* pela recorrida *Emi*, sem dúvida, dela não se pode desvincular, em razão do óbice do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ, já referido no voto do eminente Ministro Relator.

A questão que se coloca é se a alteração promovida pela *Emi*, em razão da compilação e remasterização das músicas interpretadas pelo recorrente *João Gilberto*, teriam ou não causado-lhe danos do autor de natureza moral, sendo que, repita-se, a lei exige que, além da alteração da obra, dessa alteração resulte abalo à reputação ou honra do autor.

Na opinião deste subscritor, com a devida vênia ao voto do Ministro Relator, a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias, no sentido de que, da alteração da obra, não restaram caracterizados danos de natureza moral, não pode ser alterada por esta Corte Superior sem adentrar no reexame do conjunto fático-probatório (Súmula n. 7-STJ).

Ademais, ainda que não fosse o caso da incidência do Enunciado n. 7 da Súmula-STJ, restou comprovado nos autos, por meio de perícias e testemunhas, que as alterações promovidas pela *Emi* no processo de remasterização dos discos do recorrente foram imperceptíveis ao homem comum, sendo apenas detectadas por *experts* em música, ou seja, pessoas com sensibilidade musical extremada, o que afasta o abalo à reputação ou honra do recorrente que, inclusive, foi homenageado e premiado em razão do CD objeto da controvérsia dos autos.

Nesse sentido, os seguintes trechos do acórdão de embargos de declaração de fls. 1.285-1.288:

Ante a leitura dos autos e no esteio da prova carreada aos autos, tem-se que, em linhas gerais e para grande parte do público, não são passíveis de serem detectadas as "alterações impostas na regravação das matrizes da obra do artista autor.

Tanto é assim que notícias existem no sentido de que as obras remasterizadas alcançaram sucesso de venda, inclusive agraciando o autor com prêmio.

As mudanças mencionadas foram detectadas por pessoas extremamente ligadas à música e atividade de produção da mesma, conforme demonstra depoimento da testemunha Edna Maria de Almeida (estudiosa e admiradora da obra do autor); bem como pelo 'expert' designado pelo Juízo que revelou-se inclusive bastante honrado com o desempenho de suas atividades no caso em tela.

Em que pese o teor da prova acima e, em especial, da prova técnica, entende este Juízo que a situação apontada nos autos escapa a esfera do homem comum, tratando-se de sensibilidade extremada e, por isto, não restariam configurados de forma patente os danos de cunho moral.

Por fim, a alegada ocorrência de dano moral do autor, em razão de o material encartado na capa do álbum do referido CD ter atribuído ao recorrente *João Gilberto* a característica de, “uma das personalidades mais estranhas da música brasileira de todos os tempos, capaz de conjugar atitudes as mais insólitas e reações completamente inusitadas. Daí o verdadeiro folclore que envolve a figura de João, a quem só podemos chamar (...) o mito”, não foi suscitada e tampouco analisada perante as instâncias ordinárias, sendo inviável a apreciação de tal questão na presente via recursal, em razão da ausência de questionamento e da ocorrência de inovação recursal.

Diverge-se, pois, em parte, do eminente Ministro Relator, negando-se provimento ao recurso especial do recorrente *João Gilberto*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.177.372-RJ (2010/0016191-3)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Relator para o acórdão: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Décimo Quarto Ofício de Notas

Advogado: Débora de Souza Becker Lima e outro(s)

Recorrido: Maria Alcina de Jesus Trindade Coelho

Advogado: Francisco Santos da Rocha e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Reconhecimento de firma mediante assinatura falsificada. Responsabilidade civil. Ofício de notas. Ilegitimidade passiva. Ausência de personalidade jurídica e judiciária

1. Consoante as regras do art. 22 da Lei n. 8.935/1994 e do art. 38 da Lei n. 9.492/1997, a responsabilidade civil por dano decorrente da má prestação de serviço cartorário é pessoal do titular da serventia à época do fato, em razão da delegação do serviço que lhe é conferida pelo Poder Público em seu nome.

2. Os cartórios ou serventias não possuem legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda indenizatória, pois são desprovidos de personalidade jurídica e judiciária, representando, apenas, o espaço físico onde é exercida a função pública delegada consistente na atividade notarial ou registral.

3. Iegitimidade passiva do atual titular do serviço notarial ou registral pelo pagamento de débitos atrasados do antigo titular.

4. Doutrina e jurisprudência acerca do tema, especialmente precedentes específicos desta Corte.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino dando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado dos Srs. Ministros Nancy Andrighi e Massami Uyeda, por maioria, dar provimento ao recurso especial. Vencido o Sr. Ministro Relator que negava provimento ao recurso especial. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Votaram com o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino os Srs. Ministros Vasco Della Giustina, Nancy Andrighi e Massami Uyeda.

Brasília (DF), 28 de junho de 2011 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 1º.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1. - *Décimo Quarto Ofício de Notas* interpõe Recurso Especial com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da

Constituição Federal, contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Rel. Des. *Mauro Dickstein*), proferido nos autos de ação de indenização, assim ementado (e-STJ fls. 149):

Responsabilidade civil. Ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Responsabilidade objetiva. Relação jurídica de consumo. Fixação do *quantum*. Razoabilidade. Função da indenização. Recurso desprovido.

I. Não há violação ao art. 333, I, do CPC se o caso, em relação ao ônus probatório, amolda-se ao disposto no art. 6º, VIII, do CDC.

II. O dever de indenizar está no risco da atividade, aplicando-se a responsabilidade objetiva decorrente de danos experimentados pelo consumidor, em face à relação jurídica de consumo.

III. Para fixação de valor monetário indenizatório decorrente de dano moral, faz-se necessário adotar o critério da razoabilidade, caracterizado pela integração de três elementos: capacidade econômica do causador da lesão, perfil socioeconômico do ofendido e relevância do dano causado.

IV. O *quantum* indenizatório possui caráter punitivo, devendo ser observado o poder econômico do ofensor, para que o mesmo não banalize o dano causado a outrem.

V. Recurso desprovido.

2. - O recorrente alega ofensa aos arts. 535 do Código de Processo Civil; 1º, 22 da Lei n. 8.935/1994; 38 da Lei n. 9.492/1997; 189, 197, 204 do Novo Código Civil. Aponta divergência jurisprudencial.

Sustenta que:

a) o Acórdão recorrido é omissis, pois apesar de interpostos os Embargos Declaratórios, o Tribunal *a quo* manteve-se silente quanto à ocorrência da prescrição;

b) é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, pois o Cartório de Notas não possui personalidade jurídica, sendo que a responsabilidade civil pelo ato irregular de reconhecimento de firma falsa é do Tabelião; e

c) ocorreu a prescrição, pois o termo inicial conta-se do conhecimento do fato lesivo e na ação declaratória proposta pela recorrida, para provar a falsidade da assinatura, o recorrente não figurou como parte.

3. - Sem contrarrazões (e-STJ fls. 191), o Recurso Especial (e-STJ fls. 171-185) não foi admitido (e-STJ fls. 192-193), tendo provimento o Agravo de Instrumento n. 1.153.253-RJ, para melhor exame das questões suscitadas (e-STJ fls. 287-288).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 4. - Extraí-se do acórdão que a síntese do caso é a seguinte (e-STJ fls. 150):

Ação ordinária proposta por *Maria Alcina de Jesus Trindade Coelho* em face do *Décimo Quarto Ofício de Notas*, objetivando a sua condenação na compensação por danos morais, estimados em 40 salários mínimos, em virtude de ato ilícito praticado pelo réu ao permitir o reconhecimento de sua firma mediante assinatura falsificada.

Afirma haver sido surpreendida com citação em uma ação de execução (Processo n. 2000.001.141678-5), referente à cobrança de aluguéis de um imóvel localizado na Barra de Tijuca, na qual figurava como fiadora juntamente com o seu marido, embora desconhecesse o contrato. Informa que perícia grafotécnica, nos autos de ação declaratória de inexistência de relação jurídica (Processo n. 2001.001.104492-6) atestou a falsificação de sua assinatura em cartão de abertura de firma, bem como, no mencionado contrato de locação, o que culminou em sentença que julgou o pedido declaratório procedente e, por sua vez, extinguiu o processo de execução, na forma do art. 618, I, do CPC. Acresce que em grau de recurso (Apelação Cível n. 2005.001.35937) entendeu-se pela validade da fiança, com reserva de sua meação sobre o produto da arrematação dos bens penhorados, o que culminou no prosseguimento da execução e conseqüente leilão de seu único imóvel.

Contestação do réu a fls. 61-71, argüindo, preliminarmente a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, por não possuir personalidade jurídica para responder à demanda, sendo certo que, eventual responsabilidade só poderia ser imputada à pessoa da antiga tabeliã, investida na atividade notarial, quando praticado o suposto delito. Ademais, como prejudicial de mérito, alega a ocorrência da prescrição. No mérito, pugna pela improcedência da demanda, ao argumento de que o suposto reconhecimento de firma foi instrumentalizado com a utilização de um carimbo não adotado na serventia à época dos fatos.

A sentença de fls. 93-97 julgou procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento de R\$ 15.200,00, a título de danos morais, incidente correção monetária a contar da data da sentença até o efetivo pagamento e juros de 1% ao mês, a partir da citação. Afastou-se a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e a prejudicial de mérito, consistente na prescrição, entendendo o juízo monocrático, no mérito, ser a responsabilidade do réu objetiva, consoante art. 37, § 6º, da CRFB/1988, restando comprovado o ato ilícito por ele praticado e inexistente qualquer excludente do nexo de causalidade. Aduz que, não fosse a falsificação, a autora sequer integraria a relação jurídica como fiadora, nem precisaria propor ação para se defender das conseqüências de um ato promovido por órgão público.

5. - De início, observe-se que não se viabiliza o Recurso Especial pela indicada violação do art. 535 do Código de Processo Civil. É que, embora

rejeitados os embargos de declaração, verifica-se que o tema da prescrição foi devidamente enfrentada pelo colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

6. - Quanto à ilegitimidade passiva *ad causam*, a suscitada divergência jurisprudencial não atende às exigências dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, uma vez que não foi comprovada, pois não foram apresentadas as cópias dos Acórdãos paradigmas e não foi citado o repositório oficial autorizado ou credenciado, em que esses foram publicados. A propósito, anote-se: (AgRg no Ag n. 1.042.619-SP, de minha relatoria, DJe 23.9.2008; AgRg no REsp n. 1.042.004-SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 24.8.2009).

7. - Em relação à responsabilidade dos Tabeliães, o Tribunal de origem decidiu nestes termos (e-STJ fls. 152):

No mérito, melhor sorte não cabe ao apelante/réu, cuja responsabilidade caracteriza-se por ser objetiva, conforme art. 37, § 6º, da CRFB/1988, inexistindo prova da exclusão do nexo de causalidade entre o ato ilícito, consistente na abertura de firma com o nome da autora/apelada, por terceiro, falsificação atestada em cartão de autógrafos e contrato de locação e o resultado, qual seja, a citação da autora/apelada como fiadora de negócio jurídico do qual não fez parte, tendo, ao final, seu único bem imóvel sido leiloado.

Houve falha na prestação do serviço do apelante/réu que permitiu que terceiro utilizasse os dados da autora/apelada para a abertura de cartão de autógrafos, o que revela a ausência das cautelas devidas e necessárias para o desempenho das atividades cartorárias, especialmente a de conferência de dados pessoais, sendo que a responsabilidade pelo evento danoso decorre do risco inerente à atividade (risco do empreendimento).

8. - Vê-se que o acórdão resolveu a questão de legitimidade do Cartório, adentrando, com base em fundamento único e estritamente constitucional - artigo 37, § 6º, da Constituição Federal -, cujo exame refoge à competência desta Corte. Nesse sentido:

Processual Civil. Acórdão em ação rescisória. Fundamento exclusivamente constitucional. Recurso especial. Não cabimento.

- Não cabe recurso especial contra acórdão que, sob fundamento única e exclusivamente constitucional, julga ação rescisória sem tangenciar minimamente os requisitos legais de seu cabimento.

(REsp n. 649.608-RS, Relator(a) Ministro Nilson Naves, Relator(a) p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 18.12.2009).

Administrativo. Agravo regimental em recurso especial. GDATA. Equiparação. Inativos. Acórdão recorrido embasado em fundamento exclusivamente constitucional. Princípio da isonomia. Improriedade do exame em recurso especial.

1. Estando o acórdão recorrido embasado em fundamento exclusivamente constitucional, relativo à inexistência de afronta ao princípio da isonomia, revela-se imprópria a veiculação da matéria em Recurso Especial, em razão dos contornos definidos pela Carta Magna, no art. 105, III.

2. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 969.864-RN, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 24.3.2008).

9. - Porque não tratada, no julgamento, a que remonta, agora, este Recurso, matéria infra-constitucional referente à pretendida não responsabilidade do Cartório, mas, sim, do seu Serventuário, não há como, neste processo, ingressar na análise da alegação de ilegitimidade do Cartório e julgar essa tese.

Se se tratasse de tese pacífica em prol do sentido alegado pelo ora Recorrente, até que se poderia mitigar a exigência estrita de pré-questionamento infraconstitucional, para ingressar no âmbito de seu julgamento, em homenagem à unicidade da orientação jurisprudencial nacional.

Mas a tese está longe de ser pacífica. Não há notícia de precedente da C. Corte Especial, nem da C. 2ª Seção. E dois precedentes em Sessão de Julgamento, vêm da E. 4ª Turma, em sentidos contrários.

Com efeito, o precedente mais recente, no sentido de a responsabilidade pertencer ao Serventuário e ao Estado (REsp n. 545.613-MG - 4ª Turma, j. 8.5.2007, Rel. Min. *Cesar Rocha*, maioria de votos, acompanhado pelo Min. *Hélio Quaglia Barbosa*, vencido o Min. *Barros Monteiro*, impedido, afirmando suspeição, o Min. *Aldir Passarinho Jr.*)

Mas o precedente mais antigo possui seu peso de relevância, reconhecendo a legitimidade passiva do Cartório (REsp n. 476.532-RJ - 4ª T., DJ 4.8.2003, Rel. Min. *Ruy Rosado de Aguiar*, votação unânime, com os votos dos Mins. *Fernando Gonçalves*, *Aldir Passarinho Júnior*, *Sálvio de Figueiredo Teixeira* e *Barros Monteiro*).

Não há como superar a falta de julgamento infra-constitucional no Acórdão recorrido, para julgar, desde já, em qualquer sentido, a tese.

Nessa matéria de legitimidade ou ilegitimidade, portanto, o Recurso não pode ser conhecido.

10. - No que diz respeito à prescrição, diz o acórdão que (e-STJ fls. 152):

(...)

Da análise dos autos, vê-se, todavia, que a autora teve ciência da falsificação no ano de 2000, ao ser citada, indevidamente, como fiadora na execução de título extrajudicial (Processo n. 2000.001.141678-5), tendo proposto ação declaratória de inexistência de relação jurídica (Processo n. 2001.001.104492-6) em 2001, a fim de demonstrar que a assinatura aposta em cartão de autógrafos e no contrato de locação eram produto de falsificações, o que foi reconhecido pela sentença de fls. 41-47, prolatada em 2005, enquanto que, no ano seguinte, em 2006, propôs a presente ação de indenização por danos morais.

Extrai-se daí o agir positivo da autora, que não se quedou inerte, diante da lesão sofrida, procurando, assim, em uma primeira etapa, a comprovação do falso, para logo a seguir, em uma segunda etapa, buscar a compensação dos danos morais sofridos. Ao que parece, o pedido declaratório de inexistência de relação jurídica, em 2001, caracterizou-se como causa interruptiva do prazo prescricional, o qual apenas voltou a correr em 2005, a partir do trânsito em julgado da sentença que reconheceu ser a assinatura da autora falsa. Portanto, a partir daí é que poder-se-ia reiniciar a contagem do prazo extintivo, cessando com a propositura da presente, antes de seu escoamento final. Por conseguinte, não se vislumbra a prescrição aludida.

Vê-se que o entendimento do Tribunal *a quo* encontra-se alinhado com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido temos:

Direito Civil. Recurso especial. Contrato de seguro. Ação cautelar de exibição de documentos. Razões da recusa de pagamento. Ação de cobrança. Prazo prescricional. Causa de interrupção.

- Para a ocorrência da prescrição é imprescindível a demonstração da inércia do titular do direito, que, prolongada no tempo, provoca a insegurança social por impedir a consolidação das situações jurídicas.

- É arbitrária e não pode ser respaldada pelo manto do exíguo prazo prescricional ânua a conduta da seguradora quando não efetua o pagamento devido e também não externa as razões da recusa.

- O segurado, por intermédio da exibição de documentos, pretendeu conhecer as razões do indeferimento do pedido, o que evidencia a necessidade e a utilidade da medida cautelar e marca a interrupção da prescrição, por se tratar de ato judicial promovido pelo titular em defesa do direito subjetivo perseguido.

Recurso especial provido.

(REsp n. 292.046-MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relª. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 25.4.2005).

Contrato de seguro. Ação cautelar de exibição de documentos. Prazo prescricional. Interrupção.

- A ação cautelar de exibição de documentos tem como escopo, avaliar a conveniência da ação de cobrança. É exercida, justamente, para defender, ainda que de forma indireta, o direito à indenização securitária.

- O ajuizamento de ação cautelar, preparatória para a ação de cobrança, interrompe o prazo prescricional, que recomeça com o término do processo cautelar (Art. 173 c.c. 178, § 6º, do CCB/1916).

(REsp n. 605.957-MG, Relator(a) Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 16.4.2007).

No mesmo sentido: n. 102.498-SP, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 29.8.2005; REsp n. 202.564-RJ, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 1º.10.2001).

Tem-se, no presente caso, que – o ajuizamento da ação declaratória incidental à execução – demonstra que o titular do direito não permaneceu inerte durante o curso do prazo prescricional. Ao contrário, ele cuidou de protegê-lo, ao buscar a declaração de inexistência de relação jurídica, a fim de provar que era falsa a assinatura posta no contrato de locação e que fora reconhecida a firma pelo Cartório, como verdadeira.

Além disso, o art. 202, I, do Novo Código Civil, que repete com poucas alterações o art. 172, I, do Código Civil de 1916, não condiciona a interrupção da prescrição ao despacho do juiz que ordena a citação na ação em que o autor diretamente persegue o direito material.

É absolutamente razoável admitir que a citação referida na Lei pode ser a da ação declaratória que foi proposta, que não tem outra finalidade senão assegurar o resultado prático (realização do direito material) do processo indenizatório destes autos.

Daí conclui-se, sem dificuldade, que em 2001, quando o juiz ordenou a citação na ação declaratória, a prescrição foi interrompida.

11. - Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.



VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): A controvérsia posta a desate cinge-se a determinar se, na espécie, o

Décimo Quarto Ofício de Notas, pode figurar no polo passivo da ação ordinária proposta por *Maria Alcina de Jesus Trindade Coelho*, objetivando a condenação por danos morais.

Conforme notícia o acórdão recorrido, à fl. 143, a ora recorrida *afirma haver sido surpreendida com citação em uma ação de execução, referente à cobrança de aluguéis de um imóvel localizado na Barra da Tijuca, na qual figurava como fiadora juntamente com o seu marido, embora desconhecesse o contrato. Informa que perícia grafotécnica atestou a falsidade de sua assinatura em cartão de abertura de firma, bem como no mencionado contrato de locação, o que culminou em sentença que julgou o pedido declaratório procedente e, por sua vez extinguiu o processo de execução, na forma do art. 618, I, do CPC. Acresce que em grau de recurso entendeu-se pela validade da fiança, com reserva de sua meação sobre o produto da arrematação dos bens penhorados, o que culminou no prosseguimento da execução e consequente leilão do seu único imóvel.*

Os fatos acima elencados motivaram a recorrida a ajuizar ação de indenização por danos morais contra o recorrente, a qual foi julgada procedente, decisão esta que restou mantida pelo Tribunal local.

Irresignado, o recorrente aviou, então, recurso especial (art. 105, III, **a** e **c**, da CF), sustentando violação dos arts. 535 do CPC, 1º e 22 da Lei n. 8.935/1994, 38 da Lei n. 9.492/1997, 189, 197 e 204 do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial.

Na sessão do dia 12.8.2010, o Ministro Relator *Sidnei Beneti* negou provimento ao recurso especial. O entendimento esposado pelo Ministro Relator restou assim sumariado:

Recurso especial. Ofensa ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Divergência jurisprudencial. Não comprovação. Responsabilidade civil. Reconhecimento de firma. Falsificação. Ocorrência. Tabela. Responsabilidade. Fundamento constitucional. Ação declaratória. Prescrição. Interrupção.

I. Embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todas as questões pertinentes, logo, não há que se falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

II. É inviável a apreciação de recurso especial fundado em divergência jurisprudencial quando o recorrente não demonstra o suposto dissídio pretoriano por meio: (a) da juntada de certidão ou de cópia autenticada do acórdão paradigma, de modo que, na falta dessa autenticação, deve o advogado certificar a veracidade da referida cópia; (b) da citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado em que o acórdão divergente foi publicado; (c) do cotejo analítico,

com a transcrição dos trechos dos acórdãos em que se funda a divergência, além da demonstração das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a mera transcrição da ementa e de trechos do voto condutor do acórdão paradigma.

III. Não cabe recurso especial contra acórdão que, sob fundamento única e exclusivamente constitucional, julga o tema da responsabilidade dos cartórios. Mormente considerada inexistência de orientação pacificada nesse Tribunal sobre o tema.

IV. Para a ocorrência da prescrição é imprescindível a demonstração da inércia do titular do direito, que, prolongada no tempo, provoca a insegurança social por impedir a consolidação das situações jurídicas. O ajuizamento de ação declaratória de falsidade de assinatura aposta no cartão de autógrafos e no contrato de locação, preparatória para a ação indenizatória, interrompe o prazo prescricional.

Recurso especial improvido.

Pedi vista dos autos tão somente para melhor apreciar a matéria concernente à questão da legitimidade passiva do cartório extrajudicial para figurar no polo passivo de ação indenizatória por ato ilícito decorrente de atividade cartorária.

Pois bem, após exame detido dos autos, cheguei à conclusão diversa do nobre Relator.

De início, vale acentuar que o conteúdo normativo dos arts. 1º e 22 da Lei n. 8.935/1994 e art. 38 da Lei n. 9.492/1997 foi devidamente prequestionado, ainda que implicitamente, sendo de rigor, portanto, a inaplicabilidade das Súmulas n. 282 e n. 356 do STF.

No mais, sobre o tema ora em evidência, em voto-vista proferido no REsp n. 911.151-DF, relator Ministro Massami Uyeda, externei meu posicionamento no sentido de que os cartórios extrajudiciais não detêm legitimidade passiva para responder pelos danos decorrentes dos serviços notoriais.

Deveras, como lançado nas razões de decidir do referido voto, os cartórios extrajudiciais, também chamados de ofícios e serventias, são unidades autônomas e independentes de prestação de serviço público, efetivados em caráter privado, cuja delegação é conferida a um particular após aprovação em concurso público. É dizer, não possuem tais figuras personalidade jurídica própria.

Ademais, não pode também a serventia ser classificada como ente despersonalizado detentor de capacidade processual (como a massa falida, a sociedade de fato, o espólio, a herança jacente ou vacante e o condomínio - *ex*

vi do art. 12 do CPC), pois não é sujeito de direitos, tampouco constitui uma universalidade de bens de conteúdo econômico imediato.

Vale ressaltar que o acervo cartorial contém, além de outros bens, documentos os quais ostentam natureza de arquivo público, não podendo, portanto, ser comercializado; somente gerenciado, por meio de delegação prevista constitucionalmente.

Sob esse prisma, a seguinte lição de Carlos Roberto Teixeira Guimarães, *verbis*:

A serventia nada mais é do que o espaço físico de uma repartição pública, onde, se presta um tipo de serviço público essencial à inserção do indivíduo na ordem jurídica, para o efetivo exercício de determinados interesses tutelados, ou, para a expressão documental da personalidade.

Assim é que, no cartório é que se deve instrumentalizar, o nascimento, o matrimônio, o óbito, o apontamento de títulos e documentos protestáveis, a lavratura e o respectivo registro de direitos reais imobiliários acima do valor de lei, a constituição etc, da pessoa jurídica de direito privado e tantas outras atribuições úteis à vida em sociedade.

O constituinte de 1988 determinou a prestação extrajudicial ao particular por delegação do poder público. Isso significa que é legítima a gerência privada de um serviço público de titularidade primariamente estatal, pois, ao constituinte, sabedor da hipertrofia estatal, pareceu melhor esvaziar o Estado, ou seja, desestatizar.

(...)

Então, a estabilidade no serviço extrajudicial, para o oficial delegado tem como termo inicial o ato administrativo de delegação pela autoridade competente. Aqui, é que primariamente começa a responsabilidade, pois, é ato de delegação que se tem o marco da investidura em função pública.

(...)

A delegação é uma descentralização administrativa intuitu personae na pessoa do oficial delegatário (...).

(...)

Aqui identificamos uma espécie de ausência de responsabilidade civil, seja pelo regime ordinário, ou pelo regime extraordinário, pois, à serventia, a repartição pública cartorial, não se empresta personalidade civil, porque não é pessoa titular de direitos e deveres na ordem jurídica, privada ou pública. O cartório não atende ao artigo 1º, da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil".

O acervo cartorial é um arquivo, um composto de bens singulares sem conteúdo econômico imediato, mas de interesse que repercute em toda nação. Ali se tem parte da história do Brasil.

Assim é que, muito menos, à serventia extrajudicial notarial e de registro é pertinente a personalidade tratada no art. 2º, e o restante do art. 41, bem como, aquilo estampado no art. 45 (...)

(...)

Isto quer dizer que a serventia não é sujeito de direito, motivo pelo qual, no máximo poderia ser encarada como objeto de direito, que também não o é, pois, somente a móvel é bem móvel objeto de direito real ou pessoal; e os documentos oriundos do serviço têm natureza de arquivo público.

Destarte, o arquivo público está fora do comércio jurídico de direito privado, tanto que, só se defere seu gerenciamento, pela delegação constitucional dos serviços notariais e de registros públicos. Esta delegação transfere a estabilidade no gerenciamento do foro extrajudicial.

Por isso, não há relação jurídica entre o cartório e qualquer pessoa.

A invenção do constituinte na delegação constitucional não tirou da serventia a natureza de mera repartição pública, pois, a preocupação maior do legislador é com a eficiência no serviço pela desestatização.

No regime ordinário temos a descentralização na pessoa do particular, daí porque é esta a pessoa que ordinariamente responde por tudo do cartório, enquanto, no regime extraordinário, a responsabilidade pelo cartório é do Estado (...)

A responsabilidade vem da personalidade e como tal, o cartório, só é um arquivo público gerenciado por particular, daí porque, a serventia, ou o serviço não responderem por quaisquer débitos.

(...)

O tabelião público ou o oficial público registrador não são, certamente, empresários, muito menos, profissionais liberais, "Suas" serventias são arquivos públicos de todos do povo.

Portanto, por não se tratar de unidade econômica, muito menos por não ter personalidade jurídica, ao cartório não se empresta responsabilidade civil por débitos de quaisquer natureza, inclusive por direitos do trabalhador.

*Todos os danos ou débitos ou dívidas e créditos ocorrentes no espaço e no tempo da repartição cartorial, se devem aos seus responsáveis e nunca a serventia em si mesma, que não é personagem na ordem jurídica. (In: **A Responsabilidade Civil Cartorária Extrajudicial**, Rio de Janeiro: Senai-RJ, 2005, p. 50-53 e 129-131 - os grifos não são do original).*

Desta feita, conclui-se que a responsabilidade civil decorrente da má prestação de serviços cartorários (notariais e de registro) deverá ser imputada ao titular da serventia ou, ainda, ao Estado - mas não ao cartório extrajudicial. Nessa esteira, o seguinte precedente desta Corte Superior:

Processo Civil. Cartório de notas. Pessoa formal. Ação indenizatória. Reconhecimento de firma falsificada. Ilegitimidade passiva.

O tabelionato não detém personalidade jurídica ou judiciária, sendo a responsabilidade pessoal do titular da serventia.

No caso de dano decorrente de má prestação de serviços notariais, somente o tabelião à época dos fatos e o Estado possuem legitimidade passiva.

Recurso conhecido e provido. (REsp n. 545.613-MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 29.6.2007).

Ademais, como pontificou o Min. Massami Uyeda, no julgamento do REsp n. 911.151-DF, “a legitimidade dos cartórios apenas estenderia a responsabilidade para os tabeliães sucessores para atos pretéritos, porquanto somente eles teriam patrimônio para arcar com os resultados da demanda. Esses sucessores, entretanto, não adquiriram fundo de comércio ou foram transferidos em todos os direitos e obrigações, mas apenas assumiram delegação diretamente efetuada pelo Poder Público, estando infensos aos prejuízos ou lucros auferidos pelo seu antecessor”.

Por fim, impende registrar que o entendimento acima exposto reflete a recente orientação jurisprudencial desta Corte, como demonstram os julgados abaixo colacionados:

Agravo regimental. Recurso especial. Tabelionato. Ausência de personalidade jurídica. Responsabilidade do titular do cartório à época dos fatos.

1. O tabelionato não detém personalidade jurídica, respondendo pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 624.975-SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 21.10.2010, DJe 11.11.2010).

Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Serviços notariais e de registro. Natureza jurídica. Organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Protesto. Pedido de cancelamento. Obrigação de fazer. Tabelionato. Ilegitimidade de parte passiva reconhecida. Ausência de personalidade. Recurso improvido.

I - É entendimento assente que o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa mencionar todos os argumentos levantados pelas partes, mas, tão-somente, explicitar os motivos que entendeu serem suficientes à composição do

litígio, não havendo falar, na espécie, em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

II - Segundo o art. 1º da Lei n. 8.935/1994, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, os serviços notariais e de registro são conceituados como “*organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos*”. Dispõe, ainda, referida Lei que os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, além de que estão sujeitos às penalidades administrativas previstas nos arts. 32, 33, 34 e 35, no caso de infrações disciplinares previstas no art. 31 da mesma Lei.

III - Os cartórios extrajudiciais - incluindo o de Protesto de Títulos - são instituições administrativas, ou seja, entes sem personalidade, desprovidos de patrimônio próprio, razão pela qual, bem de ver, não possuem personalidade jurídica e não se caracterizam como empresa ou entidade, afastando-se, dessa forma, sua legitimidade passiva *ad causam* para responder pela ação de obrigação de fazer.

IV - Recurso especial improvido.

Ante o exposto, pedindo vênias ao e. Min. Relator, *dou provimento* ao presente recurso especial, para reconhecer a ilegitimidade passiva do *Décimo Quarto Ofício de Notas* e julgar extinto o feito, consoante dispõe o art. 267, VI, do CPC.

Em razão da sucumbência, condeno a recorrida a suportar as custas processuais e os honorários advocatícios, estes arbitrados no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, observada, se for o caso, a gratuidade de justiça.

É como voto.

VOTO VENCEDOR

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Eminentes Colegas. Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão referente à legitimidade passiva do recorrente, mormente em razão da divergência verificada entre o voto do eminente relator e o voto do eminente Min. Vasco Della Giustina.

Cumprе verificar se o *Décimo Quarto Ofício de Notas* possui legitimidade passiva para responder ação de indenização por danos morais proposta por *Maria Alcina de Jesus Trindade Coelho*, devido à má prestação de serviço cartorário, consistente no reconhecimento de firma mediante assinatura falsificada.

No recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, **a** e **c** da Constituição Federal, o recorrente alegou, quanto à sua ilegitimidade passiva, negativa de vigência aos artigos 1º e 22 da Lei n. 8.935/1994 e 38 da Lei n. 9.492/1997, além de divergência jurisprudencial.

Para o eminente Ministro Sidnei Beneti, relator do recurso especial, a alegação não pode ser conhecida por dois fundamentos: *a)* “[...] a suscitada divergência não atende às exigências dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, uma vez que não comprovada, pois não foram apresentadas as cópias dos Acórdãos paradigmas e não foi citado o repositório oficial autorizado ou credenciado, em que esses foram publicados.”; *b)* “[...] o acórdão resolveu a questão da legitimidade do Cartório, adentrando, com base em fundamento único e estritamente constitucional - artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, cujo exame refoge à Competência desta Corte”. Considerou, ainda, o eminente relator, a ausência de pacificação da matéria nesta Corte, circunstância que, em tese, autorizaria a mitigação da exigência de prequestionamento infraconstitucional, em homenagem à unicidade da orientação jurisprudencial nacional.

O eminente Ministro Vasco Della Giustina, por sua vez, em voto-vista antecipado, divergiu, reputando implicitamente prequestionado o conteúdo normativo dos artigos 1º e 22 da Lei n. 8.935/1994 e art. 38 da Lei n. 9.492/1997, reconhecendo, no mais, a ilegitimidade passiva do recorrente e julgando extinto o feito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Com a vênua do eminente relator, acompanho a divergência, pois tenho que os dispositivos infraconstitucionais, cuja negativa de vigência ora se alega, efetivamente foram implicitamente prequestionados no acórdão recorrido, de modo que não incidem à espécie os óbices das Súmulas n. 282 e n. 356 do STF, impondo-se o conhecimento do recurso.

A Lei n. 8.935/1994 (Lei Orgânica do Serviço Notarial e Registral) e a Lei n. 9.492/1997 (Protesto de títulos e outros documentos) expressamente estatuíram a responsabilidade pessoal dos notários e oficiais de registro pelos danos causados a terceiros no exercício da atividade notarial ou registral, consoante se infere, respectivamente, dos seus artigos 22 e 38, *verbis*:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros o direito de regresso no caso de dolo e culpa de seus prepostos.

Art. 38. Os tabeliães de protesto de títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

Como se vê, em nenhum momento fora reconhecida a responsabilidade dos cartórios por eventuais danos causados a terceiros, mas apenas do titular da serventia, em face da delegação do serviço que lhe é conferida pelo Poder Público em seu nome.

Entretanto, o acórdão recorrido (fls. 149-154) reconheceu a legitimidade passiva *ad causam* do ofício de notas, entendendo que “[...] a despeito da serventia extrajudicial não ostentar personalidade jurídica, sendo serviço público delegado, prestado em caráter privado (art. 236, da CRFB), detém, por outro lado, personalidade judiciária, de modo a ser equiparado às pessoas formais, constante no rol exemplificativo do art. 12 do CPC”.

Efetivamente, as serventias extrajudiciais não são dotadas de personalidade jurídica, pois esta é adquirida apenas com o registro dos atos constitutivos na Junta Comercial ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, aquisição a que estão sujeitos apenas os entes constantes do art. 44 do Código Civil.

Esta é, também, a orientação predominante desta Corte, que reconheceu, em várias oportunidades, a ausência de personalidade jurídica das serventias.

A doutrina perfilha idêntico entendimento, conforme leciona **Ana Luísa de Oliveira Nazar de Arruda**:

Todas as expressões: cartórios extrajudiciais, ofícios ou serventias, representam uma única idéia consistente na atividade desenvolvida em caráter privado e independente para a prestação de serviços públicos. A referida atividade está atrelada ao Poder Judiciário quanto à fiscalização e regulamentação dos serviços.

Os cartórios são, portanto, unidades independentes de prestações de serviços públicos. São serventias extrajudiciais ligadas ao Poder Judiciário, que não possuem personalidade jurídica própria. São centros autônomos de prestação de serviços públicos delegados a um particular após aprovação em concurso de provas e títulos.

[...]

Por serem entes despersonalizados, são os seus titulares que, após o devido concurso público de provimento ou remoção, responderão pelos atos praticados no desenvolvimento das funções, devendo eventual demanda judicial ser proposta em face do titular, pessoa física, e não em face do cartório (Cartórios Extrajudiciais: Aspectos Cíveis e Trabalhistas, São Paulo: Atlas, 2008, p. 14-15).

A divergência, todavia, permanece quanto à possibilidade de a serventia ser equiparada às pessoas formais do art. 12 do Código de Processo Civil, de modo a ostentar personalidade judiciária.

A egrégia Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial n. 476.532-RJ, da relatoria do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, reconheceu a legitimidade do cartório para figurar como parte em juízo, nos termos da seguinte ementa:

Cartório de notas. Tabelionato. Responsabilidade civil. Legitimidade passiva do cartório. Pessoa Formal. Recurso conhecido e provido para reconhecer a legitimidade do cartório de notas por erro quanto à pessoa na lavratura de escritura pública de compra e venda de imóvel.

(REsp n. 476.532-RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 4.8.2003).

Entretanto, tenho que as serventias não podem ser consideradas pessoas formais, tal como são a massa falida, a sociedade de fato, o espólio e a herança jacente ou vacante, pois esses entes consubstanciam uma universalidade de bens e direitos, com conteúdo econômico imediato, sendo capazes de contrair direitos e obrigações.

Os cartórios ou serventias, por sua vez, de modo diverso, representam apenas o espaço físico onde é exercida a função pública delegada, compostos de bens pertencentes exclusivamente a cada um de seus titulares, além de documentos públicos que ostentam natureza de arquivo público e, portanto, não comercializáveis.

Vale dizer, pois, que os cartórios não são empresas, já que não possuem fundo de comércio, não visam ao lucro e, tampouco, estipulam livremente o valor dos emolumentos cobrados.

Ademais, nos termos do art. 21 da Lei n. 8.935/1994, é exclusiva do titular da serventia a responsabilidade pelo “[...] gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal”.

Por fim, registra-se que a titularidade de uma serventia sempre é adquirida de forma originária ou derivada, através de concurso público de ingresso ou remoção, não podendo, portanto, ser transferida.

Por isso, professa **Márcia Rosália Schwarzer**, em uma questão ainda mais delicada, que é a ilegitimidade passiva do atual titular pelo pagamento de

débitos atrasados do antigo titular, especialmente trabalhistas e previdenciários, *verbis*:

Há ilegitimidade de partes entre atuais e futuros titulares, da mesma serventia, em caso de sucessão trabalhista, civil, previdenciária ou penal (Curso de Direito Notarial e Registral: da origem à responsabilidade civil, penal e trabalhista. Porto Alegre: 2008, p. 218).

Destarte, não há como reconhecer a legitimidade passiva de uma serventia extrajudicial para responder a ação de indenização por danos morais.

Com estas considerações, filio-me à jurisprudência mais recente e dominante desta Corte, que tem entendimento contrário ao firmado pelo Tribunal *a quo*, no sentido de considerar legitimado para responder pelos danos causados por ato seu ou dos seus prepostos, o titular da serventia e, objetivamente, o Estado.

Confira-se:

Agravo regimental. Recurso especial. Tabelionato. Ausência de personalidade jurídica. Responsabilidade do titular do Cartório à época dos fatos.

1. O tabelionato não detém personalidade jurídica, respondendo pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 624.975-SC, Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabei Gallotti, maioria de votos, com os votos dos Ministros Luis Felipe Salomão e Raul Araújo, ausentes os Ministros Luis Felipe Salomão e João Otávio de Noronha, DJe 11.11.2010);

Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Serviços notariais e de registro. Natureza jurídica. Organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Protesto. Pedido de cancelamento. Obrigação de fazer. Tabelionato. Ilegitimidade de parte passiva reconhecida. Ausência de personalidade. Recurso improvido.

I - É entendimento assente que o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa mencionar todos os argumentos levantados pelas partes, mas, tão-somente, explicitar os motivos que entendeu serem suficientes à composição do litígio, não havendo falar, na espécie, em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

II - Segundo o art. 1º da Lei n. 8.935/1994, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, os serviços notariais e de registro são conceituados como

“organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”. Dispõe, ainda, referida Lei que os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, além de que estão sujeitos às penalidades administrativas previstas nos arts. 32, 33, 34 e 35, no caso de infrações disciplinares previstas no art. 31 da mesma Lei.

III - Os cartórios extrajudiciais - incluindo o de Protesto de Títulos - são instituições administrativas, ou seja, entes sem personalidade, desprovidos de patrimônio próprio, razão pela qual, bem de ver, não possuem personalidade jurídica e não se caracterizam como empresa ou entidade, afastando-se, dessa forma, sua legitimidade passiva *ad causam* para responder pela ação de obrigação de fazer.

IV - Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.097.995-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, votação unânime, com os votos dos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina - Desembargador convocado TJ-RS e Nancy Andrichi, DJ 21.9.2010).

Recurso especial. Cartório extrajudicial. Tabelionato. Interpretação do art. 22 da Lei n. 8.935/1994. Lei dos Cartórios. Ação de indenização. Responsabilidade civil do tabelionato. Legitimidade passiva *ad causam*. Ausência. Recurso especial improvido.

1. O art. 22 da Lei n. 8.935/1994 não prevê que os tabelionatos, comumente denominados “Cartórios”, responderão por eventuais danos que os titulares e seus prepostos causarem a terceiros.

2. O cartório extrajudicial não detém personalidade jurídica e, portanto, deverá ser representado em juízo pelo respectivo titular.

3. A possibilidade do próprio tabelionato ser demandado em juízo, implica admitir que, em caso de sucessão, o titular sucessor deveria responder pelos danos que o titular sucedido ou seus prepostos causarem a terceiros, nos termos do art. 22 da Lei dos Cartórios, o que contrasta com o entendimento de que apenas o titular do cartório à época do dano responde pela falha no serviço notarial.

4. Recurso especial improvido.

(REsp n. 911.151-DF, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, maioria de votos, acompanhado pelos Ministros Vasco Della Giustina, Paulo Furtado e Nancy Andrichi, vencido o Min. Sidnei Beneti, DJe 6.8.2010);

Processo Civil. Cartório de notas. Pessoa formal. Ação indenizatória. Reconhecimento de firma falsificada. Ilegitimidade passiva.

O tabelionato não detém personalidade jurídica ou judiciária, sendo a responsabilidade pessoal do titular da serventia.

No caso de dano decorrente de má prestação de serviços notariais, somente o tabelião à época dos fatos e o Estado possuem legitimidade passiva.

Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 545.613-MG, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, maioria de votos, acompanhado pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa, vencido o Ministro Barros Monteiro, afirmou suspeição o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 29.6.2007, p. 630).

Responsabilidade civil. Notário. Legitimidade passiva *ad causam*.

A responsabilidade civil por dano causado a particular por ato de oficial do Registro de Imóveis é pessoal, não podendo o seu sucessor, atual titular da serventia, responder pelo ato ilícito praticado pelo sucedido, antigo titular.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 443.467-PR, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, votação unânime, com os votos dos Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi, DJ 1º.7.2005, p. 510).

Ante o exposto, acompanho o voto do eminente Ministro Vasco Della Giustina em todos os seus termos, dando provimento ao recurso especial e decretando a extinção do processo.

Ficam invertidos os encargos sucumbenciais.

É o voto.

—

RECURSO ESPECIAL N. 1.185.334-RS (2010/0048139-6)

Relator: Ministro Massami Uyeda

Recorrente: Banco Itaú S/A

Advogado: Carlos Leopoldo Gruber e outro(s)

Recorrido: Lézio Baggio Loss

Advogado: Diego Bernardi Lemos e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Expurgos inflacionários. Suspensão da ação individual ante o ajuizamento de ação coletiva. Prévia condenação

do réu nos honorários advocatícios, acaso a ação coletiva seja julgada procedente. Impossibilidade. Recurso provido.

1 - Reconhecido o direito material do autor da ação individual nos autos do processo de liquidação da sentença, em decorrência da procedência da ação coletiva, é que o réu deverá ser condenado nas custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil.

2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 6 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 14.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Banco Itaú S.A.*, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal.

Os elementos existentes nos autos dão conta de que *Lézio Baggio Loss* ajuizou ação ordinária de cobrança em desfavor do *Banco Itaú S.A.*, pleiteando os expurgos inflacionários da sua caderneta de poupança (fls. 9-18 e-STJ).

A MM. Juíza, diante da Ação Coletiva ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, visando a cobrança das diferenças de remuneração das cadernetas de poupança nos sucessivos planos econômicos do Governo Federal, determinou a suspensão da ação individual, *in verbis*:

Em caso de julgamento de procedência daquela, esta ação individual, na forma prevista no § 3º do artigo 103 da Lei n. 8.078/1990: (1) será convertida para a fase de liquidação ou de cumprimento (execução) daquela sentença nestes autos, incumbindo à parte autora providenciar na elaboração do cálculo do valor que considera devido, observando os parâmetros de atualização e juros lá definidos; (...); (3) o sucumbente suportará, também, as custas processuais e os honorários advocatícios, excepcionalmente reconhecidos como devidos em fase de cumprimento de sentença devido à peculiaridade do caso, desde já fixados em 10% do valor atualizado do montante da condenação. (fl. 53 e-STJ).

Irresignada quanto à antecipada condenação aos honorários advocatícios, a Instituição Financeira apresentou agravo de instrumento, no qual fora negado provimento, sob o fundamento de que:

Caso concreto, os honorários advocatícios fixados para o caso de procedência da ação coletiva decorrem da fase de conhecimento da ação individual suspensa, fase esta suprimida por meio do procedimento especial da ação coletiva, de acordo com o art. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor. Deste modo, não se trata de honorários para o cumprimento de sentença.

Ademais, os honorários fixados tem fundamento no princípio da causalidade, haja vista ter a instituição financeira dado causa ao ajuizamento da ação individual. (fl. 58 e-STJ).

Opostos embargos de declaração, eles foram rejeitados (fls. 81-83 e-STJ).

Contra esses julgados, o *Banco Itaú S.A.* interpôs recurso especial, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, em que se alega violação do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Sustenta o recorrente, em síntese, que a sucumbência da ação individual não está umbilicalmente ligada à procedência da Ação Coletiva, devendo ser reconhecido o direito material na ação individual, como a comprovação da existência de conta poupança e de saldo à época dos planos econômicos (fls. 89-94 e-STJ).

Transcorreu *in albis* o prazo para contrarrazões (fl. 95 e-STJ).

Negado seguimento ao apelo nobre pelo Juízo Prévio de Admissibilidade (fls. 97-98 e-STJ), o recurso especial ascendeu a esta Corte por força do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.122.876-RS (n. 2008/0252932-9), desta Relatoria (fl. 103 e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): Eminentes Ministros.

Este recurso especial refere-se à suspensão de ação individual ante o ajuizamento da ação coletiva pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, visando a cobrança das diferenças de remuneração das cadernetas de poupança nos sucessivos planos econômicos do Governo Federal, mas que, diferente de tantas outras já apreciadas por esta colenda Turma, condenou, de antemão, o réu na verba sucumbencial em caso de procedência da ação coletiva.

O cerne da questão, portanto, cinge-se em estabelecer a possibilidade de, na decisão que suspende a ação individual, condenar o réu nos honorários sucumbenciais em caso de procedência da ação coletiva.

O recurso merece prosperar.

É cediço que, nas pretensões de interesses puramente privados e disponíveis, a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (artigo 20 do Código de Processo Civil).

Não seria diferente no caso dos autos, em que o Sr. Lézio ajuizou ação ordinária de cobrança em desfavor do *Banco Itaú S.A.*, pleiteando os expurgos inflacionários da sua caderneta de poupança.

Todavia, o tramite processual sofreu uma reviravolta. Como a pretensão referia-se a um interesse individual homogêneo, ou seja, transindividual ou metaindividual, pertencem a um grupo, classe ou categoria determinável de pessoas, com uma origem comum, e natureza divisível, fora proposta ação coletiva, com a mesma causa de pedir e pedido.

Com isso, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, determinou-se a suspensão da ação individual até o pronunciamento final da ação coletiva.

Dessa forma, a sentença de procedência do pedido na ação coletiva, nos termos do inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, será, via de regra, genérica, fará coisa julgada *erga omnes* e ensejará, por parte de cada beneficiário do *decisum*, a possibilidade de converter a sua ação, então suspensa, em liquidação de sentença, apurando-se o prejuízo experimentado (artigos 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor).

Diante dessas circunstâncias, verifica-se que tão-somente na liquidação de sentença é que será apurado se efetivamente aquele autor é detentor do direito

material invocado e o *quantum debeatur*, consubstanciando-se na instauração de um novo processo.

Os professores Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior lecionam:

A liquidação da sentença de condenação genérica, em tais casos, tem as suas peculiaridades.

(...)

Nesta liquidação, serão apurados: a) os fatos e alegações referentes ao dano individualmente sofrido pelo demandante; b) a relação de causalidade entre esse dano e o fato potencialmente danoso acertado na sentença; c) os fatos e alegações pertinentes ao dimensionamento do dano sofrido. (*in* Curso de Direito Processual Civil, vol. 4, Ed. Podivm, 5ª ed., p. 386).

Dessa forma, reconhecido o direito material do autor da ação individual, nos autos do processo de liquidação da sentença proferida na ação coletiva, é que o réu deverá ser condenado nas custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Mutatis mutandis, ressalta-se, por oportuno, que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que são devidos os honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas, por indispensável a contratação de advogado, uma vez que é necessário promover a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, além da demonstração da titularidade do direito do exequente, resultando, pois, indubioso, o alto conteúdo cognitivo da ação de execução (Súmula n. 345-STJ).

Ademais, é notório perante os eminentes Ministros da Segunda Seção que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pela Ordem de Serviço n. 01/2010, determinou que as ações individuais suspensas, após a sentença da ação coletiva, voltem ao seu regular trâmite, nas quais, quando da prolação da sentença, o vencido será condenado ao pagamento dos honorários advocatícios.

Destarte, indevida é a prévia condenação do réu da ação individual ao pagamento dos honorários advocatícios em razão da procedência da ação coletiva.

Dá-se, pois, provimento ao recurso especial, para excluir da decisão de fls. 52-53 e-STJ, que determinou a suspensão da ação individual, o capítulo referente à condenação do Banco Itaú S.A. ao pagamento dos honorários advocatícios, em caso de julgamento procedente da ação coletiva.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.213.518-AM (2010/0159070-4)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Lázaro Estálio de Leão

Advogado: Antônio Hilton P Dourado e outro(s)

Recorrido: Irlanda Marinho de Oliveira e outros

Advogado: Marcos Antonio Ribeiro da Cruz e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Admissibilidade. Violação de dispositivos constitucionais. Não cabimento. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Ação de reintegração de posse. Requisitos. Doutrina. Prova da posse e do esbulho. Não comprovação da posse integral da área. Reexame de provas. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ. Precedentes. Alegação de inspeção judicial tardia. Ausência de indicação do dispositivo de lei federal tido por violado. Súmula n. 284-STF. Falta de questionamento. Súmula n. 211-STJ. Preclusão.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, motivo pelo qual se revela inviável invocar, nesta seara, a violação de dispositivos constitucionais, matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal.

2. O dissídio pretoriano não restou caracterizado na forma exigida pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em virtude da ausência de indicação de acórdão paradigma a permitir eventual análise da divergência de interpretações entre os casos confrontados.

3. Constituem requisitos para a procedência da ação possessória de reintegração a prova da posse da área e do esbulho com a sua perda.

4. A sentença de primeiro grau, mantida integralmente pelo acórdão recorrido, para concluir pela ausência dos requisitos necessários à procedência integral da ação de reintegração de posse, incursionou detalhadamente na apreciação do conjunto fático-

probatório (requerimentos administrativos, contratos, fotos, desenhos, além de inspeção judicial).

5. A verificação da procedência dos argumentos postos no recurso especial exigiria por parte desta Corte o reexame de matéria fática, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, consoante entendimento da Súmula n. 7-STJ.

6. A tese relacionada à realização tardia da inspeção judicial não pode ser conhecida sob vários fundamentos: incidência das Súmulas n. 284-STF, n. 211-STJ, de preclusão e por subsistirem outras provas aptas a embasar o resultado obtido pelas instâncias ordinárias.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 15.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Lázaro Estálio de Leão* com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Noticiam os autos que, em 16.5.2007, o ora recorrente ajuizou ação de reintegração de posse contra *Irlanda Marinho de Oliveira e outros*. Segundo história a inicial,

O requerente é possuidor do imóvel situado na Av. Preciosa, n. 426, antes Rua 1º de maio, Bairro Monte das Oliveiras, com as seguintes confrontações: ao Rua Carubá; ao Igarapé afluente do Igarapé Passarinho; ao Rua Faveiro. A posse do Autor é justa, e já a exerce há 24 (vinte e quatro) anos, desde 1983, sem nenhuma contestação por parte de terceiros, tendo inclusive, em data de 1992 tentado regularizar sua situação na *Secretaria de Meio Ambiente Ciência e Tecnologia - Semact-AM*, Instituto de Desenvolvimento dos Recursos Naturais e Proteção do Estado do Amazonas, extinto órgão do Governo Amazonas (...).

Em data de 11 de maio de 2007, corrente ano, o terreno foi invadido por aproximadamente 30 (trinta) pessoas armadas de terçados, machados e motosserras. Em seguida, mas 600 (seiscentas), aproximadamente, também adentraram no imóvel, destruindo as benfeitorias existentes, devastando a mata virgem que era conservada, apossando-se dos suínos que ali eram criados para abate.

Os invasores eram liderados pelas Requeridas acima nominadas. Vale esclarecer que os invasores não estão todos estabelecidos na área; apenas 20 (vinte) deles, demarcaram lotes para si e outros 4 (quatro) montam guarda no local, e alguns ergueram pequenas barracas constantes de quatro paus e cobertura de lona.

No local, trabalhavam além do Requerente mais 4 (quatro) famílias: *Ângelo Ramos Pontes; Antonio Gedeão de Leão, Pedro Alves da Fonseca e Fabrício Amauri da Silva*. A atividade consistia em criação de suínos e cultivo de hortaliças.

O autor exerce a posse do imóvel há 24 (vinte e quatro) anos e ali implantou benfeitorias tais como: a) 2 (dois) galpões de plasticultura com metragens equivalentes a 8mX50 m, destinados ao cultivo de hortaliças protegidas, precisamente, coentro cebolinha e alface, projeto elaborado pelo *Idam - Instituto de Desenvolvimento Agropecuário do Estado do Amazonas* financiado pelo Afeam -, já devidamente implantado; b) casa de alvenaria 4mX4m, que serve de apoio ao cultivo de hortaliças; c) casa de madeira com piso de alvenaria, cobertura com telhas brasilit, medindo 4 m X 9m, tendo ao redor plantação de árvores frutíferas diversas; d) construção de baias, para criação de suínos, por implantação de projeto de suínos elaborado pelo *Idam - órgão acima referenciado*, com financiamento pelo *Banco da Amazônia SA (Basa)* ainda não quitado; e) o terreno encontrava todo cercado, ora com muro ora com cercas, delimitando a posse do autor.

As benfeitorias ali implementadas demonstram a posse do autor e pode-se comprová-las com as fotografias (Fotos de 01-06) e respectivos negativos acostados à inicial, mas também, por depoimentos testemunhais e perícia a ser procedida no local, o que desde já se requer.

O esbulho causado pelos Requeridos está, também, demonstrado nos autos pelas fotografias em anexo (Fotos de 7-15). Destacam-se os atos de vandalismo, tais como: destruição do muro pela Rua Corumbá e parte do muro pela Av. Preciosa foi destruído em parte; devastação da área verde conservada pelo Autor; destruição dos galpões de plasticultura, e as plantações ali existentes; e mais, a permanência dia noite dos Requeridos no local desde 11.5.2007, quando se deu o esbulho, a perda da posse mediante violência.

Ora, demonstrados a posse do autor e o esbulho praticado pelos requeridos e a respectiva prática de ato de violência, acarretando a perda da posse exercida por tanto tempo sem nenhuma contestação, tem se por preenchidos os requisitos do artigo 927 do CPC, assistindo ao Autor o direito de ser reintegrado na posse consoante os termos expresso no artigo 926 e 1.210 do Código Civil (...) (e-STJ fls. 2-3).

A inicial foi instruída com a documentação de fls. 5-82 (e-STJ).

Recebidos os autos, em plantão judicial, foi indeferida a liminar (e-STJ fls. 83-84).

Distribuído o processo ao Juiz de Direito da 19ª Vara Cível e de Acidentes do Trabalho, foi deferida a liminar, em 18.5.2007, “determinando, em consequência, a expedição de mandado de reintegração de posse em favor do autor, ficando deferido desde logo o requerimento de auxílio de força policial para o cumprimento da medida judicial” (e-STJ fl. 92).

Conferida oportunidade ao autor de “identificar se as terras pertencem ao patrimônio da união, estado ou município” (e-STJ fl. 95), foi emendada a inicial, informando que “através de contatos mantidos com a Secretaria Municipal do Meio Ambiente - Sema, tomou-se conhecimento de que as terras, ora em questão, são pertencentes ao Patrimônio Municipal” (e-STJ fls. 98-99).

Em despacho datado de 5.6.2007, foi determinada a intimação no Município de Manaus para se manifestar acerca de eventual interesse em compor a lide na qualidade de litisconsorte (e-STJ fl. 102).

Em contestação (e-STJ fls. 108-116), *Irlanda Marinho de Oliveira* e *Maria Rita de Melo* suscitaram, preliminarmente, inépcia da inicial por faltar-lhe “causa de pedir exposta de maneira abrangente e fundamentada” (e-STJ fl. 110) e ilegitimidade passiva “vez que as Rés moram em lugares distintos, sendo que a Sra. *Irlanda Marinho de Oliveira*, reside na rua ‘*Macacauba*’ n. 72 e a outra Ré *Maria Rita de Melo*, reside na Rua Massara n. 65” (e-STJ fl. 113). No mérito, refutaram as alegações deduzidas na inicial, aduzindo não ter o autor demonstrado a propriedade ou a posse prévia do imóvel.

Réplica às fls. 381-384 (e-STJ).

Em manifestação, o Município de Manaus aduziu que, “ante a dificuldade de encontrar nos autos informações atualizadas e confiáveis, não conseguiu emitir parecer conclusivo acerca da dominialidade da área” (e-STJ fl. 403). Requereu, para tanto, a intimação do autor para apresentar a planta de

localização atualizada e detalhada do terreno que afirma ocupar, providência deferida à fl. 406 (e-STJ), em despacho datado de 8.10.2007, e atendida pelo autor às fls. 408-413 (e-STJ).

Compareceu novamente aos autos o Município informando que a área em litígio não integra o patrimônio público municipal (e-STJ fls. 417-419).

Sucederam-se pedidos de expedição de mandado de reintegração de posse, em 10.12.2007 e 18.12.2007 (e-STJ fls. 423 e 432), indeferidos, em 18.1.2008 “uma vez que vigência da decisão judicial não foi revogada, sendo desnecessária a expedição de novo mandado de reintegração de posse” (e-STJ fl. 435).

Diante de novo pedido, formulado em 22.9.2008 (e-STJ fl. 450-451), foi deferido mandado de reintegração de posse, em 1º.10.2008 (e-STJ fl. 453).

Compareceu aos autos a Associação de moradores da comunidade “Luiz Otávio” no bairro monte das Oliveiras (e-STJ fls. 459-527), requerendo a suspensão do cumprimento da medida liminar.

Em decisão datada de 29.10.2008 (e-STJ fl. 532), foram intimadas as partes para acompanharem a inspeção judicial, determinando-se, ainda, a suspensão do cumprimento do mandado de reintegração de posse.

A inspeção judicial realizou-se em 24.11.2008 (e-STJ fls. 542-543) seguida de manifestação das partes e interessados (e-STJ fls. 545-552 e fls. 707-710).

Conferida oportunidade às partes para manifestação acerca da produção de novas provas (e-STJ fl. 741), nada requereram (e-STJ fl. 752).

O Juízo de primeiro grau, em sentença que apreciou conjuntamente a ação de reintegração de posse e os embargos de terceiro opostos por supostos moradores da área, julgou parcialmente procedente a ação de reintegração de posse (e-STJ fls. 753-761).

Inconformado, o autor da demanda manejou recurso de apelação (e-STJ fls. 766-777).

O Ministério Público do Estado do Amazonas emitiu parecer no sentido da manutenção da sentença (e-STJ fls. 957-961).

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, por unanimidade, negou provimento ao recurso, em aresto assim ementado:

Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Alegação no sentido de ocorrência de posse e de esbulho não comprovados. Ausentes os requisitos do artigo 927, do CPC.

- Dispõe o artigo 927 do Código de Processo Civil incumbir ao autor da ação reintegratória provar o exercício de sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse.

- Não havendo provas no sentido de que a parte tinha a posse de determinada gleba de terra e nem tampouco acerca da prática de esbulho possessório, deve a ação de reintegração de posse ser julgada improcedente.

- Negar Provimento ao Recurso (e-STJ fl. 970).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 1.000-1.006).

Nas razões recursais (e-STJ fls. 1.059-1.078), o recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 186 da Constituição Federal, art. 1.196 do Código Civil e art. 927 do Código de Processo Civil.

Sustenta, em síntese, que estão presentes todos os requisitos necessários para a procedência integral da ação de reintegração de posse.

Argumenta, para tanto, que “Desde a inicial, o Recorrente juntou cópias de requerimento ao Instituto de Desenvolvimento dos Recursos Naturais e Proteção Ambiental do Estado do Amazonas - IMA (...), requerendo a área, revelando que já a ocupava, e que ali já desenvolvia atividades agrícolas, visando a regularização da sua posse, juntando inclusive cópia de laudo de vistoria expedido pelo próprio órgão, contendo levantamento planimétrico atestando a existência de 14,3371 hectares de terra (...)” (e-STJ fl. 1.073).

Anota que, “às fls. 11 consta um levantamento planimétrico com todos os limites definidores da posse do Recorrente” (e-STJ fl. 1.074).

Aduz, ainda, que “a conclusão extraída pelo Juízo *a quo* quando da inspeção do local, restou totalmente equivocada, uma vez que depois de mais de vinte meses do início da invasão, a área tornara-se totalmente descaracterizada, após o arruamento e as construções e habitações lá construídas pelos invasores” (e-STJ fl. 1.074).

Conclui asseverando que, “ao mesmo tempo em que conseguiu o Recorrente provar os limites definidores de toda a área compreendida em sua posse, pôde também comprovar a sua posse, mediante toda essa documentação” (e-STJ fl. 1.076).

Decorrido sem manifestação o prazo para as contrarrazões (e-STJ fl. 1.510), e admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 1.515-1.518), subiram os autos a esta colenda Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso (e-STJ fls. 1.529-1.530).

A decisão monocrática de fls. 1.535-1.538 (e-STJ) foi objeto de agravo regimental (e-STJ fls. 1.544-1.600), provido por esta Terceira Turma, para que o feito fosse incluído em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Não merecem acolhida as pretensões do recorrente.

De início, inviável a análise da suposta ofensa aos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 186 da Constituição Federal. Como é cediço, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, motivo pelo qual revela-se inviável invocar nesta seara a violação de dispositivos constitucionais, matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, da Carta Magna).

Nesse sentido, o seguinte precedente:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Embargos à execução. Indeferimento de prova pericial. Análise de ofensa a dispositivo constitucional. Impossibilidade. Violação aos arts. 165, 458, II, e 535, II, do CPC. Inocorrência. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Sucumbência. Graus de distribuição. Aferição.

Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. Refoge à competência deste Superior Tribunal de Justiça, a quem a Carta Política confia a tarefa de unificação do Direito Federal, apreciar violação a dispositivo constitucional.

(...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 1.164.854-RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21.6.2011, DJe 27.6.2011).

Quanto ao mais, cinge-se a pretensão recursal ao argumento de que presentes os requisitos necessários para a procedência integral da ação de reintegração de posse. Aponta, para tanto, o recorrente, além de divergência

jurisprudencial, violação dos artigos 1.196 do Código Civil e art. 927 do Código de Processo Civil.

No tocante à alegada divergência jurisprudencial, o dissídio pretoriano não restou caracterizado na forma exigida pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em virtude da ausência de indicação de acórdão paradigma a permitir eventual análise da divergência de interpretações entre os casos confrontados.

Quanto à alínea **a** do permissivo constitucional, os dispositivos apontados como malferidos ostentam a seguinte redação:

Art. 1.196 do Código de Processo Civil: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 927 do Código Civil: Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

A doutrina especializada ensina que, efetivamente, constituem requisitos para a procedência da ação possessória de reintegração, a prova da posse da área e do esbulho com a sua perda.

A propósito:

Ao promover ação com pedido de proteção possessória, o autor, além dos requisitos comuns do art. 282, deverá alegar sua posse, a turbação com a continuação da posse, ou o esbulho com sua perda (art. 927, I, II e IV).

Ao autor incumbe provar, integralmente, o que alega, isto é, a posse e o molestamento da posse. Não o fazendo, a proteção possessória não lhe será concedida (SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. v. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119).

No mesmo sentido:

Além de elaborar petição inicial que satisfaça os requisitos da lei processual (art. 282), incumbe ainda ao autor provar a sua posse, a turbação ou o esbulho praticado pelo réu, a data em que a ofensa foi perpetrada e a continuação

na posse, embora turbada - na ação de manutenção -, ou a sua perda - na de reintegração (art. 927).

Esses fatos constitutivos do afirmado direito do autor deverão ser demonstrados documentalmente, com o fito de permitir tanto a avaliação da adequação do procedimento por ele eleito (...), quanto a concessão, pelo juiz, sendo o caso, de liminar inaudita altera parte de reintegração ou manutenção (MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos especiais. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 148-149).

No caso dos autos, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, concluíram que o autor “*apenas detinha parte do bem que desejava ver reintegrado e que no restante da área havia imóveis, construções e habitações de inúmeras famílias e que o Apelante não utiliza-se de toda área para produção rural*” (e-STJ fl. 973).

Vale colacionar os seguintes excertos da sentença de primeiro grau que, analisando a ***prova documental*** carreada aos autos, concluiu que os documentos apresentados pelo autor, consistentes em requerimento de regularização da área e contrato de empréstimo com instituição financeira, são insuficientes para provar a posse integral do bem pleiteado porque a área ali indicada não corresponde àquela pretendida na ação.

Consta dos autos que o autor requereu perante a Secretaria de Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia Semact-AM do Estado a compra do imóvel, objeto da presente lide, Processo n. 2.221/91, o qual a certidão consta que a área possui 55,30 metros de frente e não caracteriza o limite do imóvel, dispondo tão somente que o imóvel possui de área 109.180 m² (cento e nove mil cento e oitenta metros quadrados) as folhas 08-09 dos autos, não havendo por parte do órgão qualquer definição sobre o mérito da solicitação.

Nota-se ainda que pelos documentos trazidos na inicial que o autor realizou a contratação de empréstimo para desenvolvimento da criação de porcos com o Banco da Amazônia S.A. no ano de 2000, (fls. 14-17) no sentido de beneficiar o local de sua posse, compromissando-se a pagar até 10.7.2005, sendo prova inequívoca de sua posse, no entanto, a garantia do empréstimo foi um veículo Ford modelo F-1000, não se tratando do imóvel em si, o que se pode notar que a área efetivamente utilizada em sua atividade agropecuária de suinocultura é inferior ao pretendido na reintegração de posse, induzindo este juízo a erro quando no despacho que determinou os efeitos da antecipação da tutela, posteriormente revogada (e-STJ fl. 758).

Em ***inspeção judicial***, concluiu o magistrado de primeira instância que não haviam benfeitorias ou edificações compatíveis com a atividade empresarial que o autor afirmava desenvolver:

Verifiquei na inspeção judicial, conforme consta as fls. 405-406 dos autos, realizada em 24 de novembro de 2008, que na localidade que restou como posse do autor, *não existem benfeitorias ou edificações definidas sobre uma atividade empresarial para o desenvolvimento da suinocultura*, restando tão somente a comprovação da criação pelas fotos apresentadas nos autos, porém, *o autor, desde o ajuizamento da ação pleiteia uma área muito superior aquela que efetivamente detinha a posse*, o qual por se tratarem de terras devolutas somente podem ser reivindicadas pelo poder público ou a quem lhes detiver a posse, não sendo suficiente para a garantia da posse a edificação de muro limitrofe (e-STJ fl. 760).

Do exame das *fotos de satélite*, o juízo *a quo*, mais uma vez, extraiu a conclusão de que a posse do autor se opera somente sobre parcela do imóvel:

Deve-se salientar que a Ação interposta, qual seja, reintegração de posse visa restituir ao possuidor a posse de seu imóvel no caso de esbulho, porém para que isto ocorra é necessário que exista uma posse anterior da área, não basta uma mera fração da área para garantir a posse sobre toda uma área, que *como se vê nas fotos de satélites apresentados as folhas 306-307, a posse do autor não se opera sequer sobre 10% 5 dá ocupação não o entorno do imóvel é totalmente urbanizado, inclusive onde se conclui pelo desenho de responsabilidade do arquiteto Victor Marques Nunes, CREA-RJ n. 132.569/D datado de Setembro de 2007* (e-STJ fl. 760).

Como se vê, foi somente após ter incursionado detalhadamente na apreciação do conjunto fático-probatório, que as instâncias ordinárias concluíram pela impossibilidade de acolhida integral das pretensões do autor, consignando, por derradeiro, que:

O autor, inobstante toda a argumentação apresentada em sua peça vestibular, descurou-se em comprovar, de forma incontestada, consistente, a sugerida posse integral de toda a área sobre o imóvel. (...) (e-STJ fl. 760).

O Tribunal de origem, à luz dos documentos que instruíram o feito, destacou, ainda, a ausência de mais um requisito da ação possessória em comento, que, apesar de indispensável, também restou desatendido no caso concreto, qual seja, a exata individualização da área:

Analisando-se as alegações recursais, verifica-se que o autor chega a admitir que vinha exercendo a posse mansa e pacífica, até que os Apelados invadissem seu imóvel, caracterizando o esbulho. *Desde o início, há que se frisar, que o Autor/ Apelante não apresentar os limites definidos na área, somente juntando planta do bem após determinação judicial a requerimento do Município de Manaus* (e-STJ fl. 973).

A correta individualização da área, nas palavras abalizadas de Humberto Theodoro Júnior, constitui “*imposição categórica derivada da natureza da ação possessória*”.

Prossegue o autor:

(...) O interdito tutelar da posse, qualquer que seja ele, tem a característica de ser ação real, visto que, por meio dele, o autor demanda o exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio.

Disso decorre uma exigência de ordem lógica a ser atendida pela petição inicial: ad instar do que se passa com a ação reivindicatória, também a ação possessória somente se maneja com eficácia em torno de objeto adequadamente especificado. Assim como não se pode reivindicar área imprecisa de imóvel, também não se admite pretender alguém reintegração ou manutenção de posse sobre local não identificado com precisão. Mesmo porque o mandado possessório (objeto final da ação) seria inexecutível se a sentença acolhesse pretensão relativa à gleba sem divisas exatas e definidas (Curso de direito processual civil. 3. v. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117).

Nesse contexto, assim como posta a matéria, a verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial – no sentido de que: a) os documentos colacionados aos autos seriam suficientes para provar a posse integral da área; b) o autor teria apresentado documento com todos os limites definidores do imóvel; c) as fotos de satélite confeririam com os limites do bem; d) o requerente utilizaria toda a área para a produção rural e e) a conclusão do magistrado quando da inspeção judicial teria sido equivocada – exigiria por parte desta Corte o reexame de matéria fática, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, consoante entendimento da Súmula n. 7-STJ.

Esta Corte já teve a oportunidade de se pronunciar em inúmeras oportunidades acerca da inviabilidade da inversão das conclusões das instâncias de origem acerca da configuração dos requisitos ensejadores da procedência ou improcedência de ações possessórias por demandar inegável revisão de fatos e provas, consoante se extrai dos seguintes precedentes colacionados a título exemplificativo:

Direito Processual Civil. Ausência de intimação de advogado específico. Falta de prequestionamento. Não conhecimento. Ação de reintegração de posse. Inexistência de posse pretérita por parte do autor. Impropriedade da via eleita.

(...)

3. Não tendo o acórdão recorrido vislumbrado prova de posse antecedente pela a autora da ação de reintegração, a pretensão recursal encontra óbice na Súmula n. 7.

4. Recursos especiais não conhecidos.

(REsp n. 932.972-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27.9.2011, DJe 4.11.2011).

Agravo de instrumento. Agravo interno. Requisitos fáticos para a ação de reintegração de posse. Matéria que envolve reexame de prova. Súmula n. 7 do STJ. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211 do STJ.

I - *A discussão fundada na existência de requisitos fáticos para a reintegratória, exige reexame de prova, circunstância obstada pela Súmula n. 7 desta Corte.*

(...).

Agravo improvido.

(AgRg no Ag n. 758.729-GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 21.2.2008, DJe 10.3.2008).

Agravo regimental em agravo de instrumento. Reintegração de posse. Entendimento obtido da análise do conjunto fático. Probatório. Necessidade de reexame de provas. Impossibilidade na instância especial. Aplicação do Enunciado da Súmula n. 7-STJ. Agravo regimental não provido.

1. *A pretensão dos recorrentes de que seja reconhecido o seu direito possessório exige o revolvimento do conjunto fático-probatório carreado aos autos, inviável na via eleita, a teor do disposto na Súmula n. 7-STJ, segundo a qual a "pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".*

2. Alegações dos agravantes não infirmaram os fundamentos do *decisum* agravado.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 916.559-TO, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 16.9.2008, DJe 6.10.2008).

Civil e Processual. Recurso especial. Prequestionamento deficiente. Súmulas n. 282 e n. 356-STF. Ação de reintegração de posse. Titularidade e posse não demonstradas, na interpretação do Tribunal *a quo*. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

I. A falta de prequestionamento impede a apreciação do recurso especial em toda a extensão pretendida pela parte.

II. *Calcada a decisão da instância ordinária recursal que julgou improcedente a ação reintegratória na ausência de demonstração da titularidade da autora sobre o imóvel, bem assim da sua posse sobre o mesmo, a controvérsia recai no reexame da prova, que não tem como ser procedido pelo STJ, ao teor da Súmula n. 7.*

III. Recurso não conhecido.

(REsp n. 388.249-PA, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 7.12.2006, DJ 5.3.2007, p. 288).

Recurso especial. Processo Civil e Civil. Ausência de ofensa ao artigo 535 do CPC. Prequestionamento. Súmulas n. 282-STF e n. 211-STJ. *Reintegração de posse. Requisitos. Reexame de provas. Súmula n. 7. Julgamento extra petita. Inocorrência. Divergência jurisprudencial não-demonstrada.*

(...)

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

(...)

- Para demonstrar divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico e semelhança entre os casos. Não bastam simples transcrições de ementas e trechos.

(REsp n. 835.725-MT, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 28.6.2006, DJ 14.8.2006, p. 281).

Nesse contexto, tendo o acórdão recorrido, que manteve integralmente a sentença, ambos amparados nas provas dos autos, considerado ausentes os requisitos necessários à procedência integral da ação de reintegração de posse manejada pelo autor, não se sustenta a alegada ofensa aos artigos 1.196 do Código de Processo Civil e 927 do Código Civil, que, ao contrário tiveram seu fiel cumprimento.

Com esforço interpretativo, pode-se extrair, ainda, das razões do especial tese de que a realização tardia da inspeção judicial, realizada após vinte meses do início da invasão, teria levado o magistrado instrutor do processo a conclusões equivocadas, o que, sob a ótica do recorrente, teria sido determinante para a procedência apenas parcial da ação.

Referida matéria, contudo, não tem condições de prevalecer por mais de um fundamento.

De início, nota-se que a argumentação foi veiculada no especial desconectada de qualquer dispositivo de legislação infraconstitucional apto a embasá-la, o que, por si só, ensejaria o não conhecimento do recurso quanto ao ponto por incidência da Súmula n. 284-STF: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Além disso, o tema não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, o que impede o conhecimento do recurso por ausência de prequestionamento. Incide, portanto, o disposto na Súmula n. 211 desta Corte: "inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Registre-se, ademais, que as partes, além de terem assistido à inspeção, por meio de seus advogados (e-STJ fls. 542-543), tiveram oportunidade de se manifestar nos autos logo em seguida à sua realização (e-STJ fls. 545-552), momento em que poderiam ter aduzido eventual vício ou irregularidade da sua produção. Não aduzida, contudo, a matéria no momento oportuno, encontra-se preclusa a matéria.

Por fim, como se vê dos fundamentos que embasaram a sentença primeva, acima esmiuçados, a inspeção judicial foi apenas uma das provas que influenciaram na convicção do juízo que se valeu também amplamente da prova documental (requerimentos administrativos, contratos, fotos, desenhos, etc.) para formar o seu convencimento.

Logo, por qualquer ângulo que se analise a questão, a manutenção do acórdão recorrido desponta como a única solução possível.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.218.510-SP (2010/0184661-7)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: C E M

Advogado: Roberto Afonso Barbosa e outro(s)

Recorrido: A C B E M

Advogado: Roberto Ely Hamal

EMENTA

Processual Civil. Civil. Recurso especial. Ação de alimentos. Curso superior concluído. Necessidade. Realização de pós-graduação. Possibilidade.

1. O advento da maioria não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos

em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado.

2. É presumível, no entanto, – presunção *iuris tantum* –, a necessidade dos filhos de continuarem a receber alimentos após a maioridade, quando frequentam curso universitário ou técnico, por força do entendimento de que a obrigação parental de cuidar dos filhos inclui a outorga de adequada formação profissional.

3. Porém, o estímulo à qualificação profissional dos filhos não pode ser imposto aos pais de forma perene, sob pena de subverter o instituto da obrigação alimentar oriunda das relações de parentesco, que tem por objetivo, tão só, preservar as condições mínimas de sobrevivência do alimentado.

4. Em rigor, a formação profissional se completa com a graduação, que, de regra, permite ao bacharel o exercício da profissão para a qual se graduou, independentemente de posterior especialização, podendo assim, em tese, prover o próprio sustento, circunstância que afasta, por si só, a presunção *iuris tantum* de necessidade do filho estudante.

5. Persistem, a partir de então, as relações de parentesco, que ainda possibilitam a percepção de alimentos, tanto de descendentes quanto de ascendentes, porém desde que haja prova de efetiva necessidade do alimentado.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministro Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por C.E.M., com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TJ-SP.

Ação: de alimentos ajuizada por A.C.B.E.M., em face do recorrente, sob a alegação de que, embora seja maior e tenha concluído curso superior, encontra-se cursando mestrado, fato que a impede de exercer atividade remunerada e, por conseguinte, arcar com suas despesas.

Sentença: julgou improcedente o pedido.

Acórdão: o TJ-SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, nos termos da seguinte ementa:

Alimentos. Sentença que julgou a ação improcedente, para condenar o alimentante ao pagamento de 20% de seus vencimentos líquidos a título de pensão. Alegação do apelante sobre a capacidade do apelado em pagar a pensão, e sua necessidade de recebê-la a fim de concluir curso de mestrado. Pensão fixada em obediência ao binômio necessidade/possibilidade. Art. 1.694 § 1º CC., mas com limite temporal. Recurso provido.

Recurso especial: alega violação dos arts. 1.694 e 1.695 do CC/2002, além de divergência jurisprudencial.

Afirma que a obrigação de sustentar a prole se encerra com a maioridade, estendendo-se, excepcionalmente, até a conclusão do curso superior, não podendo subsistir a partir de então, sob pena de servir “(...) de incentivo à acomodação e à rejeição ao trabalho” (fl. 244, e-STJ).

Contrarrazões: aduz a recorrida que os alimentos devidos entre parentes alcançam o necessário à educação, não importando o advento da maioridade, bastando à comprovação de que o filho não consegue, por meios próprios, manter-se durante os estudos (fl. 257-264, e-STJ).

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ-SP negou seguimento ao recurso especial (fls. 266-267, e-STJ).

Decisão: em decisão unipessoal, dei provimento ao agravo de instrumento e determinei a subida do recurso especial.

Parecer do MPF: de lavra do Subprocuradora-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, pelo provimento do recurso especial. (fl. 343-346, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia a analisar a decisão do Tribunal de origem que reformou a sentença para julgar procedente pedido de alimentos feito por estudante – que cursa mestrado em universidade pública – em face de seu pai.

De se ressaltar que o art. 1.694 do CC/2002, apontado como violado no recurso especial, foi expressamente apreciado pelo Tribunal de origem, o que torna inócua possível discussão quanto ao prequestionamento dos demais dispositivos de lei, ou mesmo sobre a comprovação da divergência jurisprudencial, já que a insurgência recursal se resume a um único ponto, abordado pelo referido texto de lei.

1. Da permanência do dever dos pais de prestar alimentos aos filhos, em razão de estudos, após o término da graduação

Durante a menoridade da prole o dever de sustento decorrente do Poder Familiar não se restringe à sobrevivência dos filhos, mas espraia seus efeitos sobre todos os aspectos da formação da criança e do adolescente, aí inclusos, moradia, saúde, educação e lazer.

A cessação da menoridade tem como efeito reflexo o fim do Poder Familiar e, por conseguinte, o dever de sustento dos pais em relação à sua prole, remanescendo, no entanto, pela redação do art. 1.694 do CC/2002, a possibilidade de os alimentos continuarem a ser prestados, agora em face do vínculo de parentesco.

O substrato que dá suporte a essa importante alteração nas relações entre pais e filhos é o término do processo de criação, a partir do qual se pressupõe que o filho possa gerir sua vida sem o beneplácito dos pais.

No entanto, por força das condições socioeconômicas hoje existentes, ao menos um dos aspectos inerentes à criação dos filhos não se exaure com a maioria da prole, pois a crescente premência por mão de obra qualificada, no mais das vezes, impõe a continuidade dos estudos, mesmo após os 18 anos de idade, em cursos de graduação ou tecnológicos.

A faceta incompleta na formação dos filhos – educação – fez consolidar a ideia de que, apesar dos alimentos devidos em razão do vínculo de parentesco necessitarem de prova da necessidade do alimentado, é presumível – presunção

iuris tantum –, a necessidade dos filhos de receberem alimentos, após a maioridade, quando frequentam curso universitário ou técnico, por força do entendimento de que a obrigação parental de cuidar dos filhos inclui uma adequada formação profissional.

Relevante citar o posicionamento de Rolf Madaleno quanto ao tema:

(...) subsiste a obrigação alimentar depois de alcançada a capacidade civil aos dezoito anos de idade, quando o crédito de alimentos é destinado para a manutenção de filho estudante, especialmente porque continua dependente de seus pais por cursar a universidade, mesmo que frequente algum estágio, pois sabido que os valores pagos aos estagiários são em caráter simbólico e raramente atingem quantias capazes de dispensar o prolongamento da indispensável prestação alimentar (...). Madaleno, Rolf - *in*: **Curso de Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 902).

A necessidade presumida é o suporte para a incidência da obrigação alimentar nessa fase da vida dos filhos e, usualmente, a mera continuidade dos estudos será suficiente para a prorrogação do dever de alimentar, sendo desnecessário que o alimentado prove a sua necessidade.

O recorrente, apesar de admitir a continuidade da prestação alimentar após a maioridade do filho para que esse conclua seus estudos, busca a fixação de marco temporal para a prorrogação dessa obrigação alimentar, ou, em outra vertente, para a subsistência da presunção, *iuris tantum*, de necessidade do filho estudante.

O reclamo tem como lastro a tese de que o processo de educação formal que habilita o filho a buscar colocação no mercado finda, *in casu*, com a conclusão da graduação.

Assim, desejando o filho continuar seus estudos após o término da graduação, deve-se manter com uma colocação laboral que lhe permita frequentar um curso de pós-graduação *lato* ou *strictu sensu*.

A solução dessa questão passa pela apreciação do requisito essencial para pedido de alimentos por vínculo de parentesco – a existência de necessidade do alimentado.

É importante se definir, no entanto, que a necessidade que informa o dever de prestar alimentos por vínculo de parentesco não deve ser extraída de simplista sinonímia do termo, mas sim de uma interpretação realizada sob o lume da *efetiva necessidade* do alimentado.

A condicionante agregada se volta para a compreensão de que as relações de parentesco, mormente as obrigações pecuniárias entre capazes, devem ser implementadas com cautela, para evitar o enriquecimento sem causa do alimentado ou a indevida sobrecarga do alimentante.

A aplicação da expressão – *efetiva necessidade* – conspira contra aqueles que, mesmo sendo aptos ao trabalho, insistem em manter vínculo de subordinação financeira em relação ao alimentante. Porém, não desabriga os incapazes de suprirem suas necessidades, por moto-próprio.

Sob esse enfoque, é friável o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, ao afirma que:

(...) Nesse vértice e contexto, apesar dos bons motivos e fundamentos da r. sentença, a resposta à pretensão da filha deve ter outra resposta. No caso, a positiva isto porque completa sua formação profissional e, pelo que observa, havia alguma expectativa na preservação dessa assistência paterna ao optar por buscar esse resultado.” (fl. 234, e-STJ).

Em rigor, a formação profissional se completa com a graduação, que de regra permite ao bacharel o exercício da profissão para a qual se graduou, independentemente de posterior especialização, podendo assim, em tese, prover o próprio sustento, circunstância que afasta a presunção *iuris tantum* de necessidade do filho estudante.

Não se ignora que a pós-graduação – *lato* ou *stricto sensu* – agrega significativa capacidade técnica àqueles que logram cursá-la e, por conseguinte, aumenta a probabilidade de conseguirem melhor colocação profissional.

Porém, essa correlação tende ao infinito: especializações, mestrado, doutorado, pós-doutorado, MBA, proficiência em língua estrangeira, todos, de alguma forma, aumentam a qualificação técnica de seus alunos e a não delimitação de um marco qualquer, poderia levar a perenização do pensionamento prestado.

O estímulo à qualificação profissional dos filhos não pode ser imposto aos pais de forma perene, sob pena de subverter o instituto da obrigação alimentar oriunda das relações de parentesco, que tem por objetivo, tão só, preservar as condições mínimas de sobrevivência do alimentado, para torná-la eterno dever de sustento.

A concreta capacidade de inserção no mercado de trabalho não se coaduna com a presunção de efetiva necessidade, pois havendo aquela, o alimentado

deverá tentar colocação laboral e, apenas quando provado seu insucesso e a necessidade alimentar, buscará com lastro nesses elementos a percepção de alimentos fundada no *jus sanguinis*.

Os filhos civilmente capazes e graduados podem e devem gerir suas próprias vidas, inclusive buscando meios de manter sua própria subsistência e limitando seus sonhos – aí incluídos a pós-graduação ou qualquer outro aperfeiçoamento técnico-educacional – à própria capacidade financeira.

Assim, deitando-se as mãos sobre o princípio da razoabilidade e tendo em conta o momento socioeconômico do país, possível se depreender que a missão de criar os filhos se prorroga mesmo após o término do Poder Familiar, porém finda com a conclusão, pelo alimentado, de curso de graduação.

A partir de então, persistem as relações de parentesco que ainda possibilitam a busca de alimentos, porém, com a prova de efetiva necessidade.

Forte nessas razões, *dou provimento* ao recurso especial para desonerar o recorrente da obrigação de prestar alimentos à sua filha. Ônus sucumbenciais invertidos.

RECURSO ESPECIAL N. 1.284.708-PR (2011/0202500-5)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Coopavel Cooperativa Agroindustrial
Advogado: Nilberto Rafael Vanzo e outro(s)
Recorrido: Paulo Valerius e outros
Advogado: Neimar J. Pompermaier e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Artigo 333, I, do Código de Processo Civil. Prequestionamento. Ausência. Execução de título extrajudicial. Propriedade rural. Conceito. Módulo rural. Identificação. Necessidade. Pequena propriedade rural utilizada por entidade familiar. Impenhorabilidade. Reconhecimento. Recurso especial improvido.

I - A questão relativa ao artigo 333, I, do Código de Processo Civil, relativo ao ônus da prova, não foi objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, restando ausente, assim, o requisito do prequestionamento da matéria, o que atrai a incidência do Enunciado n. 211 da Súmula desta Corte.

II - Para se saber se o imóvel possui as características para enquadramento na legislação protecionista é necessário ponderar as regras estabelecidas pela Lei n. 8.629/1993 que, em seu artigo 4º, estabelece que a pequena propriedade rural é aquela cuja área tenha entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais. Identificação, na espécie.

III - Assim, o imóvel rural, identificado como pequena propriedade, utilizado para subsistência da família, é impenhorável. Precedentes desta eg. Terceira Turma.

IV - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 9.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por *Coopavel Cooperativa Agroindustrial*, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, do permissivo constitucional, em que se alega violação dos artigos 4º, § 2º, da Lei n. 8.009/1990; 4º, inciso II, da Lei n. 8.629/1993 e; 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Os elementos existentes nos presentes autos noticiam que a ora recorrente, *Coopavel Cooperativa Agroindustrial*, ajuizou, em face dos ora recorridos, *Paulo Valerius e outros*, execução de título extrajudicial, ao fundamento de que, em resumo, seria credora da importância de R\$ 56.672,42 (cinquenta e seis mil e seiscentos e setenta e dois reais e quarenta e dois centavos), representado por Nota Promissória, originária de contrato particular de compra e venda de insumos agrícolas. Afirmou, nesse contexto, que, após diversas tentativas frustradas de recebimento de seu crédito, não restou outra alternativa senão o ajuizamento da presente demanda. Pediu, ao final, a penhora de bens imóveis, se existentes, para fins de garantia de seu crédito. (fls. 21-27 e-STJ).

À fl. 63 e-STJ, o r. Juízo *a quo*, determinou a citação dos ora recorridos, *Paulo Valerius e outros*, para, querendo, apresentar defesa. Ato contínuo, consignou a necessidade de nomeação de bens à penhora. À fl. 67-69 e-STJ, os ora recorridos, *Paulo Valerius e outros*, apresentaram gleba rural, com área de de 20 (vinte) hectares, avaliada em R\$ 341.000,00 (trezentos e quarenta e um mil reais), para fins de penhora, devidamente aceito pela ora recorrente, *Coopavel Cooperativa Agroindustrial* (fl. 85 e-STJ).

Contudo, após a realização da penhora, sobreveio, aos autos, alegação dos ora recorridos, *Paulo Valerius e outros*, de que o supramencionado bem imóvel indicado à penhora, para garantia da dívida, seria bem impenhorável tendo em conta tratar-se de único imóvel dos devedores, bem como seria explorado em regime de economia familiar. Dessa forma, pleitearam a nulidade da penhora (fls. 119-121 e-STJ).

Todavia, o r. Juízo *a quo*, indeferiu o pedido de nulidade da penhora. Dentre seus fundamentos, é possível destacar, *in verbis*: “(...) a matéria deduzida pelos executados às fls. 52-54 deveria ser discutida em sede de embargos do devedor. Assim, considerando a resistência do credor em não haver nenhuma prova trazida pelos executados, indefiro o requerimento de fls. 52-54” (fl. 153-154 e-STJ).

Irresignados, os ora recorridos, *Paulo Valerius e outros*, apresentaram Agravo de Instrumento. Em linhas gerais, sustentaram que a matéria referente à impenhorabilidade de pequena propriedade rural é de ordem pública, passível de conhecimento de ofício, pelo Magistrado. Além disso, apontaram, novamente, a nulidade da penhora do bem imóvel. (fls. 3-13, e-STJ).

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por meio da Décima Terceira Câmara Cível, por unanimidade de votos, deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto por *Paulo Valerius e outros*. A ementa, por oportuno, está assim redigida:

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Embargos à execução. Nomeação de bem à penhora. Enquadramento do imóvel como pequena propriedade rural. Levantamento da penhora.

I - A Constituição Federal dá como impenhorável a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família. A Lei n. 8.629/1993, que trouxe definição acerca do que seria a pequena, média e grande propriedade rural para fins de reforma agrária, supre a lacuna conceitual, servindo de parâmetro para o fim de se averiguar, objetivamente, se uma propriedade rural se enquadra como pequena e, portanto, sendo protegida Constitucionalmente pela impenhorabilidade.

II - Classifica-se como pequena propriedade rural, nos termos do art. 4º da Lei n. 8.629/1993, o imóvel rural de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) “módulos fiscais”. No caso, o imóvel possui área correspondente a um módulo fiscal.

Agravo provido. (fl. 176, e-STJ).

Os embargos de declaração de fls. 190-193 e-STJ, foram rejeitados às fls. 197-201 e-STJ.

Nas razões do especial, a ora recorrente, *Coopavel Cooperativa Agroindustrial* sustenta, em resumo, que tratando-se de imóvel rural, a impenhorabilidade fica restrita à sede da moradia dos devedores. Além disso, aponta que o imóvel objeto da controvérsia possui área de 20 (vinte) hectares e está avaliado em R\$ 340.000,00 (trezentos e quarenta mil reais). Assevera, igualmente, que o imóvel de tal valor, indicado pelos próprios devedores à penhora, não pode ser considerado impenhorável (fls. 204-213 e-STJ).

Devidamente intimado, os ora recorridos, *Paulo Valerius e outros*, não apresentaram contrarrazões (fls. 221 e-STJ).

Às fls. 223-225 e-STJ, sobreveio juízo negativo de admissibilidade recursal, oportunidade em que, por meio do Agravo de Instrumento n. 1.381.844-PR, esta Relatoria determinou a subida dos autos principais, para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): A irrisignação não merece prosperar.

Com efeito.

Resumidamente, a ora recorrente, *Coopavel Cooperativa Agroindustrial*, ajuizou, em face de *Paulo Valerius e outros*, execução de título extrajudicial tendo em conta inadimplemento de obrigação contratual entabulada entre as partes. Chamado a defender-se, o ora recorrido, *Espólio de Paulo Valerius e outros*, alegou e pediu a nulidade da penhora porque contemplou bem imóvel impenhorável, de pequena extensão e explorada por entidade familiar. Todavia, o r. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de nulidade da penhora. Irresignado, o *Espólio de Paulo Valerius e outro*, interpôs Agravo de Instrumento que restou, por unanimidade de votos, provido pelo egrégio Tribunal de origem. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Daí a interposição do presente recurso especial.

Inicialmente, é preciso deixar assente que a questão relativa ao artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, relativo ao ônus da prova, não foi objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, restando ausente, assim, o requisito do prequestionamento da matéria, o que atrai a incidência do Enunciado n. 211 da Súmula desta Corte.

Quanto ao *meritum causae*, é importante registrar que os dispositivos legais discutidos proclamam proteção quando tratar-se de pequena propriedade rural ou familiar, pois o objetivo do legislador é resguardar o meio econômico de sobrevivência da família que, por sua vez, trabalha na zona rural e tira o seu sustento da produtividade da terra.

Nesse contexto, faz-se necessário buscar o conceito de pequena propriedade ou propriedade rural familiar, cujos parâmetros são indicados pelo Estatuto da Terra, nos termos do artigo 4º, incisos II e III, *in verbis*: “(...) inciso II - Propriedade familiar, o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com a ajuda de terceiros; III - Módulo rural, a área fixada nos termos do inciso anterior.”

Dessa forma, o conceito de propriedade rural depende da identificação do “módulo rural” que representa a quantidade mínima de terra prevista no imóvel rural, que varia de região para região. Assim, com relação a identificação do tipo de propriedade para se saber se o imóvel, objeto da presente controvérsia, tem características para enquadramento na legislação protecionista, é necessário ponderar as regras estabelecidas pela Lei n. 8.629/1993 que, em seu artigo 4º,

estabelece que a pequena propriedade rural é aquela cuja área tenha entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais.

Nessa esteira, bem identificou o v. acórdão recorrido que, *in verbis*:

(...) Considerando que a propriedade penhorada em questão mede ao total 20 ha e que Tabela publicada no site do Incra referente ao Sistema Nacional de Cadastro Rural indicada que o módulo fiscal no município de Realeza (PR) é de 20 ha, dividindo-se um pelo outro, temos que a propriedade corresponde a 1 *módulo fiscal*, ou seja, é inferior a quatro módulos fiscais e, portanto, enquadrada Constitucionalmente como pequena propriedade rural, insuscetível de penhora. (grifos nossos).

Além disso, acrescentou:

(...) Não tenho a menor dúvida quanto ao fato da propriedade ser “trabalhada pela família”, pois, os dois agravantes são agricultores que, segundo suas informações, atestam ser o imóvel fracionado, lá residindo e laborando em regime de economia familiar (fl. 7) (fl. 183, e-STJ).

Tal orientação está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior ao afirmar que o imóvel rural, identificado como pequena propriedade rural, utilizado para subsistência da família, é impenhorável. Nesse sentido, registra-se precedente desta egrégia Terceira Turma:

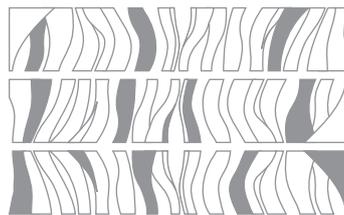
Agravo interno. Recurso especial. Execução. Cédula rural pignoratícia e hipotecária. Penhora. Módulo rural. Inadmissibilidade. Precedentes da Corte.

Segundo a jurisprudência desta Corte, é impenhorável o imóvel que se enquadra como pequena propriedade rural, indispensável à sobrevivência do agricultor e de sua família (artigo 4º, § 2º, Lei n. 8.009/1990).

Agravo a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 261.350-RS, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 6.5.2002, p. 286. E ainda: AgRg no Ag n. 254.483-RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 19.6.2000).

Nega-se, portanto, provimento ao recurso especial.

É o voto.



Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 595.188-RS (2003/0173535-8)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Liana Mahfuz Timm

Advogado: Marcelo Della Giustina

Recorrido: Luiz Rodolfo Villanova Fin

Advogado: Eduardo Rodrigues França

EMENTA

Processual Civil. Condições da ação. Inocorrência de preclusão (art. 267, § 3º, do CPC). Preclui a defesa de mérito indevidamente qualificada como condição da ação. Teoria da asserção.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há preclusão em relação às condições da ação, que devem ser apreciadas ainda que arguidas em sede recursal.

2. A indevida qualificação de defesa de mérito como condição da ação não transforma sua natureza jurídica.

3. O arbitramento e a condenação ao pagamento de honorários advocatícios contratuais são pedidos juridicamente possíveis. Outorgante que se beneficiou dos serviços advocatícios é parte legítima passiva para a ação condenatória. Teoria da asserção, que leva em conta, para verificar as condições da ação, o alegado pela parte na inicial.

4. Precluem as defesas de mérito não oferecidas em contestação ou objeto de agravo retido não reiterado na apelação.

5. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 29.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Na origem, trata-se de ação de arbitramento e cobrança de honorários advocatícios contratuais. O pedido foi julgado procedente em 1º grau e, com a revisão de determinadas quantias, confirmado em 2º grau.

No recurso especial interposto pela devedora (fls. 528-546) é apontada violação aos arts. 131, 165, 267, IV e VI, 471, II, e 535, do CPC, além de divergência jurisprudencial.

A recorrente sustenta, em síntese, que o TJRS não enfrentou algumas razões de defesa for força da preclusão, o que contraria a legislação e a jurisprudência desta Corte. Isto porque, independentemente da ausência de reiteração do agravo retido ou da inovação de argumento em sede de apelação, as questões deveriam ser analisadas por consistirem matérias de ordem pública.

São elas: (i) as condições da ação (impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva), (ii) a aleatoriedade da remuneração profissional e (iii) a extinção da obrigação em virtude de força maior.

A impossibilidade jurídica do pedido, de acordo com a recorrente, consistiria na previsão contida na tabela de honorários da Seccional gaúcha da OAB segundo a qual o pagamento de honorários, na assistência jurídica, apenas seria devido no caso de vantagem econômica para o assistido.

Também, segundo a recorrente, haveria ilegitimidade passiva, pois os honorários advocatícios devem ser pagos pela parte sucumbente e não por quem se valeu dos serviços advocatícios.

No juízo de admissibilidade perante o Tribunal *a quo* afastou-se a violação ao arts. 165 e 535 do CPC e admitiu-se o recurso em relação à alegada preclusão de matérias consideradas pela parte como questões de ordem pública (fls. 597-599).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): O recurso especial foi interposto ao argumento de violação a diversos dispositivos do CPC, mas somente admitido, na origem, em relação à inobservância do artigo 267 e à divergência jurisprudencial sobre a preclusão de matérias relacionadas às condições da ação.

Correta a inadmissão quanto aos demais dispositivos legais, por inexistir falha processual no acórdão de origem e pela falta de prequestionamento.

Assim, passo à análise do recurso quanto à ocorrência de preclusão de argumentos de defesa que a recorrente qualifica como relativos às condições da ação.

De início, cumpre registrar que as condições da ação, ainda que não arguidas em 1º grau ou não reiterado o agravo retido, devem ser analisadas pelo Tribunal intermediário por se tratar de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício e insuscetível de preclusão.

Nesse sentido, diversos os precedentes desta Corte, dentre os quais destaco:

Processual Civil. Recurso especial. Decisão de saneamento. Ilegitimidade passiva. Matéria de ordem pública. Ausência de recurso. Preclusão. Inexistência.

1. As matérias de ordem pública decididas por ocasião do despacho saneador não precluem, podendo ser suscitadas na apelação - mesmo que a parte não tenha interposto o recurso próprio (agravo).

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.254.589-SC, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 20.9.2011, DJe 30.9.2011).

No presente recurso a recorrente invoca a impossibilidade de preclusão em relação às seguintes teses de defesa: (i) condições da ação, (ii) aleatoriedade da remuneração profissional e (iii) extinção da obrigação em virtude de força maior.

Sucedo, porém, que apenas o primeiro argumento envolve matéria não sujeita à preclusão, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC. Quanto aos demais – tipicamente de mérito – revela-se incabível sua análise nesta via especial, pela inexistência de impugnação no momento oportuno, além da ausência de prequestionamento e da necessidade de se revolver matéria fática para se concluir de forma distinta.

Nesse contexto, resta enfrentar as razões classificadas pela recorrente como afetas às condições da ação.

Nesse sentido, a apelação de fls. 480-484 alude à impossibilidade jurídica do pedido (argumento oferecido desde a contestação - fls. 341-342) e à ilegitimidade de parte (apresentado apenas em sede recursal).

Segundo a recorrente, a impossibilidade jurídica do pedido consistiria no fato de a tabela de honorários da Seccional da OAB do Rio Grande do Sul, vigente à época dos fatos, prever, no caso de assistência jurídica, o pagamento de honorários apenas se houvesse “vantagem econômica para o assistido” (fl. 481). A ilegitimidade passiva escora-se no argumento segundo o qual o pagamento de honorários deveria ser feito pela parte *ex adversa*, vencida na demanda, e não pela parte que se valeu dos serviços do advogado (fl. 483).

Ao examinar tais abordagens, fica evidente não se estar diante de debate relacionado às condições da ação, mas sim ao *mérito* – este definido como o *pedido formulado pela parte* ou, mais precisamente, a “*relação existente entre o pedido e a causa de pedir*” (JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA e outros, O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação, *Revista de Processo* 152/23).

LIEBMAN se refere à *possibilidade jurídica do pedido* como:

admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, pelo fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir, não estando expressamente proibido (*Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 205).

É o que se verifica no caso dos autos. Com efeito, a cobrança de honorários realizada pelo patrono em face de seu cliente é um provimento admitido em abstrato pela legislação material e processual, portanto, juridicamente possível.

A recorrente, considerando o disposto na tabela da OAB, articula não ser cabível o pagamento de honorários. Percebe-se, claramente, tratar-se de uma discussão de mérito, em que se analisa a relação entre a causa de pedir e o pedido. Sendo assim, não se trata de condição da ação e, conseqüentemente, a matéria está sujeita à preclusão.

Quanto à *legitimidade de parte*, LIEBMAN a define da seguinte forma:

(...) a titularidade ativa e passiva da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir e a pessoa com referência à qual ele existe (*op. cit.*, p. 208).

No presente caso, também a alegação de ilegitimidade passiva - em face da inexistência de responsabilidade pelo pagamento dos honorários - não tem a natureza de condição da ação.

Isso porque há pertinência entre as partes da relação jurídica de direito processual (autor e réu) e da relação jurídica de direito material (advogado e cliente). Ou seja, o advogado interessado em receber seus honorários, colocou no pólo passivo da demanda aquele indicado como devedor, por ter sido o contratante e beneficiário dos serviços. Destaque-se, a propósito, que a argumentação do recorrente demonstra confusão entre honorários contratuais e honorários sucumbenciais.

De igual modo, nesse ponto, a discussão é de mérito, pois envolve a relação entre a causa de pedir e o pedido contido na inicial. Portanto, também em relação a esta defesa, verifica-se a preclusão.

A qualificação jurídica dada pela parte a uma defesa não a desnatura. Não se aplica a regra prevista no art. 267, § 3º, do CPC, diante de uma defesa de mérito, ainda que o recorrente qualifique seus argumentos como de ordem processual (condições da ação).

Como se sabe, aplica-se a teoria da asserção em relação às condições da ação. A propósito, vejam a passagem de CARLOS AUGUSTO DE ASSIS (et. alii. *Teoria Geral do Processo Civil*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010, p. 201 – grifos nossos), que bem retrata essa óptica:

Imagine-se que alguém se intitule credor de uma pessoa, em face da qual propõe uma demanda. Essa pessoa, a Ré, nega essa qualidade, (...) para os adeptos da teoria da asserção a solução seria a improcedência. Isso porque, *analisada a questão à luz do quanto afirmado na inicial, as partes eram legítimas.* (...) A teoria da asserção parte do pressuposto de que as condições da ação são justificáveis no sistema apenas como medida de economia processual, *possibilitando, através de cognição superficial (tendo em vista a simples afirmação do demandante), extinguir, desde logo, processos que não possuem viabilidade alguma.*

A aplicação da teoria da asserção encontra guarida nesta Corte, consoante se depreende dos seguintes julgados (grifos nossos):

Processual Civil. Ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC. Não ocorrência. Descumprimento do contrato de arrendamento celebrado entre as partes. Legitimidade da contratante. Possibilidade jurídica do pedido. Proibição no ordenamento jurídico. Inexistência.

(...)

5. Por fim, *acerca da sustentada impossibilidade jurídica do pedido e do desrespeito ao art. 267, VI, do CPC*, também não merece guarida a pretensão da parte recorrente, já que a análise de tal questão à luz da eventual prova do trabalho por aquela até então desenvolvido na Malha Sudeste, bem como da previsão de um preço mínimo para o leilão no item n. 2.2 do Edital de Licitação, em verdade, confunde-se com o próprio mérito da demanda. *Ora, as condições da ação são inicialmente aferidas in status assertionis, sem considerar as provas produzidas no processo. Ademais, o pedido não é impossível juridicamente quando o ordenamento jurídico o não proíbe de forma expressa.*

6. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.138.190-RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12.4.2011, DJe 27.4.2011).

Processo Civil. Recurso especial. Ação de cobrança e ação revisional de contrato de cartão de crédito. Conexão. Interesse processual e possibilidade jurídica do pedido. Carência afastada.

(...)

2. *Conforme entendimento desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se insere a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz das alegações feitas pelo autor na inicial. Trata-se de aplicação da teoria da asserção.*

3. *Pedido juridicamente impossível é somente aquele vedado pelo ordenamento jurídico e, diante da alegação de inadimplemento contratual, verifica-se que há, em abstrato, interesse processual do recorrente em promover ação de cobrança em face do recorrido.*

4. O fato de ter sido ajuizada uma ação de revisão contratual, na qual se discutem as cláusulas do contrato celebrado entre as partes, *não retira a viabilidade da ação de cobrança, podendo, no entanto, influir no julgamento do seu mérito.* Reconhecida a violação do art. 267, VI, do CPC.

(...) 6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.052.680-RS, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 27.9.2011, DJe 6.10.2011).

Civil e Processual Civil. Ação de indenização. Extravio de bagagens do preposto contendo partituras a serem executadas em espetáculo organizado pela empresa autora. Legitimidade ativa *ad causam*. Equiparação ao consumidor. Impossibilidade. Teoria da asserção. Empresa autora beneficiária do contrato havido entre o maestro e a ré. Responsabilidade extracontratual.

(...)

2. *A teoria da asserção, adotada pelo nosso sistema legal, permite a verificação das condições da ação com base nos fatos narrados na petição inicial.*

3. No caso em exame, como causa de pedir e fundamentação jurídica, a autora invocou, além do Código de Defesa do Consumidor, também o Código Civil e a teoria geral da responsabilidade civil.

4. Destarte, como o acórdão apreciou a causa apenas aplicando o art. 17, CDC, malferindo o dispositivo legal, o que, como examinado, por si só, no caso concreto, não implica em ilegitimidade passiva da autora, a melhor solução para a hipótese é acolher em parte o recurso da ré, apenas para cassar o acórdão, permitindo que novo julgamento seja realizado, apreciando-se todos os ângulos da questão, notadamente o pedido com base na teoria geral da responsabilidade civil.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

(REsp n. 753.512-RJ, Relator para Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.3.2010, DJe 10.8.2010).

(...) Em relação às preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir, razão não assiste ao Réu. *Isto porque, pela teoria da asserção, a verificação das condições para o legítimo exercício do direito de ação deve se dar com base nas afirmações em tese levadas a efeito pela parte Autora. A verificação do que foi alegado pelo Réu é matéria de mérito, tanto assim que depende de prova, a ser apreciada oportunamente.* (...)

(MC n. 18.318-RJ, decisão monocrática, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Data da Publicação 2.9.2011).

Em tais condições, não há como afastar, *in casu*, a preclusão reconhecida pelo Tribunal de origem, (i) pois não houve reiteração do agravo retido (em relação ao previsto na tabela de honorários da OAB-RS – argumento qualificado pela recorrente como impossibilidade jurídica do pedido) e (ii) porque houve inovação de matéria em sede de apelação (sobre o pagamento dos honorários ser de responsabilidade da parte contrária – defesa enquadrada no REsp como ilegitimidade de parte).

Em tais circunstâncias, não merece reparo a conclusão a que chegou o acórdão impugnado, ainda que por fundamentação distinta, ante à inexistência de matéria constante do art. 267, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 709.403-SP (2004/0174391-0)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Sanp Agropecuária Ltda. e outros

Advogado: Luiz Ronaldo França

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Impugnação de ato de incorporação imobiliária. Condomínio especial horizontal de casas (Lei n. 4.591/1964). Alegada burla ao sistema de loteamento urbano previsto na Lei n. 6.766/1979. Não configuração. Incorporadora. Responsabilidade pela construção. Atribuição aos adquirentes do imóvel. Possibilidade. Cumprimento dos requisitos previstos na Lei n. 4.591/1964. Súmulas n. 5 e n. 7-STJ.

1. O recurso especial não é viável quanto à alegada ofensa ao art. 32 da Lei Municipal n. 3.525/1998, tendo em vista o Enunciado n. 280 da Súmula do eg. Supremo Tribunal Federal.

2. O loteamento, disciplinado pela Lei n. 6.766/1979, difere-se do condomínio horizontal de casas, regulado pela Lei n. 4.591/1964 (art. 8º). E a diferença fundamental entre o loteamento (inclusive o fechado) e o condomínio horizontal de casas consubstancia-se no fato de que no primeiro há mero intuito de edificação (finalidade habitacional), sem que, para tanto, haja sequer plano aprovado de construção. No segundo, no entanto, se ainda não houver a edificação pronta ou em construção, deve, ao menos, existir aprovação de um projeto de construção.

3. Na hipótese dos autos, a colenda Corte Estadual - com base na análise do projeto de implantação de condomínio de casas previamente aprovado pela Prefeitura, do memorial descritivo das especificações da obra, do ato de incorporação do condomínio registrado no Cartório de Registro de Imóveis, bem como dos contratos de compra e venda entabulados entre os adquirentes das unidades autônomas e a incorporadora - concluiu que se tratava de verdadeiro condomínio

horizontal de casas e de incorporação imobiliária, e não de loteamento. Entendeu, nesse contexto, que foram cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 4.591/1964. Além disso, concluiu que não houve a alegada burla ao regramento cogente da Lei n. 6.766/1979, uma vez que não ficou comprovada nenhuma intenção da incorporadora no sentido de vender unicamente lotes de terreno.

4. O fato de a incorporadora não ficar responsável pela edificação direta das casas do condomínio não caracteriza, por si só, burla ao sistema de loteamento previsto na Lei n. 6.776/1979. Ao contrário, o art. 29 da Lei n. 4.591/1964 expressamente prevê essa possibilidade, permitindo ao incorporador, quando não for também construtor, escolher tão somente alienar as frações ideais, sem se compromissar com a execução direta da construção do empreendimento incorporado, de modo que esta poderá ser contratada, em separado, pela incorporadora ou pelos adquirentes do imóvel, com terceiro - o construtor. Nessas hipóteses, para que fique caracterizada a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, basta que o incorporador, no ato de incorporação, providencie, perante a autoridade administrativa competente, a aprovação de projeto de construção.

5. No caso em apreço, consoante se deduz dos v. acórdãos (apelação e embargos infringentes) proferidos pela colenda Corte local, a incorporadora apenas celebrou contrato de compra e venda de frações ideais, vinculando-o a projeto de construção aprovado pela Municipalidade, não ficando ela própria responsável pela construção das casas nos condomínios. A incorporadora, autorizada pela Lei n. 4.591/1964, providenciou a aprovação de projeto de construção perante a Administração Municipal e o incluiu no Memorial de Incorporação, levado a Registro no Cartório Imobiliário. No contrato celebrado com os adquirentes do imóvel, ficou firmada a responsabilidade destes em providenciar a obra em conjunto com a construtora.

6. Diante das conclusões da colenda Corte de origem, delineadas com base no acervo fático-probatório dos autos e nas cláusulas dos ajustes celebrados entre as partes, não há outra solução senão, na via estreita do recurso especial, adotar o suporte fático delineado na instância ordinária, tendo em vista os óbices previstos nos Enunciados

n. 5 e n. 7 da Súmula do eg. STJ, para, então, concluir pela lisura do ato de incorporação imobiliária do empreendimento, registrado no Registro de Imóveis competente e aprovado pelo Município.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 10.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Na origem, órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra *Sanp Agropecuária Ltda., Luiz Paulo de Camargo Andrade, Álvaro Camargo Andrade, Nádia Baptista de Camargo Andrade e Sérgio Camargo Andrade*, objetivando a declaração de nulidade de registro de incorporação imobiliária de empreendimento denominado “*Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá*”, localizado no Município de Indaiatuba, no Estado de São Paulo. Alegou, para tanto, o *Parquet* que, embora o empreendimento tenha sido nominado como condomínio especial horizontal, regido, portanto, pela Lei n. 4.591/1964, na realidade, configurava loteamento disfarçado, o qual deveria observar as determinações da Lei n. 6.766/1979 e a exigência de reserva de área pública, prevista na Lei Municipal n. 3.525/1998. Requereu, na exordial, a declaração de nulidade do referido registro e a condenação dos requeridos a regularizar o loteamento, no prazo de 120 dias, reservando áreas públicas no percentual de 35%, nos termos da Lei Municipal n. 3.525/1998, sob pena de multa diária de 100 salários mínimos, e, alternativamente - na impossibilidade de promover a referida regularização -, a responder em pecúnia.

Na primeira instância, o pedido foi julgado procedente (fls. 565-579), tendo sido acolhida, na r. sentença, a tese de que se tratava de loteamento disfarçado de condomínio horizontal e, assim, não foram observadas as exigências previstas na Lei n. 6.766/1979 e na Lei Municipal n. 3.525/1998.

Em sede de apelação, a Quinta Câmara de Direito Privado do c. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido formulado na ação civil pública, nos termos de acórdão assim ementado:

- 1.) Apelação cível. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. Sentença de procedência.
- 2.) Condomínio especial de casas. Lei n. 4.591/1964, artigo 8º, alíneas **a, c e d**.
- 3.) Apelação plena (CPC, 515). Admissão do pleito de assistência simples formulado por compradora. Reexame de todos os temas, inclusive os atinentes às questões prejudiciais. Rejeitado o pleito recursal de nulidade da sentença por arguição de inexistência de postulação de tutela declaratória quanto à nulidade do registro da incorporação.
- 4.) Interpretação do artigo 3º da Lei n. 7.347/1985 - Polo passivo incompleto em razão da ausência de todos os adquirentes dos imóveis, dos credores hipotecários e da Municipalidade. Questão superada em decorrência do provimento recursal.
- 5.) Distinção entre propriedade vertical (CC, 623 e 628), propriedade horizontal (Lei n. 4.591/1964, 1º), condomínio especial horizontal de casas (Lei n. 4.591/1964, 8º, **a**) e loteamento urbano (Lei n. 6.766/1979).
- 6.) *Condomínio especial aprovado desde 1992. Incorporação do condomínio registrada previamente no Cartório de Registro de Imóveis local. Projeto de incorporação imobiliária previamente aprovado pela Municipalidade.*
- 7.) Proteção constitucional (CF, 5º, XXII e XXI), 30, I, e VIII, 182, §§ 1º e 2º e 236), buscando a corporificação de uma forma de urbanização de propriedade privada.
- 8.) Incidência dos comandos dos artigos 115, 524, 526, 572, 623, 628, 859 e 1.080 do Código Civil e artigos 1º e 252 da Lei n. 6.015/1973.
- 9.) Posicionamentos doutrinários a propósito do tema.
- 10.) *Ausência de ilegalidade no empreendimento imobiliário, pois, a Lei n. 4.591/1964 não prevê área mínima de construção para o condomínio de casas.*
- 11.) *Interesse urbanístico do Município preservado em face do princípio da legalidade (Lei n. 4.591/1964, art. 32) e da autonomia municipal.*
- 12.) *Inaplicabilidade da Lei n. 6.766/1979.*
- 13.) À unanimidade, admitida a apelação.
- 14.) Por maioria, vencido o I. Relator Sorteado, deram provimento ao recurso. Acórdão com o 3º Juiz. (fl. 697, grifo nosso).

O referido acórdão foi mantido no julgamento dos embargos infringentes (fls. 770-774) pela colenda Corte Estadual, conforme ementa a seguir transcrita:

Embargos infringentes. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Pretensão de ver declarada a nulidade de ato registrário. Incorporação de empreendimento imobiliário. Acórdão que acolhe o apelo da incorporadora e julga improcedente a ação civil pública. Irresignação. Alegação de que desrespeitada a Lei n. 6.766/1979. Descabimento. Lei n. 4.591/1964 que não estipula a obrigatoriedade de observação de área mínima para construção de residências. Regularidade junto à Prefeitura Municipal. Mantido o entendimento da douta maioria. Embargos rejeitados. (fl. 770).

Daí, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, o presente recurso especial, aduzindo, em suas razões recursais, violação aos arts. 1º, 3º, 8º, 28 e 29 da Lei n. 4.591/1964, aos arts. 2º, § 1º, 4º, I, e § 1º, 6º, 7º, 9º, 12, 18, 19, 22, 43, parágrafo único, e 47 da Lei n. 6.766/1979 e ao art. 32 da Lei Municipal n. 3.525/1998.

Afirma, em síntese, que, embora “*Sanp Agropecuária Ltda.* sinalizasse que incorporaria um condomínio especial horizontal de casas ao abrigo da Lei n. 4.591/1964, portanto sinalizava empreender um condomínio deitado, tal direcionamento era apenas virtual, porque na realidade pretendia e na verdade empreendeu um loteamento, alienando lotes de terrenos e não casas, com o que infringiu as Leis Federais n. 4.591/1964 e n. 6.766/1979, além da Lei Municipal n. 3.525/1998” (fl. 786). Salienta, ademais, que a incorporadora não se responsabilizou pela construção das casas, o que descaracteriza a atividade de incorporação imobiliária e, assim, a intenção de formação de condomínio horizontal.

Aduz, ainda:

(...) a conclusão de que o empreendimento era um loteamento mascarado sob a forma de condomínio especial também é extraída da própria impossibilidade de se abrigar, em uma única unidade autônoma de 20,00 m² (vinte metros quadrados), sala/quarto, cozinha e banheiro, como encontramos no memorial de especificação (art. 3º - fl. 107).

É óbvio que uma unidade autônoma tão pequena não abrigaria todos esses cômodos, nem uma família, e a empresa incorporadora, ao sinalizar a possibilidade de modificação do projeto, já indicava que o objeto principal da alienação era o terreno e a ampla possibilidade de se construir, típico loteamento de terrenos, burlando a Lei n. 4.591/1964, que não admite a desvinculação do terreno e construção, e também a Lei Federal n. 6.766/1979 e a Lei Municipal n.

3.525/1998, as quais, ao tratarem de loteamento impõem regras restritivas que devem ser observadas pelos loteadores, o que não ocorreu no caso (fl. 786).

Requer, ao final, o provimento do recurso especial para, restabelecendo a r. sentença que julgou procedente a ação civil pública, declarar nulo o registro de incorporação imobiliária, condenando os requeridos: (I) a regularizar o loteamento, no prazo de 120 dias, reservando áreas públicas no percentual previsto na Lei Municipal n. 3.525/1998, sob pena de multa diária de 100 salários mínimos; e (II) na impossibilidade de promover a referida regularização, a responder em pecúnia.

Contrarrazões apresentadas às fls. 858-872, pugnando os ora recorridos pelo não conhecimento do recurso especial e, alternativamente, por seu desprovimento.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos (fls. 875-878).

Instado a se manifestar, o d. órgão do Ministério Público Federal opinou, no parecer de fls. 893-896, pelo não conhecimento do recurso especial, sob o fundamento de que “o acórdão recorrido enfrentou a matéria de apelação com base nos fatos e nas provas da causa, carreadas aos autos. Rever o posicionamento do Tribunal *a quo*, no sentido de se examinar a natureza do empreendimento implantado, se condomínio especial horizontal ou simples loteamento, bem como se foram atendidas as especificidades técnicas de infraestrutura, demandaria revolver as provas, o que é defeso sendo a Súmula n. 7 dessa Corte”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): A controvérsia dos autos cinge-se à verificação, no caso concreto, de o empreendimento imobiliário denominado “Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá” - localizado no Município de Indaiatuba, no Estado de São Paulo - configurar condomínio especial horizontal de casas, regido pela Lei n. 4.591/1964, ou loteamento urbano, disciplinado pela Lei n. 6.766/1979. E, a partir dessa aferição, analisar a viabilidade do pedido, formulado pelo *Parquet* estadual, de declaração de nulidade de registro de incorporação imobiliária do referido empreendimento, por haver burlado as normas do sistema de parcelamento do solo urbano.

Cabe, então, de início, distinguir as duas espécies de empreendimentos.

De um lado, o *parcelamento do solo urbano*, do qual resultam lotes, é regido pela Lei n. 6.766/1979, subdividindo-se nas seguintes espécies: (a) loteamento que consiste na subdivisão de glebas em lotes, destinando-se à edificação, com abertura de ruas, vielas ou outros logradouros públicos (§ 1º do art. 2º da Lei n. 6.766/1979); (b) desdobramento que consiste na subdivisão de glebas em lotes, destinando-se à edificação, mas com aproveitamento da malha viária e dos equipamentos públicos já existentes (§ 2º do art. 2º da Lei n. 6.766/1979); (c) desdobro - subdivisão de lotes em lotes - que não têm previsão na mencionada Lei n. 6.766/1979, mas em leis municipais.

Convém transcrever o referido art. 2º da Lei n. 6.766/1979:

Art. 2º - O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º - *Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.*

§ 2º - *Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.*

§ 3º (Vetado)

§ 4º Considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.

§ 5º Consideram-se infra-estrutura básica os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não.

§ 6º A infra-estrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de:

- I - vias de circulação;
- II - escoamento das águas pluviais;
- III - rede para o abastecimento de água potável;
- IV - soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar. (grifo nosso).

Nesse contexto, tanto os loteamentos como os desdobramentos pressupõem a subdivisão de glebas em lotes com *destinação à edificação*. A finalidade habitacional é pressuposto essencial ao parcelamento do solo urbano. Não o é, entretanto, a construção ou o projeto de construção propriamente dito. Basta que a divisão das glebas em lotes tenha a finalidade habitacional para a caracterização do parcelamento do solo urbano.

Uma das modalidades de loteamento, além do comum, é o fechado. Nas palavras de **Luiz Antônio Scavone Junior**, o “loteamento fechado nada mais é que o resultado da subdivisão de uma gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação e de logradouros públicos, cujo perímetro da gleba original, ao final, é cercado ou murado de modo a manter aceso controlado. Nesse caso, os proprietários, mediante regulamento averbado junto à matrícula do loteamento, são obrigados a contribuir para as despesas decorrentes da manutenção e conservação dos espaços e equipamentos públicos que passam ao uso exclusivo por contrato administrativo de concessão entre o Município e uma associação criada para esse fim” (*Direito Imobiliário. Teoria e Prática*. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 111).

O loteamento fechado, no entanto, não tem disciplina específica na Lei n. 6.766/1979, mas pode ser tratado, no que couber, segundo as regras do loteamento comum.

De outro lado, os *condomínios horizontais* têm regramento na Lei n. 4.591/1964, a qual estabelece que, para sua caracterização, é necessária a existência de edificações construídas ou em construção (art. 1º) ou, ao menos, de plano para sua construção, aprovado pela autoridade administrativa competente (art. 8º), não bastando apenas a existência de terrenos meramente destinados à habitação, como ocorre com os loteamentos ou desdobramentos de que trata a Lei n. 6.766/1979. Eis os dispositivos da referida lei, cuja transcrição é útil ao deslinde da controvérsia:

Art. 1º As edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, e constituirá, cada unidade, propriedade autônoma sujeita às limitações desta Lei.

§ 1º Cada unidade será assinalada por designação especial, numérica ou alfabética, para efeitos de identificação e discriminação.

§ 2º A cada unidade caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária.

(...)

Art. 7º O condomínio por unidades autônomas instituir-se-á por ato entre vivos ou por testamento, com inscrição obrigatória no Registro de Imóvel, dele constando; a individualização de cada unidade, sua identificação e discriminação, bem como a fração ideal sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade, dispensando-se a descrição interna da unidade.

Art. 8º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades;

b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente for reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;

c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;

d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si. (grifo nosso).

Como visto, nos termos da Lei n. 4.591/1964, os condomínios horizontais pressupõem a existência de edificações. O art. 8º desse diploma legal, embora admita a possibilidade de condomínio em terreno onde não haja edificação, exige, ao menos, a existência de plano para a construção delas. Há, nesse caso, necessidade de aprovação de um projeto de construção de casas térreas ou assobradadas ou de edifícios, ainda que não sejam edificados de imediato.

Portanto, a conclusão inafastável é de que a mencionada Lei n. 4.591/1964 não admite o condomínio sem vinculação à edificação, à construção. Não basta, assim, a mera destinação do empreendimento à edificação, conforme ocorre no loteamento ou desmembramento (Lei n. 6.766/1979).

Com base nessas considerações, pode-se inferir que o loteamento, disciplinado pela Lei n. 6.766/1979, difere-se do condomínio horizontal de casas, regulado pela Lei n. 4.591/1964 (art. 8º). E a diferença fundamental entre o loteamento (inclusive o fechado) e o condomínio horizontal de casas consubstancia-se no fato de que, no primeiro, há mero intuito de edificação

(finalidade habitacional), sem que, para tanto, haja sequer plano aprovado de construção. No segundo, no entanto, se ainda não houver a edificação pronta ou em construção, deve, ao menos, existir aprovação de um projeto de construção.

A respeito do tema, a lição de **Luiz Antônio Scavone Junior**, *in verbis*:

Não se pode negar a existência de condomínio de casas, as chamadas “vilas”, que encontram sustentáculo nos arts. 8º e 68 da Lei n. 4.591/1964, e que também se tem chamado de condomínio horizontal ou fechado.

Entretanto, trata-se de instituto completamente diverso do loteamento e do desdobramento, regulados pela Lei n. 6.766/1979.

A atividade de parcelar o solo urbano, de acordo com a definição do ato trazida à colação pelo art. 2º da Lei n. 6.766/1979 deve, necessariamente, submeter-se às normas desta Lei.

Essa atividade, caracterizada pelo ato de subdividir uma gleba em lotes destinados à edificação, jamais pode ser confundida com a de incorporar e construir estabelecida pela Lei n. 4.591/1964.

Ora, o art. 28 da Lei n. 4.591/1964 determina que é considerada incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Da atividade de parcelar o solo não surge a necessidade de edificar, mas, tão somente, a finalidade de edificação, inferência que se extrai do termo “destinação à edificação” contido nos parágrafos do art. 2º da Lei n. 6.766/1979.

(...)

De fato, algumas semelhanças existem entre o loteamento fechado e o condomínio deitado, o que explicam, em parte, a confusão operada: perímetro de ambos os empreendimentos é cercado e o acesso ao interior controlado; ambos há comunhão de uso das vias internas e espaços livres; e, nos dois tipos de empreendimento há a necessária aprovação pela Prefeitura Municipal.

Entretanto, as semelhanças param por aí, começando as diferenças determinantes:

I. Regulamentação da via interna. No condomínio deitado ou horizontal, a vida interna é regulada pela Convenção nos moldes do art. 9º e seguintes da Lei n. 4.591/1964, enquanto que no loteamento fechado deve ser observado o regulamento de uso, que apenas subsidiariamente utiliza os ditames da Lei n. 4.591/1964.

II. Objeto. No condomínio deitado ou horizontal o objeto é uma casa térrea ou assobradada – unidade autônoma – bem como fração ideal dos espaços livres, enquanto que no loteamento fechado é um lote de terreno, sem construção.

III. Espaços livres internos e vias de circulação. No condomínio deitado, as vias de circulação e os espaços internos, que não compõem a unidade autônoma são frações ideais de uso comum e propriedade dos condôminos. No loteamento fechado, por força do art. 22 da Lei n. 6.766/1979, os espaços internos e vias de circulação são bens públicos, apenas concedidos por ato administrativo ao uso exclusivo dos proprietários de lotes, podendo tal ato ser revogado.

IV. Registro. O condomínio deitado submete-se aos trâmites da Lei n. 4.592/1964, inclusive, às vezes, com prévio registro da incorporação, enquanto que o loteamento fechado submete-se ao disposto na Lei n. 6.766/1979, especificamente no seu art. 18. (Direito Imobiliário. Teoria e Prática. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 122-123, grifo nosso).

Na hipótese dos autos, a colenda Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - com base na análise do projeto de implantação de condomínio de casas previamente aprovado pela Municipalidade, do memorial descritivo das especificações da obra, do ato de incorporação do condomínio registrado no Cartório de Registro de Imóveis, bem como dos contratos de compra e venda entabulados entre os adquirentes das unidades autônomas e a incorporadora -, concluiu que se tratava de verdadeiro condomínio horizontal de casas e de incorporação imobiliária, e não de mero loteamento fechado. Entendeu, nesse contexto, que foram cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 4.591/1964. Além disso, que não houve alegada burla ao regramento cogente da Lei n. 6.766/1979, uma vez que não ficou comprovada nenhuma intenção da incorporadora no sentido de vender unicamente lotes de terreno.

Eis alguns tópicos delineados pela c. Corte de origem, no julgamento da apelação, que aqui se revelam importantes citar (fls. 699-713):

I - De pronto, inafastável acentuar que (a) a incorporação do condomínio especial em questão foi registrada no Cartório Imobiliário local em 8.7.1993; (b) antes, em 24.12.1992, o projeto de incorporação imobiliária obteve a aprovação da Municipalidade, acolhendo parecer favorável da sua Secretaria dos Negócios Jurídicos.

*II - Não há dúvida nos autos que a apelante incorporadora, titulada na propriedade de área de terreno, decidiu sobre ela implantar um condomínio de casas nos moldes das alíneas **a**, **c** e **d** do art. 8º da Lei n. 4.591/1964.*

III - Não se deu, como apregoado pelo apelado e acolhido na sentença, a ocorrência de vícios na proposta de comercialização encorpada pelo memorial da incorporação e documentos que o instruíram.

IV - Deve-se ter presente, também, que, ao contrário dos edifícios de apartamentos ou de conjuntos comerciais, nos condomínios de casas a fração ideal, que compõe coeficiente estipulado pelos condôminos para, numa espécie de quinhão, permitir a proporcionalização do custeio da construção e do uso das coisas de uso comum e fim proveitoso do Condomínio, pode se realizar: (a) proporcionalmente ao valor da unidade imobiliária, ao qual se calcula em relação ao conjunto da edificação, critério que serve tanto para os condomínios de casas, quanto para os condomínios de apartamentos, de resto forma preceituada pelo § 3º do art. 1.331 do Novo Código Civil brasileiro; (b) na proporção da área do terreno determinada como exclusiva de cada unidade autônoma (jardim + quintal + área ocupada pela edificação), critério que não se presta para os edifícios de apartamentos/conjuntos comerciais, pois a área ocupada pela edificação é a do conjunto (= edifício).

*Vale notar que a fração ideal legitimamente indicada no memorial de incorporação do “Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá” é aquela nos moldes previstos na alínea **b** retro, de resto aceita pelos condôminos adquirentes de frações ideais e compromisso de construção das unidades a elas vinculadas via adesão à proposta contida no memorial de incorporação. (grifo nosso).*

V - Não há potestatividade (CC, 115) no memorial de incorporação do “Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá” no concernente às regras para a construção de casas no espaço exclusivo de suas unidades autônomas.

A proposta contida no memorial de incorporação, ofertada publicamente ao mercado através do seu registro no Ofício Imobiliário competente, determinava que as casas tivessem 20 m², assegurando-se aos condôminos aderentes o direito de postular a aprovação de projeto substitutivo junto à Municipalidade de Indaiatuba.

Essa condição não descaracterizou esta espécie de incorporação, mas permitiu ao Município que, no exercício do controle edilício, pudesse, a qualquer tempo, fazer cumprir a legislação vigente destinada a proteger o padrão urbanístico por ela determinado.

VI - Os apelantes comprovam nos autos também que o terreno onde se acha implantado o “Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá” não mais pertence à apelante incorporadora, mas titulado aos condôminos aderentes da incorporação que, ainda mais, aprovaram na Municipalidade de Indaiatuba e efetivaram a construção de residências em suas unidades autônomas.

Ora, são legítimos para pretender a nulidade do registro de eventual incorporação, por vício de forma, só aqueles que a tenham aderido, ou seja, os condôminos, pois, no interesse deles é que a lei determinou essa espécie de publicidade.

Não há, no entanto, qualquer intervenção de condôminos impugnando os termos da proposta que aderiram, corporificada no memorial de incorporação e publicizada através de seu registro no Ofício Imobiliário competente, sendo certo, ainda, que, o único deles que interviu no feito na condição de Assistente

(fls. 646-647 dos autos), "(...) postula pelo provimento do recurso de apelação, porque lhe interessa a manutenção do empreendimento como condomínio (Lei n. 4.591/1964) (...) uma vez que adquiriu para viverem segurança e qualidade de vida, benefícios esses advindos da proposta da incorporadora, o que também ocorreu com dezenas de outros adquirentes que já residem no local". (textual).

VII - Enfim, não ficou constatada ilegalidade no empreendimento telado, pois a Lei n. 4.591/1964 não estipula a obrigatoriedade de observação de área mínima de construção para o condomínio de casas.

De outra parte, não há vedação para que o condômino promova o aumento de área construída, desde que respeite a convenção condominial e obtenha a aprovação municipal e dos demais condôminos, acautelando-se, ainda, para que não haja aumento da área do terreno.

Citem-se, ainda, os fundamentos da c. Corte Estadual no julgamento dos embargos infringentes:

Não se ignora que os atos registrados estão sujeitos às possíveis irregularidades e de tal monta que podem levar à declaração de nulidade. O caso presente, todavia, não faz levar a este resultado.

Toda uma série de providências foram tomadas e levadas a efeito junto à Municipalidade de Indaiatuba, que aprovou a incorporação, vale dizer, seus projetos, não vendo neles irregularidades. Também o Registro de Imóveis ao proceder o registro cabível não oficiou no sentido de sua recusa, por irregularidades.

Aliás, a questão de fato, ou seja, a intenção das partes em burlar a lei e formar loteamento sob a capa de condomínio, que parece indispensável ao sucesso da ação, não se mostra de todo comprovada nos autos.

Apenas por constar no projeto algo que a lei não proíbe, isto é, área mínima de construção, não se pode deduzir burla; até porque a possibilidade de modificação do projeto se fazia possível pelos interessados e pelo que se percebe dos autos assim aconteceu.

Ora, a prática defende o direito do uso da propriedade, quando o proprietário faz dela uso respaldado pelo Poder Público competente. No caso, a evidência da aprovação dos projetos modificativos.

Outrossim, se ocorria nas modificações do projeto original, por cada um dos proprietários, lesão ao plano urbanístico da cidade de Indaiatuba, cabia ao Poder Público competente fiscalizar e impedir possíveis abusos. Aprovando as modificações e não obstante as construções que agora estariam sendo apontadas como irregulares, apenas respalda a regularidade que se propõe.

Parece demasiado entender que as pessoas que agiram na conformidade da lei e obtiveram apoio legal para suas pretensões, possam, agora, em procedimento do qual não participaram, ver seus direitos de propriedade e outros dela decorrentes, ou do uso das propriedades afastados em nome de um interesse sempre acobertado em outras esferas. (fls. 773-774, grifo nosso).

Em resumo, o colendo Tribunal de Justiça Estadual concluiu que:

(I) o empreendimento realizado pelos recorridos vincula as unidades autônomas do terreno a edificações, caracterizando-se como condomínio horizontal de casas;

(II) está configurada hipótese de incorporação imobiliária;

(III) foram cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 4.591/1964 para fins de formação de condomínio horizontal de casas. Tanto foi assim que os “documentos juntados aos autos permitem verificar que foi devidamente processada e fundamentada a aprovação do referido projeto pela Municipalidade de Indaiatuba, conforme se pode extrair dos judiciosos pareceres de fls. 258-259, 260-268 e 269 dos autos” (fl. 702);

(IV) não houve comprovação de intenção da incorporadora de burlar o sistema de loteamento fechado. A tese do recorrente de que teria ocorrido mera alienação de lotes de terrenos, ao invés da incorporação de um condomínio especial horizontal de casas, também não ficou evidenciada.

Diante dessas conclusões da colenda Corte local, delineadas com base no acervo fático-probatório dos autos e nas cláusulas dos ajustes celebrados entre as partes, não há outra solução senão, na via estreita do recurso especial, adotar o suporte fático delineado nas instâncias ordinárias, tendo em vista os óbices previstos nos Enunciados n. 5 e n. 7 da Súmula do eg. STJ, para, então, concluir pela lisura do ato de incorporação imobiliária de empreendimento denominado “Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá”, registrado no Cartório de Imóveis e aprovado pela Municipalidade.

Ademais, o fato de a incorporadora não ficar responsável pela edificação direta das casas do condomínio não caracteriza ofensa aos dispositivos legais invocados no especial. Ao contrário, a Lei n. 4.591/1964 expressamente prevê essa possibilidade, conforme dispositivos a seguir transcritos:

Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas,

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que *embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades*

autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador. (grifo nosso).

A interpretação a ser dada ao mencionado art. 29 da Lei n. 4.591/1964 é no sentido de que o incorporador, quando não for também construtor, pode escolher tão somente alienar as frações ideais, sem se compromissar com a execução direta da construção do empreendimento incorporado, de modo que esta poderá ser contratada, em separado, pela incorporadora ou pelos adquirentes do imóvel, com terceiro - o construtor. Nessas hipóteses, para que fique caracterizada a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, basta que o incorporador, no ato de incorporação, providencie, perante a autoridade administrativa competente, a aprovação de projeto de construção.

Com efeito, o contrato de incorporação imobiliária não deve incluir, obrigatoriamente, a construção dos imóveis diretamente pela incorporadora. O ato de incorporação é diverso do ato de construção, embora se vinculem.

A doutrina, ao analisar a definição legal de incorporação imobiliária, salienta, *in verbis*:

O texto legal fornece elementos para a caracterização da atividade de incorporação, permitindo conceituá-la como a atividade de coordenação e consecução de empreendimento imobiliário, compreendendo a alienação de unidades imobiliárias em construção e sua entrega aos adquirentes, depois de concluídas, com a adequada regularização no Registro de Imóveis competente (art. 44).

Traço característico dessa atividade é a "venda antecipada de apartamentos de um edifício a construir", que, do ponto de vista econômico e financeiro, constitui o meio pelo qual o incorporador promove a captação dos recursos necessários à consecução da incorporação; a captação de recursos, observam Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, é a operação que "consiste em obter capital necessário à construção do edifício, mediante venda, por antecipação, dos apartamentos de que se construirá."

A atividade de construção está presente no negócio jurídico da incorporação, mas incorporação e construção não se confundem, nem são noções equivalentes. A atividade da construção só integrará o conceito de incorporação se estiver articulada com a alienação de frações ideais do terreno e acessões que elas houverão de se vincular; mas, independente disso, a atividade de incorporação pode, alternativamente, ser representada somente pela alienação de frações ideais objetivando sua vinculação a futuras unidades imobiliárias. Obviamente, a incorporação compreende a construção, mas não é necessário que a atividade da construção seja exercida pelo próprio incorporador, pois este pode atribuir a outrem a construção.

(...)

Qualquer que seja a roupagem de que se revista, a incorporação tem como elemento central a figura de um incorporador, que é o formulador da ideia da edificação, o planejador do negócio, o responsável pela mobilização dos recursos necessários à produção e comercialização de unidades imobiliárias integrantes de edificações coletivas, bem como pela sua regularização no registro de Imóveis, depois de prontas.

O incorporador pode exercer uma ou todas as funções relacionadas à atividade, como são os casos da atividade de construção e de corretagem, mas para que fique caracterizada sua função de incorporador basta que, antes da conclusão da construção, efetive a venda de frações ideais de terreno vinculadas a futuras unidades imobiliárias que integrarão um conjunto dessas unidades, em edificação coletiva.

A atividade da incorporação tem natureza empresarial, pois a finalidade de lucro é da sua essência, pouco importando seja o incorporador pessoa física ou jurídica.

(CHALHUB, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária, 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Revonar, 2010, p. 11-12, grifo nosso).

No art. 29, outras situações ressaltam aos olhos e devem ser comentadas para que não pare nenhuma dúvida sobre os contratos que foram, inclusive, tipificados pela Lei n. 4.591/1964. Trata-se do contrato de incorporação, já referido, e do contrato de construção, o qual será analisado. O legislador destacou: "(...) embora não efetuando a construção (...)".

Na verdade, não é condição também para que se tenha a figura do incorporador que ele próprio seja o construtor. Pode até ser, como é mais habitual hoje em dia, ou seja, há as figuras das "construtoras e incorporadoras".

Mais uma vez, recorre-se às palavras de Caio Mário da Silva Pereira sobre o assunto, para que se possam esclarecer os pontos obscuros. O professor destaca que o incorporador pode ser o próprio dono do terreno, que pretende promover a construção, pode ser um condômino ou um titular de direito de opção, ou até um simples especulador. Pode também ser o próprio construtor. É possível também que o incorporador adquira o terreno e contrate um construtor. O

incorporador pode negociar, com o dono do terreno, a troca do terreno por área construída e contratar um construtor para a realização da obra. O incorporador pode ser, igualmente, um estabelecimento de crédito que financia a edificação. Os próprios adquirentes do terreno podem pagar todo o preço da obra no decorrer da construção ou financiar uma parte com o incorporador.

Vê-se, de forma clara, que não é necessário que o incorporador realize diretamente a construção do prédio, daí a alusão feita pelo art. 29 da LCI. Da mesma sorte, deve ficar patente que o incorporador não é necessariamente o proprietário do terreno sobre o qual será erguida a edificação (art. 30, 1ª parte).

Everaldo Augusto Camblor é cristalino na sua explicação sobre o tema aqui focalizado. Para ele, não se pode confundir a noção de “promoção da incorporação”, que compete indiscutivelmente ao incorporador, com a noção de “construção do imóvel incorporado”.

O incorporador pode até realizar a construção, mas não é essa atividade que vai caracterizá-lo como incorporador.

O art. 29 refere, na sequência, que o incorporador é a pessoa que compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações às unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial. Infere-se daí que, necessariamente, o objeto da incorporação é coisa futura, ou seja, só se tem incorporação se a edificação é ainda projeto a ser erguido ou se estiver em construção, de modo que seja estiver pronta, vale dizer, após a expedição do “habite-se” não se estará diante de uma incorporação, mas sim de uma compra e venda de unidades autônomas (art. 30, parte final). *Além disso, o incorporador poderá celebrar contrato de promessa de compra e venda da unidade ou efetivar a venda, ainda que seja só projeto ou esteja em construção.*

Não se pode olvidar, nesse sentido, que se a unidade autônoma ainda não está pronta, o incorporador só poderá negociar a fração ideal do terreno vinculada a unidade condominial autônoma futura. **(BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de.** Incorporação imobiliária à luz do CDC. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 182-183, grifo nosso).

Infere-se, portanto, que o ato de incorporação não pressupõe, necessariamente, que a incorporadora responsabilize-se diretamente pela construção. Há casos em que a incorporadora é também construtora e, assim, além de promover a incorporação, executa, ela própria, a obra projetada, vendendo as unidades autônomas por preço global, compreendendo as cotas de terreno e de construção do imóvel (Lei n. 4.591/1964, art. 41). Há casos, porém, que o incorporador, por não ser também construtor, celebra com o adquirente da fração ideal apenas contrato de compra e venda, ficando o contrato de construção separado, cuja celebração poderá ser estabelecida entre o construtor e o incorporador ou entre aquele e os adquirentes do empreendimento. Nesses

casos, haverá um contrato de incorporação imobiliária separado, mas vinculado a um contrato de construção, na modalidade empreitada (Lei n. 4.591/1964, art. 55) ou administração - preço de custo (Lei n. 4.591/1964, art. 58).

O art. 48 da Lei n. 4.591/1964 bem explicita a questão, delineando que a construção do imóvel poderá estar incluída no contrato de incorporação ou ser contratada, em separado, sob o regime de empreitada ou de administração, seja por meio de ajuste celebrado entre a construtora e a incorporadora ou entre aquela e os adquirentes do empreendimento.

Eis o teor das normas citadas:

Art. 41. Quando as unidades imobiliárias forem contratadas pelo incorporador por preço global compreendendo quota de terreno e construção, inclusive com parte de pagamento após a entrega da unidade, discriminar-se-ão, no contrato, o preço da quota de terreno e o da construção.

§ 1º Poder-se-á estipular que, na hipótese de o adquirente atrasar o pagamento de parcela relativa a construção, os efeitos da mora recairão não apenas sobre a aquisição da parte construída, mas, também, sobre a fração ideal de terreno, ainda que esta tenha sido totalmente paga.

§ 2º Poder-se-á também estipular que, na hipótese de o adquirente atrasar o pagamento da parcela relativa à fração ideal de terreno, os efeitos da mora recairão não apenas sobre a aquisição da fração ideal, mas, também, sobre a parte construída, ainda que totalmente paga.

Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

§ 1º O Projeto e o memorial descritivo das edificações farão parte integrante e complementar do contrato;

§ 2º Do contrato deverá constar a prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação.

Art. 55. Nas incorporações em que a construção seja feita pelo regime de empreitada, esta poderá ser a preço fixo, ou a preço reajustável por índices previamente determinados.

§ 1º Na empreitada a preço fixo, o preço da construção será irremovível, independentemente das variações que sofrer o custo efetivo das obras e qualquer que sejam suas causas.

§ 2º Na empreitada a preço reajustável, o preço fixado no contrato será reajustado na forma e nas épocas nele expressamente previstas, em função da variação dos índices adotados, também previstos obrigatoriamente no contrato.

§ 3º Nos contratos de construção por empreitada, a Comissão de Representantes fiscalizará o andamento da obra e a obediência ao Projeto e às especificações exercendo as demais obrigações inerentes à sua função representativa dos contratantes e fiscalizadora da construção.

§ 4º Nos contratos de construção fixados sob regime de empreitada, reajustável, a Comissão de Representantes fiscalizará, também, o cálculo do reajustamento.

§ 5º No Contrato deverá ser mencionado o montante do orçamento atualizado da obra, calculado de acordo com as normas do inciso III, do art. 53, com base nos custos unitários referidos no art. 54, quando o preço estipulado for inferior ao mesmo.

§ 6º Na forma de expressa referência, os contratos de empreitada entendem-se como sendo a preço fixo.

Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado "a preço de custo", será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições:

I - todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;

II - todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais, serão movimentadas pela forma que for fixada no contrato.

A respeito do tema, **Pedro Elias Avvad** leciona:

Se o incorporador não for, ele próprio, construtor ou, melhor dizendo, se a incorporação não estiver sendo realizada por uma empresa construtora, nesse caso tem de existir um contrato de construção que, segundo dispõe o art. 48 da Lei n. 4.591, de 1964, poderá ser pelo regime de "empreitada" ou por "administração" e poderá ser contratada, pelo incorporador, ou diretamente entre os adquirentes e a construtora.

A ressalva inicial tem seu fundamento no fato de que o contrato de construção não é peça fundamental da incorporação, já que não se inclui entre os documentos necessários ao arquivamento do memorial e poderá não existir quando uma empresa construtora, além de promover a incorporação e executar, ela própria, a obra projetada, decide vender as unidades na forma do art. 41, isto é, por preço global, compreendendo a cota de terreno e a construção.

Na hipótese acima, não haverá um contrato formal de construção, que deixa de ser elemento específico da incorporação, já que o contrato existirá de forma acessória ou tácita. O mesmo ocorre quando o incorporador contrata a construção com terceiros, mas procede as alienações por preço global, hipótese esta que, como a anterior, será apreciada no título subsequente.

Deve-se, ainda, destacar que as duas modalidades de contrato de construção previstas na lei podem ser ajustadas pela construtora escolhida pelo incorporador, diretamente com os adquirentes ou, então, celebrado entre a construtora e o próprio incorporador, nesse caso, com ou sem sub-rogação aos compradores de unidades.

Os contratos deverão conter, e/ou especificar, todos os elementos técnicos constantes do memorial de incorporação e subordinar a construção ao projeto aprovado, memorial descritivo, especificações, prazo de entrega, de preferência das diversas etapas e o prazo final, fixando-se; ainda, as hipóteses de prorrogação e suspensão do prazo, o preço, as condições de pagamento, as penalidades e multas, bem assim as condições especiais acaso acertadas.

A lei prevê, também, nessa parte geral que, no contrato de construção, celebrado com os adquirentes, ou a estes sub-rogado no momento da venda, se preveja a formação de um “condomínio construção”, com a realização de assembléias, modo de convocação e forma de instalação e funcionamento, registro das atas no Cartório de Títulos e Documentos e a constituição de Comissão de Representantes com as respectivas atribuições e prazo dos respectivos mandatos.

Finalmente, diz a lei, o contrato deve estabelecer de quem será a responsabilidade pelo pagamento das despesas com ligações de serviços públicos, nem sempre previsíveis ao início da construção, como às relativas a instalação do condomínio, decoração de portaria e mobiliário, que devem atender as deliberações dos compradores e possibilidades da maioria. Com esse dispositivo, o legislador liberou o incorporador da obrigatoriedade de incluir tais despesas no custo geral da obra, possibilitando, com isso, a cobrança de tais despesas, destacadamente do preço da construção, mediante rateio entre todas as unidades na proporção que for convencionada no contrato. (Direito Imobiliário. Teoria Geral e Negócios Imobiliários. 2ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 627-628, grifo nosso).

No caso em apreço, consoante se deduziu dos v. acórdãos proferidos pela colenda Corte local, a incorporadora apenas celebrou contrato de compra e venda de frações ideais, vinculando-o a projeto de construção aprovado pela Municipalidade, não ficando ela própria responsável pela construção das casas no condomínio. A incorporadora, autorizada pela Lei n. 4.591/1964, providenciou a aprovação de projeto de construção perante a Administração Municipal e o incluiu no Memorial de Incorporação, levado a Registro no Cartório Imobiliário. No contrato celebrado com os adquirentes do imóvel, ficou firmada a responsabilidade destes em providenciar a obra em conjunto com a construtora.

Esclarecedor é o trecho do v. aresto proferido em apelação:

26. A apelante incorporadora, na proposta pública consubstanciada pelo registro do memorial de incorporação, compromissou-se pela alienação das frações ideais de terreno, pela implantação da infra-estrutura condominial e vinculou ditas frações ideais às unidades autônomas do “Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá”, que também foram distinguidas no memorial da incorporação.

É verdade que a apelante incorporadora não se comprometeu a construir as residências em espaço próprio a elas reservado em cada unidade autônoma, nem poderia fazê-lo por lhe faltar habilitação técnica para tanto.

Supõe dizer que a infra-estrutura relativa às coisas de uso comum e fim proveitoso do “Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá” e das respectivas unidades autônomas foi mandada realizar pela própria apelante incorporadora, em regime de incorporação “a prazo e preços certos” (Lei n. 4.591/1964, 41 e 43).

27. Já a construção das residências (parte interna das unidades autônomas) foi assumida pelos próprios condôminos, cada um respondendo pela construção e custeio de sua casa, dadas as singularidades que os condomínios de casas (art. 8º, alíneas **a**, **c** e **d**, da Lei n. 4.591/1964) apresentam em relação aos condomínios de apartamentos, embora em ambos suas unidades sejam detidas em regime de “propriedade horizontal” ou “por unidades autônomas”.

28. A assunção pelos condôminos da obrigação de construir as residências configura a adoção do chamado regime de “administração” ou “a preço de custo” para edificação dessas casas (Lei n. 4.591/1964, 58 a 62). (fls. 705-706).

Ressalte-se, por oportuno, que, como se vê, a aprovação, pela Municipalidade, do plano de construção foi alcançada, conforme exigência do parágrafo único do art. 29 da Lei n. 4.591/1964, sem que houvesse nenhuma impugnação judicial do respectivo processo administrativo ou do alvará que autorizou a implantação do empreendimento. Este, aliás, não é o ato atacado na ação civil pública que deu origem ao presente recurso especial.

Veja-se trecho do v. acórdão em apelação cível que bem delinea essa afirmação:

14. *A implantação do condomínio de casas exigia, nos moldes das normas constitucionais e infra-constitucionais, a aprovação do respectivo projeto pela Municipalidade de Indaiatuba seja em função do já citado art. 182, especialmente seu “caput” e §§ 1º e 2º, da CF, seja em razão de que “(...) Compete aos Municípios (...) I – legislar sobre assuntos de interesse local; (...) VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; ..” - textual - (CF, 30, I e VIII).*

15. *Mandou, então, a proprietária elaborar os projetos através do eng civil Oscar A. Beseggio, CREA n. 53.555/D-SP (fls. 255-256 dos autos), que confeccionou, ademais, o memorial descritivo das especificações da obra (fls. 252-254 dos autos), levando ao crivo dos órgãos competentes do Município de Indaiatuba.*

A pretendida "(...) defesa do regular padrão de desenvolvimento urbano, que motiva a propositura da presente Ação (...)" (fls. 7 e 611 a 614 dos autos), foi, assim, devidamente tutelada pela aprovação da Municipalidade de Indaiatuba do citado projeto de condomínio de casas, conforme alvará expedido por aquela Comuna em 24.11.1992, trazido aos autos, seja pelo MP apelado (fls. 103 dos autos), seja pelos apelantes (fls. 270 dos autos).

16. Acresce, ademais, que o MP apelado não sustenta em sua exordial nem a nulidade do processo administrativo de aprovação do projeto do "Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá", nem do alvará que autorizou a implantação daquele empreendimento.

Os documentos juntados aos autos pelos apelantes permitem verificar que foi devidamente processada e fundamentada a aprovação do referido projeto pela Municipalidade de Indaiatuba, conforme se pode extrair dos judiciosos pareceres de fls. 258-259, 260-268 e 269 dos autos.

Foi por esta razão que, certamente, o sentenciante determinou que fosse dada mera ciência desta ação à Municipalidade de Indaiatuba que, inclusive, não interveio no feito por manifesto desinteresse.

17. Quer se dizer que, no plano da legislação urbanística, os ora apelantes e os condôminos aderentes da incorporação do "Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá" (também ausentes do feito, embora atuais proprietários de suas frações ideais de terreno e respectivas unidades autônomas) têm até hoje o resguardo da aprovação pela Municipalidade competente dos projetos de implantação de um condomínio de casas.

(...)

No caso presente, as exigências urbanísticas foram supridas pela aprovação pela Municipalidade de Indaiatuba do projeto do "Condomínio Residencial Village Terras de Indaiá".

A comercialização das unidades de dito empreendimento, durante sua fase de implantação, se operou, por seu turno, via proteção do consumidor, corporificada pelo correspondente registro da sua incorporação no Ofício Imobiliário competente, devidamente instruída pelo projeto aprovado pela Municipalidade e demais documentos exigidos pelo art. 32 da Lei n. 4.591/1964. (fls. 701-704, grifo nosso).

Há que esclarecer, outrossim, que a Lei n. 4.591/1964 não estipula a obrigatoriedade de observação de área mínima para a construção das casas, para fins de caracterização de condomínio horizontal. Por outro lado, não há vedação, no caso, ao aumento da área construída, desde que observada a convenção condominial, a aprovação municipal e dos demais condôminos, e ainda que não haja aumento da área do terreno. Essas questões, de acordo com o v. aresto hostilizado, foram respeitadas.

De todo modo, eventuais irregularidades quanto à execução ou modificação do projeto apresentado devem ser fiscalizadas e apuradas pelo órgão público

competente perante o Município. Não cabe, nesta sede recursal, ultrapassar o posicionamento do v. acórdão recorrido para entender configurado algum fato lesivo ao Plano Urbanístico do Município ou mesmo o descumprimento dos termos do projeto de incorporação aprovado pela municipalidade, presentes também os óbices das referidas Súmulas n. 5 e n. 7-STJ.

Por fim, quanto à alegada ofensa ao art. 32 da Lei Municipal n. 3.525/1998, o recurso especial não prospera, porquanto é inviável, nesta via recursal, o exame da apontada ofensa a dispositivo de lei local, consoante dispõe o Enunciado n. 280 da Súmula do eg. Supremo Tribunal Federal: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

Diante do exposto, o recurso especial deve ser parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 735.750-SP (2005/0047714-2)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Alice Desiada Ferreira Lopes Trippicio - espólio

Representado por: Américo Trippicio - inventariante

Advogado: Fernando Quaresma de Azevedo

Recorrido: Medic S/A Medicina Especializada a Indústria e ao Comércio

Advogado: Fernando Campos Scaff e outro(s)

EMENTA

Civil. Consumidor. Seguro. Apólice de plano de saúde. Cláusula abusiva. Limitação do valor de cobertura do tratamento. Nulidade decretada. Danos material e moral configurados. Recurso especial provido.

1. É abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar.

2. O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém, com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas.

3. Na espécie, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato.

4. A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade.

5. É de rigor o provimento do recurso especial, com a procedência da ação e a improcedência da reconvenção, o que implica a condenação da seguradora ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, a título de danos materiais, e dos danos morais decorrentes da injusta e abusiva recusa de cobertura securitária, que causa aflição ao segurado.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Espólio de Alice Desiada Ferreira Lopes Trippicio* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Plano modular de assistência médica com cláusula limitativa de custos. Admissibilidade, pois se apresenta transparente, sem subterfúgios gramaticais, portanto, com validade e eficácia, ante a inequívoca ciência do segurado. Custos hospitalares acima do valor contratado deverão ser suportados pelo segurado. Apelo improvido. (fl. 279, e-STJ).

Em suas razões recursais, o ora recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 4º, I e III, 6º, IV e VIII, 46, 47, 51, § 1º, I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor, ao art. 1º da Lei n. 6.839/1980, e ao art. 159 do Código Civil de 1916.

Narra, nesse contexto, que a contratante, acometida de câncer no útero, ficou internada em UTI de Hospital conveniado. Contudo, no décimo quinto dia (15º) de internação, a mantenedora do plano de saúde recusou-se a custear o restante do tratamento, alegando que havia sido atingido o limite máximo de custeio (R\$ 6.500,00), conforme cláusula VI, § 2º, do contrato celebrado entre as partes. Sustenta, nesse contexto, o caráter abusivo da referida cláusula, ao limitar o valor de cobertura para tratamento médico-hospitalar. Requer, ao final, seja dado provimento ao recurso especial, julgando procedentes os pedidos formulados na ação ordinária de nulidade de cláusula contratual cumulada com indenização, condenando, por conseguinte, a recorrida “ao pagamento das despesas médico-hospitalares e a indenizar o recorrente pelos danos morais e patrimoniais sofridos” (fl. 142).

Não tendo sido admitido o recurso na origem, subiram os autos por força do provimento de agravo de instrumento pelo eminente Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira* (fl. 306, e-STJ).

Instado a se manifestar, o d. órgão do Ministério Público Federal, no parecer de fls. 365-367, opinou pelo não conhecimento do recurso especial, por incidência dos Enunciados n. 5 e n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, ou por seu desprovimento, salientando que, embora restritiva a cláusula do plano de saúde questionada - a qual prevê limite de valor para a cobertura de internação médico-hospitalar -, essa se encontra redigida de forma clara, “não possibilitando equívoco ou incompreensão” por parte do consumidor.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): *I* - De início, deve ser afastada a preliminar de não conhecimento trazida pelo d. órgão do Ministério Público Federal, relativamente à incidência dos Enunciados n. 5 e n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o exame do presente recurso especial não depende da interpretação de cláusula contratual, tampouco do acervo fático-probatório dos autos, mas somente da realização de nova valoração dos critérios jurídicos de formação da convicção do julgador, medida que não encontra óbice nos referidos enunciados sumulares. A revisão da qualificação jurídica da manifestação volitiva, inserta em contrato, por se tratar de questão de direito, pode ser objeto de recurso especial.

II - Atendidos, assim, os requisitos de admissibilidade recursal, passa-se ao exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia à análise da existência de abuso na cláusula constante do contrato de plano de saúde que prevê limite de valor para cobertura de tratamento médico-hospitalar.

Na hipótese em exame, a beneficiária de plano de saúde foi internada em hospital conveniado, em razão de moléstia grave - câncer no útero -, e permaneceu em unidade de terapia intensiva (UTI). Porém, quando atingido o limite financeiro (R\$ 6.500,00) de custo de tratamento previsto no contrato celebrado entre as partes, a ora recorrida negou-se a cobrir as despesas médico-hospitalares excedentes.

A beneficiária, representada por seu esposo, ajuizou ação cautelar, cujo pedido liminar foi deferido pelo d. Juízo *a quo*, com determinação de que a mantenedora do plano de saúde arcasse com todas as despesas de internação da enferma (e-STJ, fl. 42, apenso 2, e fls. 81-82, apenso 1). Nesse ínterim, a beneficiária faleceu.

A seguir, seu espólio ingressou com ação ordinária de nulidade de cláusula contratual cumulada com indenização, alegando, na exordial, que: “1 - (...) a *‘de cujus’* conveniu-se a um plano de saúde da Requerida desde 30.4.1997, denominado Plano *Plus 1 2 3*, conforme cópia do contrato (doc. 01), da carteira de associada em anexo (doc. 03), estando em dia com o pagamento de tal plano conforme xerox autenticada dos três últimos boletos de pagamento em anexo (docs. 04-06); 2 - A *‘de cujus’* teve problemas de câncer no útero que desencadeou

o câncer por todo o organismo, estando em coma quando da internação junto ao Hospital conveniado pela Requerida; 3 - Tal plano cobre internação em quarto particular e em UTI; 4 - Ocorre que após determinado período a Requerente comunicou ao ora representante legal do Espólio Requerente que não cobriria mais a internação da Requerente na UTI do Hospital e todo o tratamento necessário, causando um sério transtorno ao mesmo. 5 - Ante o quadro médico da *'de cujus'* a Requerida não deveria negar cobrir o pagamento do tratamento da mesma, pois encontrava-se em coma e impossibilitada de ter alta ou ser transferida e a família impossibilitada de arcar com o pagamento das despesas médico-hospitalares; 6 - Os familiares da Requerente não tendo condições de arcar com tais despesas recorreram a todos os meios para solucionar o problema, mas não conseguiram, qualquer forma de solucioná-lo; 7 - Ante a recusa da Requerida na cobertura do tratamento e a alta da *'de cujus'*, o esposo da Requerente *'de cujus'* tiveram de recorrer ao Judiciário” (fls. 7-11).

Com base nessas circunstâncias fáticas, a ora recorrente, por seu espólio, requereu, além de indenização por danos materiais e morais, a nulidade da cláusula contratual que excluiu a cobertura das cirurgias, tratamento e internação (**cláusula VI, parágrafo segundo**, assim redigida: “Para a assistência clínica ou cirúrgica dos serviços constantes nesta Cláusula, será observado o limite de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), por beneficiário inscrito por período de 365 dias, limite este que tem como base a data de 1º de agosto de 1996, sendo que a correção deste valor observará os mesmos critérios estabelecidos na Cláusula XIV - Reajuste”).

Houve contestação e reconvenção pela ora recorrida.

O d. Juízo sentenciante, ao concluir não haver nenhum abuso na cláusula contratual limitativa, redigida com clareza e transparência, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial e considerou procedente a reconvenção, determinando que o autor pagasse à reconvinte o valor despendido com o tratamento da enferma, na parte que ultrapassou o limite financeiro contratualmente previsto (fls. 239-244, e-STJ).

O colendo Tribunal de Justiça Estadual confirmou a r. sentença (fls. 277-285, e-STJ), sob o fundamento de que “a cláusula limitativa apresenta-se transparente”, devendo prevalecer o princípio *pacta sunt servanda*.

Contudo, entende-se configurado o caráter abusivo da referida cláusula contratual por estabelecer limitação de valor para o custeio de tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar de segurado e beneficiários, em montante por demais reduzido, incompatível com o próprio objeto do contrato de plano de saúde, consideradas as normais expectativas de custo dos serviços médico-hospitalares supostamente cobertos pela apólice. Então, a pessoa é

levada a pensar que está segurada, que tem um plano de saúde para proteção da família, mas, na realidade, não está, pois o valor limite da apólice nem se aproxima dos custos normais médios de uma internação em hospital.

É certo que o sistema normativo vigente permite que as seguradoras, as empresas de medicina de grupo e as cooperativas médicas façam constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo que somente responderão pelos riscos na extensão prevista no contrato. A operadora do plano de saúde pode entender que determinados riscos, por sua extensão (p. ex.: transporte aéreo em UTI; internação em apartamento individual no hospital; livre escolha de hospital e outros), são capazes de comprometer o equilíbrio da mutualidade, excluindo-os, portanto, da cobertura securitária. Essa autorização à inclusão de cláusulas limitativas encontra respaldo na própria autonomia contratual e nos arts. 757 e 760 do Código Civil de 2002 - art. 1.434 do Código Civil de 1916 - e no art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que apenas faz exigência de que sejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão pelo consumidor.

Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem com cláusulas tidas por abusivas, as quais visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação. Enquanto as primeiras, admitidas por lei, dizem respeito à possibilidade de a operadora de plano de saúde excluir de sua cobertura determinados riscos relacionados ao objeto contratado na sua extensão, as segundas representam a exclusão ou restrição criada pela operadora para esquivar-se do cumprimento da obrigação em si regularmente assumida. Nesta hipótese, a seguradora, a despeito de, por exemplo, cobrir determinado tratamento (obrigação assumida), cria limitações outras que reduzem os efeitos práticos daquela cobertura. É o que ocorre na criação de restrição de tempo para internação e de limite de valor de custos hospitalares para cobertura, máxime quando o valor-limite é irrisório, como acontece na hipótese.

Acerca da temática, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo o caráter abusivo desse tipo de cláusula:

Súmula n. 302-STJ: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

Civil e Processual. Acórdão estadual. Omissões não configuradas. *Seguro-saúde. Cláusula limitativa de valor de despesas anuais. Abusividade. Esvaziamento da finalidade do contrato. Nulidade.*

I. Não padece do vício da omissão o acórdão estadual que enfrenta suficientemente as questões relevantes suscitadas, apenas que trazendo conclusões adversas à parte irrisignada.

II. *A finalidade essencial do seguro-saúde reside em proporcionar adequados meios de recuperação ao segurado, sob pena de esvaziamento da sua própria ratio, o que não se coaduna com a presença de cláusula limitativa do valor indenizatório de tratamento que as instâncias ordinárias consideraram coberto pelo contrato.*

III. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 326.147-SP, Quarta Turma, Rel. Min. *Aldir Passarinho Junior*, DJe de 8.6.2009).

Contrato de seguro. Foro de eleição. É ineficaz a cláusula estipuladora do foro de eleição em contrato de adesão, a benefício da seguradora. O segurado pode valer-se das regras gerais de competência. Conflito conhecido e declarado competente o juízo de direito da 5a. Vara Cível de Caxias do Sul, para processar e julgar ambas as ações.

(CC n. 1.339-RS, Segunda Seção, Rel. Min. *Nilson Naves*, DJ de 17.12.1990).

Nesse contexto, a cláusula limitativa torna-se abusiva quando “as consequências normais de uma obrigação regularmente assumida, acaba por tornar inócua a sua própria essência, desnaturando o contrato (...). Deveras, se numa cláusula contratual o segurador assume um risco (uma obrigação) e noutra exclui ou reduz os efeitos jurídicos, na realidade não se obrigou; *a cláusula é abusiva porque torna inócua a essência do contrato*” (**CAVALIERI FILHO**, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed., rev. e amp., Atlas: São Paulo, 2010, p. 455).

Ao analisar a limitação do tempo de internação, acrescenta **SÉRGIO CAVALIERI FILHO** que, “se a doença tem cobertura contratual outra cláusula não pode limitar os dias de internação; isto não importa mera limitação do risco, vale dizer, limitação da obrigação, mas limitação da própria responsabilidade do segurador, e, por via de consequência, restrição da obrigação fundamental inerente ao contrato. Uma coisa é a doença não ter cobertura, caso em que o segurador não assumiu nenhuma obrigação a seu respeito (não assumiu seu risco), e outra coisa, bem diferente, é a doença ter cobertura e, a partir de um determinado momento, deixa de tê-la. Na realidade, afigura-se abusivo impor tempo de cura para uma doença coberta pelo seguro. Complicações de todos os tipos podem surgir, pré e pós-operatórias, inclusive infecção hospitalar, ampliando compulsoriamente o tempo de internação. Pretender livrar-se o segurador dessas consequências não é limitar o seu risco, porque o risco foi assumido quando se deu cobertura para a doença, e o sinistro até já ocorreu. O

que se pretende, na realidade, com essa cláusula, é limitar a responsabilidade do segurador decorrente de uma obrigação regularmente assumida, e isso a torna inválida” (ob. cit., p. 455).

Na hipótese em exame, segundo consta dos autos, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer o valor máximo para assunção do risco, tornando, assim, inócua a obrigação contratada.

Há, por conseguinte, incompatibilidade entre o objeto do contrato de seguro-saúde e a limitação do valor do tratamento, mormente, na hipótese, em que essa limitação deu-se no montante de apenas R\$ 6.500,00. Esse valor é, sabidamente, ínfimo, quando se fala em internação em unidade de terapia intensiva - UTI -, conforme ocorreu no caso em exame, em que a paciente segurada, acometida de moléstia grave, ficou submetida a esse tipo de internação por quase dois meses (de 16 de junho a 3 de agosto de 1999 - quando faleceu).

Infere-se, pois, que a cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade.

Outrossim, cumpre destacar que o bem aqui segurado é a saúde humana, o que se mostra incompatível com a fixação de um valor monetário determinado, como acontece com o seguro de automóveis e outros bens materiais. Não há como mensurar previamente o montante máximo a ser despendido com a recuperação da saúde de uma pessoa enferma, como se faz, por exemplo, facilmente até, com o conserto de um carro. Não há como se estabelecer uma regra, um valor padrão, para tratamento do indivíduo enfermo, sobretudo porque existem vários fatores exógenos e endógenos que podem influenciar no tempo de internação, na necessidade de encaminhamento à unidade de terapia intensiva - UTI -, no tipo de procedimento adotado, na cirurgia escolhida, e, inevitavelmente, no valor de custeio do tratamento.

Caso se considerasse não abusiva a referida cláusula, ter-se-ia a seguinte situação: um paciente segurado teria seu tratamento interrompido antes de alcançar a cura da enfermidade, tão logo atingido o tal limite máximo de valor autorizado no contrato de seguro-saúde, o qual, evidentemente, se tornaria de todo inútil.

Com efeito, não se pode equiparar o seguro-saúde a um seguro patrimonial, no qual é possível e fácil aferir o valor do bem segurado, criando limites de reembolso/indenização. Afinal, quem segura a saúde de outrem está

garantindo o custeio de tratamento de doenças que, por sua própria natureza, são imprevisíveis, inclusive quanto aos gastos a serem despendidos com os custos hospitalares.

Tem-se, assim, que não pode haver limite monetário de cobertura para as despesas hospitalares, sob pena de se esvaziar o direito do segurado e o próprio objeto da contratação, que é, por natureza, de custos imprevisíveis, sendo essa, inclusive, uma das razões que leva a pessoa a contratar seguro de saúde.

É certamente por isso que a Lei n. 9.656/1998 - que estabelece as regras dos planos privados de assistência à saúde -, vigente à época dos fatos, prevê, em seu art. 12, II, **a** e **b**, que, na cobertura de internações hospitalares simples e em centro de terapia intensiva, ou similar, fica “vedada a limitação de prazo, *valor máximo* e quantidade” (grifo nosso). Também o Decreto-Lei n. 73/1966 - que regula o Sistema Nacional de Seguros Privados -, em seu art. 13, dispõe que “as apólices não poderão conter cláusula que permita rescisão unilateral dos contratos de seguro *ou por qualquer modo subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em Lei*” (grifo nosso).

Portanto, seja por violação às normas do Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, 6º, 51) ou ao disposto na Lei n. 9.656/1998 e no Decreto-Lei n. 73/1966, deve ser considerada abusiva a cláusula do contrato de seguro-saúde que crie limitação de valor para o custeio de tratamento de saúde ou de internação hospitalar de segurado ou beneficiário.

Desse modo, em observância à função social dos contratos, à boa-fé objetiva e à proteção à dignidade humana, deve ser reconhecida a nulidade de cláusula contratual como a ora discutida, nos termos em que pleiteado pelo ora recorrente.

III - Ultrapassado esse tópico, deve-se analisar a configuração dos alegados danos materiais e morais.

Apenas a título de esclarecimento, a causa de pedir do dano material, assim como do dano moral, está relacionada à recusa pela seguradora da cobertura do tratamento médico-hospitalar da segurada, sendo certo que, conforme os delineamentos dados pelas instâncias ordinárias, sua morte não decorreu dessa recusa - pois, por liminar, fora dada continuidade à internação e ao tratamento -, mas em virtude da própria evolução da doença.

Relativamente aos danos materiais, saliente-se que consta dos autos que, com o deferimento de liminar, em sede de ação cautelar, o d. Juízo *a quo*

determinou que a operadora do plano de saúde desse continuidade à cobertura do tratamento da segurada (e-STJ, fl. 42, apenso 2). A ora recorrida, pelo que se deduz dos autos, procedeu ao cumprimento dessa decisão liminar, até que sobreviu a morte da segurada, o que ocorreu antes mesmo do julgamento do mérito da ação ordinária de nulidade de cláusula contratual cumulada com indenização (e-STJ, fl. 42, apenso 2, e fls. 81-82, apenso 1). Portanto, ao que parece, não houve interrupção da internação ou do tratamento da paciente, tampouco custeio deste por parte da família da segurada. Tanto que, na r. sentença, o d. Juízo julgou procedente a reconvenção apresentada pela seguradora, condenando o reconvido, ora recorrente, ao pagamento dos gastos que aquela havia despendido com o tratamento da segurada, na parte que excedeu ao limite de valor de cobertura estabelecido no contrato, com a devida incidência de correção monetária, desde o desembolso, e de juros, desde a intimação da reconvenção (fls. 239-244, e-STJ).

Além disso, não há elemento algum nos autos do qual se possa depreender que o ora recorrente despendeu gastos com o tratamento, logo em seguida à recusa de cobertura havida pela operadora do plano de saúde.

Daí o provimento deste recurso, com a procedência da presente ação, no ponto, implicar apenas a condenação da recorrida ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, ao que tudo indica já suportadas pela operadora do plano de saúde quando do cumprimento da liminar concedida na ação cautelar, e a improcedência da reconvenção.

No tocante aos danos morais, convém ressaltar que, a despeito de prevalecer o entendimento nesta Corte de Justiça no sentido de que o mero inadimplemento contratual não gera danos morais, deve ser reconhecido o direito a esse ressarcimento quando houver injusta e abusiva recusa de cobertura securitária pela operadora de plano de saúde, extrapolando o mero aborrecimento.

A propósito:

Civil. Recurso especial. Indenização. Dano moral. Negativa injusta de cobertura securitária médica. Cabimento.

1. Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada - naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer -, ser surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da

incerteza quanto à própria realização da cirurgia mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.

2. *Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que a conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.*

3. Recurso especial provido. (REsp n. 1.190.880-RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 20.6.2011).

Civil e Processual. Recurso especial. Plano de saúde. Cobertura. Negativa. Procedimento de urgência. Dano moral. Cabimento. Recurso provido.

I. *A recusa da cobertura de procedimento médico-cirúrgico por parte de prestadora de plano de saúde enseja dano moral quando aquela se mostra ilegítima e abusiva, e do fato resulta abalo que extrapola o plano do mero dissabor.*

II. Caso em que a situação do autor era grave e o risco de sequelas evidente, ante a amputação, por necrose, já ocorrida em outro membro, que necessitava urgente de tratamento preventivo para restabelecer a adequada circulação.

II. Recuso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.167.525-RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 28.3.2011).

Recurso especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Defeito do produto. Legitimidade passiva *ad causam*. Unimed da Federação originalmente contratada pelo segurado. Recurso provido.

1. As Operadoras de Planos de Assistência à Saúde ofereceram um Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), que será prestado por profissionais ou serviços de saúde, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica (prestação de serviço).

2. A não autorização para a realização do exame laboratorial caracteriza o fato do produto, pois, além do vício (não autorização para a realização do exame laboratorial), nos termos do entendimento uníssono desta Corte, o comportamento abusivo por parte da operadora de Plano de Saúde, *extrapolando o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, é ensejador do dano moral.*

3. Defeituoso o Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), a responsabilidade-legitimidade é da Operadora de Planos de Assistência à Saúde com quem o Segurado o adquiriu (artigo 12 do CDC).

4. Recurso especial provido. (REsp n. 1.140.107-PR, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 4.4.2011).

Agravo regimental. Plano de saúde. Procedimento cirúrgico. Recusa da cobertura. Indenização por dano moral. Cabimento.

I - Em determinadas situações, a recusa à cobertura médica pode ensejar reparação a título de dano moral, por revelar comportamento abusivo por parte da operadora do plano de saúde que extrapola o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, agravando a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já combatido pela própria doença.

Precedentes.

II - Em casos que tais, o comportamento abusivo por parte da operadora do plano de saúde se caracteriza pela injusta recusa, não sendo determinante se esta ocorreu antes ou depois da realização da cirurgia, embora tal fato possa ser considerado na análise das circunstâncias objetivas e subjetivas que determinam a fixação do *quantum* reparatório.

III - Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag n. 884.832-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, DJe de 9.11.2010).

No caso em exame, conforme longamente explicitado, houve dano moral decorrente da cláusula considerada abusiva e da recusa da cobertura securitária pela operadora do plano de saúde, no momento em que a segurada, acometida de doença grave, que a levaria a estado terminal, necessitava dar prosseguimento a sua internação em UTI e ao tratamento médico-hospitalar adequado. Entende-se, pois, configurado o dano moral, pela aflição causada à enferma.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial, para, julgando procedente a ação e improcedente a reconvenção:

(I) decretar a nulidade da cláusula contratual limitativa e abusiva (parágrafo segundo da cláusula VI do contrato); e

(II) condenar a recorrida:

a) a indenizar os danos materiais, decorrentes do tratamento médico-hospitalar que a segurada necessitou, deduzidas as despesas já suportadas pela recorrida quando do cumprimento da liminar;

b) ao ressarcimento dos danos morais, no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a devida incidência de correção monetária, a partir desta data, e de juros moratórios de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e de 1% ao mês a partir de então, computados desde a citação; e

c) aos ônus sucumbenciais, com honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, devidamente corrigido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 876.434-RS (2006/0183940-0)

Relator: Ministro Raul Araújo

Relator para o acórdão: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: S C

Advogado: Cleanto Farina Weidlich e outro

Recorrido: D H Z

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Recurso especial contra acórdão que manteve o indeferimento de petição inicial de cautelar para produção antecipada de prova voltada à realização de exame de DNA para instrução de futura demanda investigatória de relação avoenga.

1. Não conhecimento da irresignação por dissídio jurisprudencial, dada a ausência de similitude fática entre o aresto impugnado e os precedentes da Corte indicados como paradigmas, evidenciando o ineditismo do tema no âmbito desta Corte (RISTJ, Art. 255, § 2º).

1.1. O caso concreto ensejador do presente recurso especial se diferencia dos precedentes em que o STJ reconheceu o direito próprio e personalíssimo do neto buscar constituição de relação avoenga, pois neles o genitor do investigante era pré-morto e não havia exercido pretensão em vida em lide cuja sentença de mérito julgou improcedente aquela ação, não havendo similitude fática a autorizar o conhecimento da insurgência por eventual dissídio jurisprudencial.

2. Apreciação do mérito da insurgência em função do prequestionamento de norma atinente aos limites da coisa julgada, aplicando-se o direito à espécie, nos termos da Súmula n. 456-STF.

3. Ilegitimidade ativa ad causam de pretensa neta, enquanto vivo seu genitor, de investigar a identidade genética com a finalidade de constituição de parentesco.

3.1. Não há legitimação concorrente entre gerações de graus diferentes postularem o reconhecimento judicial de parentesco, com base em descendência genética, existindo somente legitimidade

sucessiva, de modo que as classes mais próximas, enquanto vivas, afastam as mais remotas (CC, art. 1.606, *caput*).

4. Interpretação do direito à identidade genética, carente de regulamentação, em harmonia com o regime de filiação disciplinado no Código Civil – aparente tensão entre direitos fundamentais de mesma magnitude que deve ser solucionada mediante observância do princípio da proporcionalidade (razoabilidade), sendo este o vetor hermenêutico apropriado a salvaguardar os núcleos essenciais de direitos em suposta colidência – valor/princípio da dignidade da pessoa humana que tanto informa o direito à identidade pessoal, lastrado na verdade biológica do indivíduo, como também, os direitos de filiação, privacidade e intimidade do investigado e das demais pessoas envolvidas em lides voltadas à constituição coercitiva de parentesco, garantindo-se segurança jurídica no âmbito das relações de família – inexistência de regulamentação específica do direito à busca da verdade biológica, ressalvado o disposto no art. 48 da Lei n. 8.069/1990, que enseja a observância do regime de filiação regulado no Código Civil – impossibilidade do reconhecimento de relação de parentesco de forma interposta (per saltum), tendo em vista o caráter linear do regime estabelecido no Código Civil (CC, art. 1.591-1.594), de modo que as classes mais remotas derivam das próximas.

4.1. O princípio da proporcionalidade não autoriza conferir um caráter absoluto ao direito de identidade genética, para com base nele afastar a norma restritiva do art. 1.606 do CC, tendo em vista que o valor/princípio da dignidade da pessoa humana informa tanto o direito do indivíduo buscar sua verdade biológica, como também a segurança jurídica e a privacidade da intimidade nas relações de parentesco do investigado e das próprias gerações antecedentes à investigante, exceto venha o legislador futuramente regular o tema de forma diferente.

4.2. A concentração da legitimidade para investigação da identidade genética de determinado tronco familiar na geração mais próxima, enquanto viva, constitui entendimento mais adequado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais em tensão, respectivamente, identidade genética de descendentes remotos e a privacidade e intimidade do investigado e das próprias classes de parentesco mais imediatas, garantindo-se segurança jurídica às relações de família e respectivo regime de parentesco, evitando-se o

risco de sentenças contraditórias e transtornos irreversíveis ante o aforamento de múltiplas ações judiciais para o mesmo fim, por parte de um número muito maior de legitimados, então concorrentes.

4.3. Se, por um lado, é razoável obrigar qualquer indivíduo vir a juízo revelar sua intimidade e expor sua vida privada para se defender de demanda dirigida ao reconhecimento de parentesco, com consequências sócio familiares irreversíveis, não há essa mesma proporcionalidade para autorizar que esse idêntico investigado possa ser constrangido por todos os demais descendentes de determinado parente de grau mais próximo, sujeitando-se a um sem número de demandas, com possibilidade de decisões incongruentes, presentes e futuras, nas quais um mesmo tronco de descendência, cada qual por si, poderia postular declaração judicial de parentalidade lastrada em um igual vínculo genético.

4.4. No âmbito das relações de parentesco não decorrentes da adoção, o exercício do direito de investigação da identidade genética, para fins de constituição de parentesco é limitado, sim, pelo disposto no art. 1.606 do Código Civil, o qual restringiu o universo *de quem* (a geração mais próxima viva) e *quando* pode ser postulada declaração judicial de filiação (não haver anterior deliberação a respeito);

4.5. A extensão da legitimação também não se mostra necessária em função de o pai da investigante não ter conseguido realizar exame de DNA em anteriores demandas nas quais restou sucumbente em relação ao ora investigado, porquanto o próprio progenitor, por si, ainda detém a possibilidade de relativizar os provimentos jurisdicionais que não o reconheceram como filho, vez que, segundo o entendimento mais recente da Suprema Corte, pode ser reinaugurada essa discussão nos casos em que a improcedência decorreu de processo no qual não estava disponível às partes a realização do exame de DNA (Informativo n. 622 – RE n. 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação- em 23.11.2011).

5. *Impossibilidade jurídica do pedido, vez que as gerações mais remotas não podem desconstituir indiretamente provimentos jurisdicionais de improcedência inerentes à relação de estado pertinente ao seu ascendente imediato (CC, art. 1.606, § único).*

6. *Recurso conhecido em parte, e nessa extensão, desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, após o voto-vista do Sr. Ministro Marco Buzzi, conhecendo e negando provimento ao recurso, divergindo do Relator, e o voto da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e os votos dos Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão, acompanhando a divergência, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Marco Buzzi.

Vencido o Relator, o Sr. Ministro Raul Araújo, lavrará o acórdão o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.

Votaram com o Sr. Ministro Marco Buzzi os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator p/ acórdão

DJe 1º.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inc. III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal.

A recorrente ajuizou ação cautelar de produção antecipada de provas, na condição de suposta neta, contra D. H. Z., visando à realização de exame de DNA, para instrução de futura ação de investigação de relação avoenga.

A inicial foi indeferida, nos termos do art. 295, II, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que a autora não era parte legítima para ajuizar a demanda, na medida em que somente poderia ingressar com a ação, objetivando em última análise a investigação de relação avoenga, após a morte de seu pai e apenas se este não houvesse proposto investigação de paternidade (fl. 27).

Irresignada, apelou, porém o colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Cautelar. Produção antecipada de prova. Pedido da neta para colher exame de DNA visando futura ação investigatória de relação avoenga. Anterior ação proposta pelo genitor contra o avô julgada improcedente, com exame hematológico. Descabimento.

1. É descabido o pedido formulado pela neta para colher exame de DNA visando futura ação investigatória de relação avoenga tendo em mira que (a) o genitor é vivo ainda e a ação é personalíssima, bem como pelo fato de que (b) a anterior ação proposta pelo genitor contra o avô foi julgada improcedente, tendo sido realizado exame hematológico pelo método HLA.

2. Depois da improcedência da ação investigatória, o genitor ajuizou também pedido de produção antecipada de prova com vistas ao ajuizamento de nova investigação de paternidade sob fundamento de que, na época, inexistindo a prova pelo DNA, foi feito apenas o exame pelo método HLA, sendo tal pleito desacolhido tendo em mira o império da coisa julgada material, reconhecendo-se a impossibilidade jurídica do pedido.

Recurso desprovido, por maioria. (fl. 130).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Em suas razões de recurso especial (fls. 182-203), a ora recorrente aponta ofensa aos arts. 469, I e II, e 472 do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial, afirmando:

(I) não estar configurado o óbice da coisa julgada material, a obstaculizar o ajuizamento da ação cautelar de antecipação de prova, consubstanciada na realização de exame de DNA, para instrução de futura ação investigatória de relação avoenga. Salienta, para tanto, que “o v. acórdão recorrido transfere para a ora recorrente os efeitos da coisa julgada produzida em processo no qual a mesma não participou da relação jurídica, ou seja, não foi parte e nem terceira interessada” (CPC, art. 472), e que “as questões referentes aos motivos e a verdade dos fatos estabelecida com fundamento da sentença não fazem coisa julgada” (CPC, art. 469);

(II) não deve prevalecer a conclusão do v. aresto hostilizado no sentido de sua ilegitimidade ativa *ad causam* e da impossibilidade jurídica do pedido. Há precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça que acolhem a legitimidade do neto para postular o reconhecimento de relação avoenga, uma vez que se trata de direito próprio, e admitem como juridicamente possível essa postulação.

Requer, ao final, o provimento do apelo especial, para, afastando a coisa julgada e reconhecendo a legitimidade ativa *ad causam* da ora recorrente e a possibilidade jurídica do pedido, determinar o prosseguimento da ação cautelar

de antecipação de prova, visando à instrução de futura ação investigatória de relação avoenga.

O recurso vem sem contrarrazões, pois desde a origem não foi instaurado o contraditório, na medida em que houve indeferimento, de plano, da petição inicial, nos termos do art. 295, II, do CPC.

Admitido o recurso especial na origem, subiram os autos.

Instado a se manifestar, o d. órgão do Ministério Público Federal, no parecer de fls. 290-296, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Pedro Henrique Távora Niess, opinou pelo provimento do recurso, sob o fundamento de que, “*in casu*, cumpre assinalar que não há igualdade de partes entre a presente ação cautelar e as ajuizadas, anteriormente, pelo genitor da recorrente, que pudesse justificar a extensão dos efeitos da coisa julgada lá reconhecida. Acrescente-se que a recorrente defende direito seu - que não pode ser sacrificado por eventual deficiência de prova produzida por outro interessado. Negar-lhe o direito à produção de prova capaz de, por si só, determinar a relação de parentesco que alega, vinculando-a a outra decisão, da qual não participou é, realmente, impor-lhe os limites de uma lide já resolvida, mas da qual não participou”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): O presente recurso traz a exame desta Corte Superior questões jurídicas de direito de família da maior relevância e complexidade, exigindo densas reflexões da parte de todos.

Para melhor compreensão, é oportuno fazer-se digressão que remete inicialmente ao âmbito de anterior ação de investigação de paternidade ajuizada por J. D. dos S. M., pai da ora recorrente, contra D. H. Z., ora recorrido e suposto avô da ora recorrente, demanda que foi julgada improcedente, após a submissão das partes a exame sanguíneo pelo método HLA (*Human Leukocyte Antigens*).

Transitado em julgado o *decisum*, o autor promoveu ação rescisória, sustentando a existência de documento novo, consubstanciado na existência de novo método de exame para investigação de relação de parentesco - teste de DNA (pareamento cromossômico). Esse pedido também foi julgado improcedente. Após, ajuizou ação cautelar de produção antecipada de prova, igualmente rejeitada.

A seguir, J. D. dos S. M. propôs nova ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos e pedido de liminar de produção antecipada de provas, visando fosse realizado o referido exame genético pelas partes litigantes. No entanto, o feito foi extinto sem resolução de mérito, com base na existência de coisa julgada (CPC, art. 267, V). A r. sentença foi confirmada pelo c. Tribunal de Justiça Estadual, em sede de apelação, sob o fundamento de que, em virtude de ofensa à *res iudicata*, seria “descabida a propositura de nova ação de investigação de paternidade sob o argumento de que, na ação anterior, não havia exame de DNA, que é uma técnica de bastante prestígio, sem dúvida, mas que consiste em mais um dos elementos de convicção possíveis” (fl. 135).

Agora, a recorrente S. C., filha do citado J. D. dos S. M., ajuíza ação cautelar de produção antecipada de prova contra o mesmo réu das ações anteriores, D. H. Z., ora recorrido, objetivando a realização de exame de DNA para a instrução de futura ação de declaração de relação avoenga. É no âmbito desta nova ação que foi interposto o presente recurso especial.

Como consta do relatório, o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento à apelação da ora recorrente, por entender que, embora estivesse configurado o *periculum in mora*, na medida em que o réu é “octogenário e possivelmente já esteja com a saúde combalida”, não estava caracterizado o *fumus boni iuris*, tendo em vista as seguintes premissas:

No entanto, mostra-se totalmente descabido o pedido formulado pela neta para colher exame de DNA visando futura ação investigatória de relação avoenga, quando o seu genitor é ainda vivo e, anteriormente, já havia proposto a ação de investigação de paternidade, que foi julgada improcedente, tendo sido colhida ampla produção de provas e também realizado exame hematológico pelo método HLA.

Além disso, lembro que, mesmo depois da improcedência da ação investigatória, o genitor ajuizou também pedido de produção antecipada de prova com vistas ao ajuizamento de nova investigação de paternidade sob fundamento de que, na época, inexistindo a prova pelo DNA, foi feito apenas o exame pelo método HLA, sendo tal pleito desacolhido tendo em mira o império da coisa julgada material, reconhecendo-se a impossibilidade jurídica do pedido.

(...)

Não há razoabilidade alguma na pretensão deduzida e, mais do que isso, verifica-se mesmo a impossibilidade jurídica do ajuizamento de nova ação investigatória visando o reconhecimento da relação avoenga diante do império da coisa julgada material.

Anteriormente o pai da recorrente ajuizou ação de investigação de paternidade, que foi julgada improcedente, tendo nela o investigado se submetido ao exame

pelo método do HLA. A improcedência dessa ação levou o investigador a ajuizar ação rescisória, que foi julgada improcedente, ensejando recursos perante o STJ, que restaram desacolhidos.

A presente ação cautelar, dita preparatória para nova investigação de paternidade, esbarra na existência da coisa julgada material, circunstância que torna imutável a decisão que considerou improcedente a investigação de paternidade proposta pelo agravado contra o agravante.

Dessa forma, o recorrido não é pai de JOSÉ D. S. M. e esta relação jurídica não pode mais ser discutida, isto é, não poderá o filho reclamar novamente o reconhecimento forçado da paternidade, nem a neta o reconhecimento da relação avoenga, que é de segundo grau e, portanto, derivada daquela filiação.

(...)

Como se vê, não é possível rediscutir a questão da relação de paternidade que é novamente imputada ao recorrido, sendo totalmente descabida a ação cautelar, especialmente pelo fato de que a ação é personalíssima e o filho (pai da recorrente) já ajuizou (mais de uma vez, aliás) a ação que dispunha, sendo rechaçado o seu pleito.

A neta somente teria ação investigatória, caso esta não tivesse sido proposta pelo genitor. A relação avoenga é, friso, uma relação derivada da paternidade. Ou seja, é uma relação de segundo grau e que depende do parentesco de primeiro grau. O avô somente será avô, se o filho for o pai do neto, sendo irrelevante, aliás, se a relação entre pai e filho é biológica ou não.

Sendo a ação investigatória de paternidade personalíssima e estando vivo o pai da autora, ela não tem legitimidade para propor a ação, nem para buscar a produção antecipada de provas, sendo correta a sentença.

No entanto, cabe acrescentar aos argumentos sentenciados, que mais do que a mera ilegitimidade ativa, estamos diante de impossibilidade jurídica do pedido, pois o Poder Judiciário já disse, em diversas oportunidades, que o recorrido não é pai de JOSÉ D. S. M., pai da recorrente. E, se o demandado não é pai do genitor da recorrente, evidentemente não é também avô dela. (fls. 132-143, grifo nosso).

Eis agora o presente recurso especial, no qual três questões devem ser analisadas, para a aferição da plausibilidade do direito deduzido na ação cautelar de produção antecipada de prova, a saber: (I) a legitimidade ativa *ad causam* da autora, na condição de pretensa neta, para, com base em direito próprio, decorrente de sua personalidade, ajuizar a mencionada ação cautelar preparatória, visando a averiguar, agora por meio de exame de DNA, o parentesco que acredita ter com o réu, suposto avô; (II) a possibilidade jurídica do pedido que ampara a pretensão deduzida na medida acautelatória, visto que, em última análise, visa à investigação de relação avoenga, conseqüente da paternidade já investigada e tida como improcedente; e, (III) a existência de óbice relativo à

coisa julgada, decorrente daquela anterior ação de investigação de paternidade ajuizada pelo pai da ora recorrente contra o mesmo réu e julgada improcedente, a alcançar a recorrente e obstar o ajuizamento de nova ação cautelar, a qual visa instruir futura demanda declaratória de relação avoenga.

Passa-se à análise.

I - Legitimidade ativa *ad causam* e Possibilidade jurídica do pedido:

As condições da ação devem ser conjuntamente examinadas, na medida em que em alguns aspectos se inter-relacionam.

Convém sejam transcritas as normas do Código Civil de 1916 e do atual, que mais diretamente disciplinam o tema:

a) no CC/1916:

Art. 350. A ação de prova da filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz.

Art. 351. Se a ação tiver sido iniciada pelo filho, poderão continuá-la os herdeiros, salvos se o autor desistiu, ou a instância foi perenta.

Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I - Se o tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai;

II - Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III - Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

b) no CC/2002:

Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Como se vê, no Código Civil de 2002 não há repetição da norma do art. 363 do Código Civil de 1916, a qual referia apenas aos filhos como legitimados para “a ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação”.

Merece, então, destaque o fato de que, ainda na vigência do Código de 1916, a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça delineava que a menção a “pais” feita naquele dispositivo legal não poderia ser tida como limitação à investigação de outras relações de parentesco, além da paternidade.

De fato, no julgamento da Ação Rescisória n. 336-RS, a Corte chegou à seguinte conclusão:

Civil e Processual. Ação rescisória. Carência afastada. Direito de Família. Ação declaratória de reconhecimento de relação avoenga e petição de herança. Possibilidade jurídica. CC de 1916, art. 363.

I. Preliminar de carência da ação afastada (por maioria).

II. *Legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga e petição de herança, se já então falecido seu pai, que em vida não vindicava a investigação sobre a sua origem paterna.*

III. Inexistência, por conseguinte, de literal ofensa ao art. 363 do Código Civil anterior (por maioria).

IV. Ação rescisória improcedente.

(AR n. 336-RS, Segunda Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 24.4.2006, grifo nosso).

Afirmou-se ali a possibilidade de, sem ofensa ao referido art. 363 do Código Civil de 1916, o pretense neto ajuizar ação contra o suposto avô visando ao conhecimento de sua identidade genética e, assim, dos direitos e obrigações dela decorrentes. Cabe transcrever trechos dos votos de mérito dos eminentes Ministros *Aldir Passarinho Junior* (relator) e *Jorge Scartezini* (revisor), *in litteris*:

Voto do Ministro Aldir Passarinho Junior:

Vencido na preliminar, examino o mérito da rescisória, que versa sobre apontada violação literal ao art. 363 do Código Civil anterior, que reza:

Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação.

É que não compreendo na menção a pais a limitação enxergada pelos autores, e até doutrinária, porquanto dela extraio a mesma compreensão que teve a douta maioria então votante, no sentido de que a substituição é possível na linha ascendente, pois os avós geraram os pais, daí ser absolutamente legítimo que um neto busque a sua identidade verdadeira, a sua família, e, evidentemente, daí decorrendo seus direitos e obrigações.

Há muito se vem abrandando as exigências ao reconhecimento de filiação, e exemplo disso está no afastamento, mesmo antes do ECA, do prazo prescricional para que o filho busque o reconhecimento de paternidade, como se vê do EREsp n. 237.553-RO, 2a Seção, Rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, DJU de 5.4.2004.

Se o direito é personalíssimo do filho investigar o pai, também o é em relação ao avô, notadamente porque o pai já é falecido, o que é importante sempre ressaltar. A relação parental não se extingue com uma geração, na linha ascendente ou descendente. É contínua.

E, inobstante a alentada e judiciosa doutrina a respeito, parece-me que em matéria de família – origem natural do ser humano – limitação dessa ordem, que se extrai de uma interpretação diminuta do texto legal, não convence ser a melhor, rogando máxima vênua ao entendimento divergente. (grifo nosso).

Voto do Ministro Jorge Scartezini:

O art. 363, *caput*, do CC/1916, vigente à época da prolatação do v. acórdão rescindendo, encontrava-se assim disposto, *in verbis*:

Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação.

À primeira, não se ignora que, doutrina e jurisprudência, diante da peremptória redação de citado dispositivo, praticamente à unanimidade, sustentavam a restrição absoluta da legitimidade à propositura de ação investigatória de paternidade ao suposto filho, não extensível sequer aos seus herdeiros, os quais poderiam, tão-somente, dar prosseguimento à lide em caso de falecimento do autor na respectiva pendência (cf. fls. 26-79).

Repise-se, porém, que aludido entendimento restritivo encontrava-se, de regra, embasado tão-só na literalidade do dispositivo legal em comento, destacando-se, entre as escassas justificativas agregadas a esposado argumento, as seguintes elucubrações, de cunho moral, extraídas, respectivamente, das obras dos e. CLOVIS BEVILAQUA e CARLOS MAXIMILIANO:

Justifica-se o rigor do princípio pelas considerações de que: 1º, ao indivíduo, exclusivamente, interessa a situação moral que lhe provém da sua legitimidade; ninguém poderá constrangê-lo a colocar-se numa posição social, que não deseja; 2º, o estado é um modo de ser próprio da pessoa que não se transmite a outrem. (“Código Civil Anotado”, v. 2, Rio de Janeiro, Ed. Francisco Alves, 1933, p. 316).

A prerrogativa de investigar a paternidade é personalíssima; a ação cabe só ao filho; reserva-se a este o direito, absoluto, de evitar ou recusar uma devassa escandalosa no passado seu e de sua mãe. (“Direito das Sucessões”, v. I, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1942, p. 297).

*Pois bem, a uma, tenho que, mesmo imprimindo-se ao art. 363 do CC/1916 interpretação estritamente gramatical, conquanto não haja previsão acerca da legitimidade dos herdeiros de pretense filho à interposição de demanda investigatória de paternidade, analogamente inexistente expressa vedação à mesma, pelo que, de plano, restaria afastada a impossibilidade jurídica de, excepcionalmente, conferir-se legitimidade aos netos para o ajuizamento de ação objetivando o reconhecimento de parentesco com suposto avô. A propósito, oportuna a transcrição das considerações expendidas pelo e. Ministro **Waldemar Zveiter**, quando do julgamento do REsp n. 269-RS:*

(...)

Ademais, ressalte-se, ainda que não se repute adequada a adoção de exegese genericamente liberalizante ao art. 363 do CC/1916, também é inegável que a interpretação meramente gramatical do mesmo em quaisquer situações, levando à ilegitimidade absoluta dos herdeiros de suposto filho para pleitearem o reconhecimento de parentesco ascendente, não se coaduna com a orientação preconizada no art. 5º da LICC, norma de sobredireito, segundo a qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Com efeito, não se mostra razoável, à luz dos mais mezinhos princípios de justiça, com fulcro, exclusivamente, na ausência de previsão legal do pedido, ainda mais que tendente ao esclarecimento da genealogia, da própria origem do indivíduo, negar-lhe acesso aos órgãos jurisdicionais, em total detrimento ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/1988) e à necessidade de pacificação social, escopo último, aliás, do processo civil moderno:

(...)

A propósito, conquanto não se olvide que, in casu, a análise de afronta a literal disposição legal refira-se, por óbvio, à legislação vigente à época da prolatação do v. Aresto rescindendo, releva considerar que a conclusão pelo mesmo adotada, no sentido de conferir aos então recorrentes legitimidade para buscarem declaração judicial de existência de relação avoenga, encontra-se em consonância com os ditames da nova legislação civil pátria, na medida em que, embora não tenha o CC/2002 explicitamente adotado quanto ao tema orientação liberalizante, também não manteve a posição restritiva, não havendo sequer reproduzido, total ou parcialmente, o art. 363 do CC/1916.

Destarte, *in casu*, em atenção às respectivas peculiaridades, reputo acertada a exegese emprestada pelo v. acórdão rescindendo ao art. 363 do CC/1916, reconhecendo a legitimidade dos então recorrentes, ora réus, à propositura da Ação Declaratória de Relação Avoenga cumulada com Petição de Herança, notadamente ante a circunstância de se constituir fato público a possibilidade de existência do parentesco aduzido. Não há, pois, que se falar em vulneração a referido dispositivo infraconstitucional, na medida em que, ademais, conforme

pacificado nesta Corte (REsp n. 488.512-MG, de minha Relatoria , DJU 6.12.2004; AR n. 464-RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, DJU 19.12.2003), para que a Ação Rescisória calcada no inciso V do art. 485, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade, o que não ocorre no caso. (grifo nosso).

Daí, pode-se inferir que, já na vigência do Código Civil de 1916, o eg. Superior Tribunal de Justiça percebia a necessidade de fazer uma interpretação sistemática dos dispositivos legais que tratavam do direito à filiação. Com isso, afastava a interpretação meramente literal, condizente com a época de criação do Código, mas que engessaria o ordenamento jurídico. A interpretação mais restrita já então mostrava-se desconforme com os princípios constitucionais incidentes, excluindo da apreciação do Poder Judiciário direitos fundamentais cuja relevância se sobrepõe à literalidade da norma.

Foi também essa a orientação esposada no primeiro precedente desta eg. Corte de Justiça que reconheceu a viabilidade do ajuizamento de ação declaratória de relação avoenga, no julgamento do Recurso Especial n. 269-RS. Salientou o Relator, o ilustrado Ministro *Waldemar Zveiter*, em seu percuciente voto, que “vedar aos recorrentes o exercício do direito à ação seria negar-lhes a prestação jurisdicional, o que se não afigura nem jurídico nem justo. Não se põe dúvidas ser majoritário o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no sentido de que a ação de investigação de paternidade, assim como posta na redação do artigo 363 do Código Civil, é personalíssima. Contudo hoje, (...) há de se ler a redação dada ao artigo 363 do Código Civil não mais de forma restritiva e na ótica adequada a seu tempo, propugnada pelo grande Clóvis Beviláqua. Mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que com clarividência pôs o constituinte de modo o mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos postos na realização da Justiça limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade” (Terceira Turma, DJ de 7.5.1990).

Eis a ementa do referido julgado:

Processual Civil. Investigação de paternidade. Ação declaratória. Relação avoenga.

I - *Conquanto sabido ser a investigação de paternidade do art. 363 do Código Civil ação personalíssima, admissível a ação declaratória para que diga o Judiciário existir*

ou não a relação material de parentesco com o suposto avô que, como testemunha, firmou na certidão de nascimento dos autores a declaração que fizera seu pai ser este, em verdade seu avô, caminho que lhes apontara o Supremo Tribunal Federal quando, excluídos do inventário, julgou o recurso que interpuseram.

II - Recurso conhecido e provido.

Com isso, tem-se também como afastada a impossibilidade jurídica do pedido.

Como se sabe, a possibilidade jurídica do pedido (ou da causa de pedir) demanda compatibilidade da pretensão com os fins e princípios do próprio ordenamento jurídico. Assim, o reconhecimento dessa condição da ação não tem o condão de dizer, de plano, o direito, julgando procedente o pedido autoral, mas de apurar se o fato afirmado pela parte mostra-se compatível com a possibilidade de eventual entrega de tutela jurisdicional, seja em face da existência de regulação normativa que, em tese, possa amparar a pretensão, seja em razão da inexistência de vedação legal.

Nesse sentido a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça consagra o entendimento de que “a possibilidade jurídica do pedido consiste na admissibilidade em abstrato da tutela pretendida, vale dizer, na ausência de vedação explícita no ordenamento jurídico para a concessão do provimento jurisdicional” (REsp n. 254.417-MG, 4ª Turma, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 2.2.2009).

Conforme salientado pelo eminente Ministro Jorge Scartezzini, no voto proferido na mencionada AR n. 336-RS, acima transcrito, no Código Civil de 2002, ainda que não haja nenhuma previsão explícita de investigação de relação avoenga, também não há nenhuma vedação, explícita ou implícita, nesse sentido.

Portanto, hoje, quando o Código Civil já não reproduz a norma do antigo art. 363, trazendo apenas as dos anteriores arts. 350 e 351, no art. 1.606 do CC/2002, a melhor exegese desse dispositivo não pode permitir restrições quanto ao reconhecimento de relação avoenga. Assim, a este dispositivo também deve ser dada uma interpretação sistemática, prestigiando os direitos à filiação e à ancestralidade, sobretudo porque a própria Constituição Federal prestigia esses direitos, quando adota o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Assim, deve ser afastada qualquer interpretação restritiva da norma, tendo em vista que a filiação não se esgota em uma só geração (relação entre pais e filhos); ao contrário, os vínculos de parentesco em linha reta tendem ao infinito. Há diversas outras relações parentais que surgem da relação pai e filho.

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e **NELSON ROSENVALD**, ao analisarem o disposto no mencionado art. 1.606 do Código Civil de 2002, ressaltam que não se deve ater a uma interpretação restritiva desse dispositivo. Salientam, para tanto:

Apesar de se tratar de ação personalíssima, como visto alhures, os herdeiros do investigante, que já ajuizou a ação investigatória, têm legitimidade para prosseguir na ação, salvo se houve extinção do processo (parágrafo único do art. 1.606 do Código Civil).

No entanto, é preciso afirmar, mais do que isso, a legitimidade dos herdeiros (netos) para a propositura da ação, iniciando-a contra o avô. É a chamada investigação de parentalidade avoenga.

O art. 1.606 do *Codex* traz regra exatamente nesse sentido, autorizando os herdeiros a propor a ação “se ele morrer menor ou incapaz”. Justifica-se a legitimação dos herdeiros em tal hipótese pela impossibilidade do investigante aforar a ação, em face de sua incapacidade. Assim, tendo falecido incapaz, e, por conseguinte, impossibilitado de ajuizar a ação pessoalmente, razoável que estejam legitimados os herdeiros.

Com base no tratamento constitucional da filiação - impossibilitando a limitação do estado de filiação - é preciso ir mais longe. Assim, afirmamos que o neto detém legitimidade ativa *ad causam* para promover a investigação contra o seu avô, independentemente de ter o investigante falecido no gozo de plena capacidade, exercitando a investigatória avoenga.

É que, como pontifica Belmiro Pedro Welter, “o direito personalíssimo do filho é mesmo direito personalíssimo do pai, do avô, do neto etc. Se o filho não quer exercer o seu direito, não se pode proibir que o seu filho (neto) possa exercê-lo, sob pena de se estar negando ao neto o exercício de seu direito nativo de personalidade”.

Desse modo, o neto que propõe a investigatória contra o seu avô está perseguindo direito próprio, reclamando a sua ancestralidade, sua identidade genética, afirmando sua própria dignidade. Não fosse só isso, mister seu interesse também econômico, vez que passará a ser possível cobrar alimentos do avô, pleitear herança, alimentos etc.

(in *Direitos das Famílias*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 548, grifo nosso).

NELSON NERY JUNIOR e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**, ao interpretarem o referido art. 1.606 do Código Civil, salientam:

2. *A ação declaratória de estado*. A ação declaratória do estado de filho, conhecido como de investigação de paternidade, *é apenas uma espécie do gênero, declaratória de estado familiar. Ela pode ser exercida por quem tenha interesse jurídico em atribuir a um determinado fato da vida uma consequência jurídica*. Esse interesse pode ser revelado por alguém que pretenda apontar como sendo

descendente de uma estirpe, ainda que longínqua. *Os limites do pedido devem ser estabelecidos a partir das possibilidades reais de apuração da verdade e a partir da demonstração efetiva de interesse jurídico. Não contém nenhum fator de quebra do equilíbrio do sistema acolher-se para julgamento a pretensão de quem queira apontar a outrem uma ascendência parental, para apontar-lhe parentesco em linha reta, que o coloca na situação jurídica especialíssima de herdeiro necessário.*

3. *Situações diferentes.* A) Imagine-se a possibilidade de alguém se dizer e provar ser neto ou bisneto de um grande pintor que aparentemente não tenha deixado bens, mas que tenha tido, após a sua morte, a obtenção de grande soma em virtude do pagamento de direitos autorais. Evidentemente, na ausência do filho que poderia, mas não quis, ver seu estado de filho reconhecido, pode o filho deste, neto daquele, vir a juízo para provar que é neto, descendente pela linha reta, e que faz jus à herança do avô? Será que o CC 1.606 lhe impedirá a pretensão? Parece-nos que não. *O referido comando legal limita o direito de herdeiros postularem o direito próprio do de cujus, a não ser que este tenha falecido menor ou incapaz? Não limita, e se o fizesse seria inconstitucional, o direito próprio do herdeiro, no caso, o neto do pintor e, igualmente, seu herdeiro necessário.* B) Observe-se como é diferente a situação de, no mesmo exemplo, o pintor (A) ter deixado filho (B), e este, um irmão por parte de mãe (C), que não fosse filho do pintor. Na ausência do filho do pintor, morto maior e capaz sem ter postulado a filiação em face do pintor, seu irmão não poderia postular o direito de herança, posto que se daria o óbice do CC 1.606, aqui, sim, corretamente: o irmão (C), aspirante da herança de B, não é herdeiro, nem poderia sê-lo do pai de B (A), também morto. Sua pretensão limita-se à herança de B e nenhum direito próprio teria em face de A. *Mas essa limitação, evidentemente, não alcança, nem poderia alcançar, o neto, igualmente herdeiro necessário, descendente em linha reta do falecido, ainda mais diante do claríssimo comando do CC 1.811. É evidente, em casos assim, o interesse jurídico próprio de quem pretende declarar-se o estado de neto, ou de bisneto de outrem.*

(in *Código Civil Comentado*. 6ª ed., rev., amp. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.073-1.074, grifo nosso).

Então, no que tange à controvérsia dos autos, é de entender-se que, embora não haja previsão legal que regulamente, de forma direta, a declaratória de relação avoenga, também não há vedação expressa a inviabilizar seu ajuizamento.

E foi essa a compreensão adotada em precedente de que foi relator o ilustre Ministro **Humberto Gomes de Barros**, em julgamento que traz a seguinte ementa:

Recurso especial. *Família. Relação avoenga. Reconhecimento judicial. Possibilidade jurídica do pedido.*

- *É juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, os seus herdeiros deste, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga.*

- Nenhuma interpretação pode levar o texto legal ao absurdo. (REsp n. 604.154-RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º.7.2005, grifo nosso).

Há também recente precedente no âmbito da eg. Segunda Seção desta Corte de Justiça no sentido do reconhecimento da possibilidade jurídica do pedido e da legitimidade ativa *ad causam*, para o ajuizamento de ação de declaração de relação avoenga, tendo em vista a existência de direito de agir, próprio e personalíssimo, do suposto neto. Eis a ementa:

Direito Civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Busca da ancestralidade. *Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô.*

- Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*.

- *Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.*

- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/1988.

- O art. 1.591 do CC/2002, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer.

- A pretensão dos netos no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô, não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido; a questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória a ela inerente.

- A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31.1.1989 e publicado no periódico jurídico NJW (*Neue Juristische Woche*) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que "os direitos da personalidade (Art. 2 Par. 1º e Art. 1º Par. 1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética."

- Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto

de 1998 (Autos n. 22 WF 359/98), restou decidido que “em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue”.

- Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) em 17 de dezembro de 2008, a seguir reproduzido (tradução livre): “§ 372a Investigações para constatação da origem genética. I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada. II. Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada a coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada.”

- Não procede a alegada ausência de provas, a obstar o pleito deduzido pelos netos, porque ao acolher a preliminar de carência da ação, o TJ-RJ não permitiu que a ação tivesse seguimento, sem o que, não há como produzir provas, porque não chegou o momento processual de fazê-lo.

- *Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação.*

- *O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança.*

- A preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida.

- As relações de família tal como reguladas pelo Direito, ao considerarem a possibilidade de reconhecimento amplo de parentesco na linha reta, ao outorgarem aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de herdeiros necessários e resguardando-lhes a legítima e, por fim, ao reconhecerem como família monoparental a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, inequivocamente movem-se no sentido de assegurar a possibilidade de que sejam declaradas relações de parentesco pelo Judiciário, para além das hipóteses de filiação.

- Considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliar a possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade jurídica do pleito deduzido pelos netos, no sentido de verem reconhecida a relação avoenga,

afastadas, de rigor, as preliminares de carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas pelos herdeiros do avô.

- A respeito da mãe dos supostos netos, também parte no processo, e que aguarda possível meação do marido ante a pré-morte do avô dos seus filhos, segue mantida, quanto a ela, de igual modo, a legitimidade ativa e a possibilidade jurídica do pedido, notadamente porque entendimento diverso redundaria em *reformatio in pejus*.

Recurso especial provido.

(REsp n. 807.849-RJ, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 6.8.2010, grifo nosso).

É, pois, de ter-se como juridicamente possível ao neto investigar o vínculo de parentesco avoengo, como forma de materialização de importante aspecto do direito da personalidade. Sem dúvida, a declaratória de relação avoenga caracteriza-se como ação de estado, fundada no *status familiae*, destinada a dirimir conflito de interesse relativo ao estado de uma pessoa natural. Envolve discussão de verdadeiro direito da personalidade e, como tal, é imprescritível, irrenunciável e inalienável.

Com efeito, tratando-se de direito próprio, o neto deve ser considerado parte legítima para o ajuizamento de ação visando, em última análise, ao reconhecimento de relação avoenga. A prerrogativa de ver reconhecida a relação de parentesco constitui direito próprio, personalíssimo com relação ao nome e à ancestralidade. Não se trata de exercício do direito de ação em nome de outrem (legitimação extraordinária) - ou seja, ajuizamento de ação pelo neto, em nome do pai, para investigar a paternidade deste -, mas de ação de declaração de relação parental avoenga ajuizada em nome próprio pelo neto para atender a interesse próprio de conhecimento de sua ancestralidade e, conseqüentemente, dos direitos a ela inerentes.

Portanto, mostram-se presentes as condições da ação ora tratadas para o ajuizamento de ação cautelar de produção antecipada de prova, para instrução de futura declaratória de relação avoenga.

II - Coisa Julgada:

Dispõe o art. 468 do Código de Processo Civil: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, *tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.*”

Por sua vez, a norma inserta no art. 472 do Estatuto Processual Civil estabelece, *in verbis*:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. *Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.*

Da leitura de tais normas verifica-se que, para a configuração da *res iudicata*, é necessário identidade de partes, causa de pedir e pedido (CPC, art. 301, inciso VI e § 2º). Fora dessa tríplice identidade não há como invocar-se a autoridade da coisa julgada. Basta, portanto, a não coincidência de um desses elementos na nova demanda para que fique afastada qualquer ofensa à coisa julgada. Este é o escopo da garantia constitucional da *res iudicata* (CF, art. 5º, XXXVI), a qual imuniza o *decisum* transitado em julgado nos limites da lide, ou seja, do que foi decidido acerca de determinada pretensão ou demanda estabelecida entre partes específicas (CPC, arts. 468, 471 e 472).

Com efeito, a coisa julgada possui limites objetivos e subjetivos.

A limitação objetiva da coisa julgada (CPC, art. 468) estabelece-se em torno do fato de que a sentença tem força de lei nos limites da lide decidida, sendo certo que “a lide decidida é aquela levada a juízo através de um pedido da parte, colocado como questão principal. Logo, resta evidente que, de acordo com esse artigo, a autoridade da coisa julgada só recai sobre a parte da decisão que julga o pedido (a questão principal, a lide), ou seja, sobre a norma jurídica concreta contida no seu dispositivo” (in **DIDIER JÚNIOR, Fredie**. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, Vol. 2, 2ª ed., Salvador: *Jus Podivm*, 2008, p. 561).

Por sua vez, a limitação subjetiva da coisa julgada (CPC, art. 472) informa que a *res iudicata* estabelecida entre as partes não pode atingir desfavoravelmente ou beneficiar terceiro que não integrou a lide, ressalvadas, é claro, as hipóteses de eficácia *ultra partes* dos atos judiciais (*v.g.*: sucessão; substituição processual) e de eficácia *erga omnes* dos atos judiciais (*v.g.*: ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos individuais homogêneos; ações de controle concentrado de constitucionalidade).

Nas palavras de Chiovenda: “*Tutti sono tenuti a riconoscere il giudicato tra le parti, ma non possono esserne pregiudicati*”, ou seja, “a coisa julgada formada entre as partes não pode ser desconhecida por ninguém, mas ninguém além das partes pode ser atingido desfavoravelmente por ela, sem sua própria esfera de direitos”.

Ressalte-se, por oportuno, que a parte final do art. 472 (causas relativas ao estado de pessoas) não trata de hipótese de eficácia *ultra partes* dos atos judiciais,

ao contrário do que precipitadamente se possa deduzir, mas de eficácia *inter partes*. Nas ações de estado - como o é a dos presentes autos - devem ser citados todos os interessados, para que, em relação a eles, a sentença seja válida e eficaz. Haverá, no caso, litisconsórcio necessário e, pois, eficácia do julgado entre as partes que compõem o feito.

A respeito do tema, confira-se a lição de **FREDIE DIDIER JÚNIOR**:

6. Coisa Julgada nas Ações de Estado.

A parte final do art. 472 está assim redigida: "Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros".

A Redação do dispositivo pode dar a falsa impressão de que, em ações de estado, a coisa julgada é *ultra parte*. Na verdade, a regra diz respeito ao litisconsórcio: em ações de estado, todos os interessados devem ser citados, para que a sentença seja válida e lhes possa ser eficaz. Impõe-se a necessidade do litisconsórcio em tais situações, de resto já extraível do art. 47 do CPC. Se todos os interessados forem citados, todos se submeterão à coisa julgada, porque terão sido parte no processo.

(in *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, Vol. 2, 2ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 567).

Na hipótese em exame, de um lado, a lide não envolve partes idênticas. Na presente ação cautelar de produção antecipada de prova, objetivando a realização de exame de DNA, embora a parte ré seja coincidente - D. H. Z. -, a parte autora - S. C. - é diversa das aquelas outras ações, ajuizadas pelo pai da ora promovente.

Ademais, no âmbito da ação investigatória de paternidade - que é ação de estado -, não houve a formação de litisconsórcio, com a inclusão no feito da pretensa neta, ora recorrente (CPC, art. 472, parte final).

Portanto, em face dela não se estendeu a eficácia das decisões proferidas naqueles outros feitos.

De outro lado, a causa de pedir e o pedido, nesta ação, são diversos daqueles constantes das demandas anteriores. Neste processo a pretensão de direito material relaciona-se à investigação de relação avoenga, enquanto naqueles outros feitos, à investigação de paternidade. Embora essas relações de parentesco estejam na mesma linha reta - de maneira que da paternidade é que resulta, em tese, a relação avoenga -, cada qual corresponde a um direito

personalíssimo próprio do respectivo titular, constituindo, pois, causa de pedir e pedidos distintos.

Acrescente-se, por oportuno, que o afastamento da paternidade, naquela primeira ação investigatória - ajuizada por J. D. dos S. M. (pai da ora recorrente) contra D. H. Z. (suposto avô da ora recorrente) -, não foi feito com base em prova contundente (exame de DNA), porquanto: (I) à época da primeira demanda ajuizada pelo pai da ora recorrente, julgada improcedente, este tipo de exame, fundado no pareamento cromossômico, ainda não era amplamente disponível, nem havia notoriedade a seu respeito; (II) nessa primeira demanda a paternidade fora afastada com base em simples exame hematológico, o qual, como se sabe, no âmbito técnico-científico não possui a mesma robustez do mencionado exame genético; e (III) na rescisória e na nova ação investigatória, ajuizadas posteriormente também pelo pai da ora recorrente, a despeito de o mencionado exame ter sido requerido, não fora aceita a sua realização, tendo sido as demandas extintas com base em ofensa à coisa julgada, formada naquele primeiro feito, e não com base na exclusão da própria paternidade.

Nesse contexto, os impedimentos havidos naquelas ações anteriores ao conhecimento definitivo e preciso da relação de parentesco existente entre o pai da ora recorrente e seu suposto avô não podem obstar esta nova ação movida por pessoa diversa, buscando alcançar direito próprio e personalíssimo de conhecer sua ancestralidade, agora com base em nova técnica da engenharia genética não disponível anteriormente.

Noutro giro, pode-se ainda ter em conta que a autoridade da coisa julgada reporta-se ao momento em que a sentença foi proferida, de maneira que nova relação jurídica ou nova situação de fato ou de direito surgida posteriormente - e que não tenha sido objeto do julgamento anterior, o qual, inclusive, envolvia partes, causa de pedir e pedido diversos - torna-se alheia à imutabilidade do instituto da *res iudicata*.

É oportuno invocar a lição de **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**, *in verbis*:

Não é de hoje que, sempre forte na lição de Liebman, venho asseverando que *a autoridade da coisa julgada material, sujeita-se sempre à regra rebus sic standibus, de modo que, sobrevindo fato novo, "o juiz, na nova ação, não altera o julgado anterior, mas, exatamente para atender a ele, adapta-se ao estado de fato superveniente. Eis o ensinamento do Mestre:*

è superfluo dire che la cosa giudicata non impedisce l'eventuale sopraggiungere de fatti nuovi, che possono naturalmente modificare la situazione fra le parti (per es., l'adempimento del debitore, una transazione ecc.).

*Tudo isso é muito natural quando se sabe que o instituto da coisa julgada material é movido pelo escopo prático de imunizar os efeitos do julgamento proferido acerca de determinada pretensão ou demanda, para que, naquela situação, outra decisão o caso não possa vir a ter jamais. Nem é por acaso que o direito positivo limita a coisa julgada não só às partes e ao objeto do pedido, mas ainda à causa de pedir. Fora da tríplice identidade não há a auctoritas rei judicatae, justamente porque, variando um desses elementos, o litígio já será outro (CPC, art. 301, § 2º). Nova situação, nova decisão. A garantia constitucional da coisa julgada (Art. 5º, inc. XXXVI) não vai além de estabelecer que, com relação ao litígio posto em juízo e na situação de fato ali considerada, novos questionamentos serão ilegítimos. Ela imuniza o *decisum*, como está claro no direito positivo, nos limites do que foi julgado.*

(...)

As lições assim colhidas recebem legitimidade da óbvia observação de que a vida das pessoas e suas relações entre si e com os bens da vida não são algo estanque e imutável, insuscetível às evoluções conaturais à vida em sociedade. *Não é permitido discutir mais se, no momento do trânsito em julgado, as relações entre os litigantes eram aquelas afirmadas pela sentença e sujeitas aos efeitos desta; mas, surgindo nova relação ou nova situação oriunda de fato ou negócio novo, essa nova relação - que não foi objeto de julgamento - considera-se alheia a ditos efeitos e, por natural conseqüência, alheia também à sua imutabilidade.*

Claramente nesse sentido é a exposição de Bedaque, falando da coisa julgada como imutabilidade da sentença e de seus efeitos em relação ao direito já existente e proclamado: "nada impede, porém, que acontecimentos posteriores influam naquela situação, alterando-a. A decisão judicial, obviamente, não pode impedi-los. São fatos novos incidentes sobre a situação substancial será tanto menor quanto mais dinâmica ela se apresentar".

(...)

Exatamente porque a coisa julgada se reporta ao momento em que a sentença foi proferida, sem considerações futuroológicas de qualquer ordem, ela tem somente o significado de imunizar, sempre com referência àquele momento, os efeitos da sentença, sobre a qual incide. Se esta afirma a existência atual de um direito ou obrigação (atual no momento em que foi proferida), a coisa julgada impede que se volte a questionar a existência dessa situação jurídica naquele momento, mas não impede que se discuta sobre se depois dela o direito ou obrigação persiste ou deixou de existir.

(...)

Na ordem jurídico-positiva brasileira esses pensamentos transparecem na regra de que, "passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como a rejeição do pedido" (CPC, art. 474). Tal é a eficácia preclusiva da coisa julgada, que não se confunde com esta mas sem a qual a coisa julgada

valeria muito pouco. Ela consiste em imunizar a própria *res judicata* a possíveis esvaziamentos mediante o exame de fatos anteriores. *Diz-se que o efeito preclusivo da coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível, sendo absolutamente imperativo entender-se, a contrario sensu, que não fica abrangida por qualquer matéria que, por ser posterior, não fosse (obviamente) suscetível de deduzir-se antes do julgamento da causa. Se o direito se extinguiu ou modificou-se depois da prolação da sentença e do trânsito em julgado, ou se de algum modo as relações jurídicas entre os que foram litigantes passaram a reger-se por outro negócio jurídico, tais são situações novas que, por não terem sido consideradas, não foram objeto de decisão e não ficam portanto cobertas pela coisa julgada ou por sua eficácia preclusiva.*

(in Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo II. 6ª ed., Malheiros: SP, 2010, p. 1.170-1.173, grifo nosso).

Na hipótese, o Poder Judiciário não pode desconsiderar os avanços técnico-científicos inerentes à sociedade moderna, os quais possibilitam, por meio de exame genético (DNA), o conhecimento da verdade real, delineando, praticamente sem margem de erro, o estado de filiação ou parentesco de uma pessoa. Com a utilização desse meio de determinação genética, tornou-se possível uma certeza científica (quase absoluta) na determinação da filiação, enfim, das relações de ancestralidade e descendência.

Relativamente ao caso sob exame, a decisão que deixou de acolher aquela referida ação rescisória ajuizada antes pelo pai da ora recorrente, fundada em documento novo, não se ajusta com a linha da jurisprudência desta eg. Corte de Justiça (cf.: REsp n. 653.942-MG; REsp n. 442.780-SP e REsp n. 300.084-GO).

Assim, sendo a paternidade anteriormente julgada improcedente em ação investigatória, com base em insuficiência de elementos probatórios (testemunhas ou exame sanguíneo inconclusivo), em período em que não era acessível a investigação de paternidade por exame genético preciso e hoje de fácil realização, deve ser possibilitada a rediscussão da relação de parentesco que, rigorosamente, nem chegou a ser negada antes, apenas não foi reconhecida. Agora, em nova ação investigatória, a relação avoenga poderá ser questionada por pessoa diretamente interessada, fundada em técnica científica precisa.

Sustentando posicionamento mais agudo, **CRISTIANO CHAVES DE FARIAS** e **NELSON ROSENVALD** bem delineiam o tema, perfilhando que o instituto da coisa julgada não pode ser visto de forma estanque, em desprestígio aos direitos, constitucionalmente consagrados, de filiação e de conhecimento da identidade genética e da ancestralidade. Eis as ponderações desses ilustres doutrinadores:

4.5.20. A Coisa Julgada nas Ações Filiatórias.

Historicamente, a coisa julgada na ação de investigação de paternidade esteve submetida ao sistema processual clássico, tornando imutáveis os efeitos decorrentes da sentença de mérito, contra a qual não mais seja cabível qualquer recurso.

Mesmo na hipótese de investigatória de paternidade promovida pelo Ministério Público, na qualidade de substituto processual, ainda assim os efeitos da coisa julgada se projetavam, atingindo o investigante.

Induvidoso, no entanto, que o sistema da coisa julgada do Código de Processo Civil, alçado a altitude de garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXVI), não pode ter guardada nas ações filiatórias, dentre elas a investigatória de parentalidade, sendo necessário afirmar o desenho de um novo modelo de coisa julgada para regular tais demandas.

Importante destacar que esse novo sistema de regramento da coisa julgada independe de expressa previsão de lei, podendo ser aplicado aos casos concretos, a partir das concepções e princípios constitucionais, visando promover a dignidade da pessoa humana e a isonomia substancial, determinadas constitucionalmente.

Em suma: as regras ordinárias sobre a coisa julgada não podem ir de encontro a *Lex Mater*, nem - o mais importante! - se sobrepor aos direitos mínimos da existência humana, como a verdade sobre a paternidade. Pensar diferente e tráfegar na contramão da história e colidir frontalmente com a evolução das pesquisas genéticas. Se assim não o fosse, qual a vantagem do avanço científico, do estudo da genética, por exemplo? A ciência, nesta área, está a serviço da verdade e se nos impõe usa-la. Veja-se, inclusive, que se a verdade é conceito de índole filosófica, sendo possível encontra-la, em tais casos, com o amparo científico, sobreleva sua utilização racional, a serviço do bem-estar do homem digno.

Não se pode canonizar o instituto da coisa julgada, de modo a afrontar a própria sociedade e o ser humano. Deve se ponderar pelo princípio da proporcionalidade qual dos interesses deve prevalecer no caso concreto: mais vale a segurança ou a justiça. E afigura-se-nos mais relevante prevalecer o valor justiça, pois sem ela não ha liberdade qualquer.

Mas não é só. E preciso observar que as ações sobre a filiação não podem ficar emolduradas nas estreitas latitudes da coisa julgada regulada pela lei processual (CPC, arts. 467 e ss.). Aliás, se a intangibilidade da coisa julgada ficou mitigada nas ações coletivas (relativas a relações de consumo, proteção ambiental, moralidade administrativa etc.), com muito mais razão deve ser relativizada, suavizada, nas ações filiatórias. Enfim, e injusto vedar-se para sempre a pessoa humana o direito de pleitear o reconhecimento de sua filiação, que se lhe constitui direito absoluto sagrado, indisponível e inerente a própria personalidade. Desse modo, é fácil perceber a necessidade de adaptação do sistema de coisa julgada nas ações filiatórias, respeitando as garantias constitucionais da pessoa humana.

Uma coisa é certa: as regras gerais sobre a coisa julgada, talhada no sistema individualista do Código Adjetivo, devem ser interpretadas com razoabilidade

na ação investigatória, eis que poderia implicar a negação do próprio direito material correspondente, frustrando o caráter instrumental do direito processual, que serviria como óbice a concretização efetiva do direito a filiação, garantido constitucionalmente.

Veja-se, inclusive, que não se faz necessário justificar a propositura de qualquer ação rescisória, com vistas ao rejuízo da ação filiatória, eis que a decisão judicial que não exaurir os meios de prova não passa em julgado afastando-se do manto sagrado da coisa julgada.

É mister afirmar, então, que a coisa julgada na ação investigatória se dará sob a técnica secundum eventum probationes. Ou seja, a coisa julgada se forma a depender do resultado da produção probatória, identicamente ao que se tem nas ações coletivas.

Também não se diga, ainda, que a coisa julgada constitui garantia prevista no Texto Constitucional, uma vez que a igualdade e a dignidade da pessoa humana também tem sede constitucional e o conflito de normas de igual hierarquia e solucionado pelo princípio da proporcionalidade (poderão de interesses), devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação. Ademais, não pode o processo servir de obstáculo para o exercício de direito material.

Reafirme-se, nesse passo, que e a norma constitucional protetiva do cidadão quem prevalece em nosso sistema jurídico. *Por isso, negar o direito do filho em investigar a paternidade do seu pai, invocando barreiras ou formalismos processuais, e inaceitável e colide frontalmente com o princípio da dignidade humana, fazendo tabula rasa dos direitos fundamentais.*

Importantíssimo precedente sobre a matéria emanou do Superior Tribunal de Justiça:

Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigado de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II - Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, esta na substituição da verdade ficta pela verdade real. III - A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso da investigação de paternidade, deve ser interpretada “*modus in rebus*”. Nas

palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária a segurança prática das relates jurídicas e as dificuldades que se opõem a sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não ha liberdade. IV - Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e as exigências do bem comum (STJ, Ac. unan. 4ª T., REsp n. 226.436-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.6.2001).

Pensar diferente e voltar no tempo, para entender que o processo deveria prevalecer sobre o próprio direito material. Assim, avulta afirmar a necessária relativização da coisa julgada pela jurisprudência, evitando tormentos e indevidas negações do direito a filiação.

A nossa jurisprudência registra, nesse sentido, importante passagem: “mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pós o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se a aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem a modernidade”.

Vale registrar, por derradeiro, que, buscando tratar a matéria no piano positivo, apresentando uma solução de *lege ferenda*, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 116/2001, de autoria do Senador Valmir Amaral, dispondo: “art. 1Q A ementa da Lei n. 8.560/1992 passa a ter a seguinte redação: ‘Regula a investigação de paternidade’. Art. 2º O art. 8º da Lei n. 167 8.560/1992 passa a ter a seguinte redação: (...) Parágrafo Único - A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada. Art. 3e Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

(in Direitos das Famílias. Lumen Juris: RJ, 2008, p. 573-576, grifo nosso).

Destarte, por todas essas razões, não deve prevalecer o óbice da coisa julgada formada em outras demandas, envolvendo partes, pedido e causa de pedir diversas, em detrimento do direito fundamental ao conhecimento da identidade genética e da ancestralidade, relativo à personalidade e decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal (art. 1º, III).

Infere-se, portanto, que não há óbice de coisa julgada a inviabilizar o ajuizamento da ação cautelar de antecipação de prova pela pretensa neta contra o suposto avô (exame de pareamento cromossômico - DNA), para a instrução de futura ação de reconhecimento de relação avoenga.

Deve, nesses termos, ser garantido à recorrente o direito à busca da ancestralidade, ainda mais porque, nas lides anteriores ajuizadas por seu pai, não foram esgotados todos os meios possíveis à investigação eficaz da relação de parentesco existente entre o pai da recorrente e seu suposto avô. Há aqui, ainda, a possibilidade de realização de exame de DNA para aferir-se a ancestralidade da ora recorrente.

Portanto, o pedido deve ser considerado juridicamente possível e a parte deve ser tida como legítima para o ajuizamento da ação cautelar de antecipação de prova, bem como deve ser afastado o óbice da coisa julgada, viabilizando-se o curso da ação consubstanciada na realização de exame de DNA, para instrução de ação declaratória de relação avoenga.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial, para, reconhecendo a legitimidade ativa *ad causam* da ora recorrente e a possibilidade jurídica do pedido, e afastando a ofensa à coisa julgada, determinar o prosseguimento da ação cautelar de antecipação de prova, retornando os autos ao d. Juízo *a quo*.

É como voto.

VOTO-VISTA (VENCEDOR)

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Trata-se de recurso especial, fundado no art. 105, III, **a** e **c**, em sede de ação cautelar de produção antecipada de prova, movida pela recorrente S. C. contra o recorrido D. H. Z., na qual se postulou a realização de exame de DNA, a fim de instruir futura ação investigatória de relação avoenga para fins de constituição de relação de parentalidade.

Ação originária (e-STJ, fls.4-6): a proponente da demanda alegou ser filha de S. D. dos S. M., o qual já havia ajuizado outras demandas voltadas ao reconhecimento de sua descendência em relação ao requerido, todas julgadas improcedentes (quatro no total – e-STJ, fls. 119), sustentou direito próprio à busca de sua identidade genética e postulou o deferimento da cautela para realização de exame voltado à comparação de seu DNA com o demandado, a fim de posteriormente instruir ação investigatória de relação avoenga.

Sentença (e-STJ, fl. 27): indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, porquanto a requerente da cautela seria parte legítima, vez que poderia promover “ação de investigação de paternidade somente em caso de falecimento de seu pai e, conforme jurisprudência citada pela própria autora, se este não houvesse proposto ação dessa espécie enquanto vivo”.

Acórdão (e-STJ, fls. 130-147): interposta apelação, a 8ª Câmara Cível do TJRS, por maioria, desproveu a insurgência, tendo em vista a ausência de *fumus boni iuris*, dada a improcedência de anterior demanda aforada pelo progenitor da apelante, bem como impossível juridicamente o pedido diante do império da coisa julgada.

Embargos de declaração rejeitados (e-STJ, fls. 168-172).

Recurso especial (e-STJ, fls. 182 -: alegou-se: (a) violação ao art. 472 do CPC; (b) dissídio jurisprudencial entre o entendimento do Tribunal *a quo* e os Precedentes n. 604.154-RS, n. 603.885-RS e n. 226.436-PR.

É o relatório.

O recurso deve ser parcialmente conhecido e nessa extensão, desprovido.

1. *Não se conhece da alegação de dissídio jurisprudencial (CRFB/1988, art. 105, III, c)*, pois o contexto fático dos precedentes indicados como paradigmas não se amolda à situação concreta ora em julgamento.

Nos dois primeiros casos apontados como paradigmas (REsp n. 604.154-RS e n. 603.885-RS), o genitor dos pretensos netos era pré-morto ao ajuizamento da demanda voltada ao reconhecimento da relação avoenga, não tendo, em vida, ajuizado pretensão voltada à declaração de parentesco com o pretense avô. Já o último precedente indicado (REsp n. 226.436-PR) trata de jurisprudência mais antiga deste Tribunal, segundo à qual não haveria óbice à relativização de coisa julgada quando inexistente julgamento da investigatória de paternidade com base em exame de DNA.

De sua vez, na controvérsia focalizada neste feito, o genitor da pretensa neta está vivo e sucumbiu em quatro (4) demandas voltadas ao reconhecimento de sua descendência, movidas contra o ora investigado.

Diante dessas particularidades, não ocorrente similitude fática a ensejar o conhecimento do recurso por dissídio jurisprudencial, sendo inédita a discussão sob exame.

2. *A irresignação deve ser conhecida no tocante à eventual violação do art. 472 do CPC*, dado o debate desta temática perante as instâncias ordinárias, concluindo-se que a coisa julgada material que envolve o progenitor da ora recorrente acarretaria a esta última a impossibilidade jurídica de seu pedido de investigação de relação avoenga.

Assim, existiu prequestionamento da controvérsia pertinente à existência da coisa julgada e correspondente impossibilidade jurídica do pedido, restando viável o exame do mérito da insurgência.

Efetivamente, a norma do art. 472 do CPC não permite a extensão dos efeitos da coisa julgada a quem não participou da relação processual, sendo incontroverso que a recorrida não integrara as demandas promovidas por seu genitor. Ademais, recente precedente da Suprema Corte afastou a existência de coisa julgada material nos casos em que não era disponível aos litigantes a realização de exame de DNA, permitindo a relativização de sentença de improcedência por ausência de prova, dada a prevalência do direito fundamental à identidade genética em detrimento da segurança jurídica (STF - Informativo n. 622-STF. RE n. 363.889-DF. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2.6.2011, acórdão pendente de publicação em 23.11.2011).

Logo, tanto por um, como por outro fundamento, não se poderia reconhecer a existência de coisa julgada em relação ao genitor da ora recorrente, para, a partir dessa premissa, estender seus efeitos à última.

Contudo, aplicando-se o direito à espécie, conforme adiante se explicará, merece ser mantida a conclusão da Corte de origem quanto à impossibilidade jurídica do pedido, acrescentando, ainda, o óbice da ilegitimidade ativa *ad causam* da neta investigar relação de ascendência avoenga, enquanto em vida o pai, cujo nome limita a ancestralidade em seus registros de nascimento, por ausentes aqueles dos avós paternos (Súmula n. 456-STF – O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário julgará a causa, aplicando o direito à espécie).

3. É preciso posicionar a controvérsia em julgamento em relação aos precedentes desta Corte que examinaram temas conexos ao ora em foco.

Para esse fim, destaca-se que o entendimento construído no julgado da Segunda Seção desta Corte, ao apreciar o REsp n. 807.849-RJ, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, não se constitui em precedente ante o caso em foco, porque:

a) o precedente aludido tratou de ação de investigação de relação avoenga, aforada pelo neto quando seu pai já era falecido, e no presente caso o progenitor da proponente é vivo;

b) o pai do autor da investigação avoenga, não havia, em vida, promovido ação para o reconhecimento do seu parentesco ascendente, e, na hipótese em foco, o genitor da requerente/recorrente já movera quatro demandas antecedentes, todas com trânsito em julgado, nas quais desde a primeira não se reconheceu a filiação;

c) a própria composição da Segunda Seção, quando realizado o julgamento, modificou-se radicalmente, figurando ainda como seus membros apenas três (3) julgadores, dos quais apenas dois (2) votaram no sentido da relatoria, enquanto o outro restou vencido.

De sua vez, o contexto fático da presente insurgência autoriza estabelecer as seguintes premissas lógicas:

a) ainda vivem o pai da requerente e o seu pretense avô, requerido desta ação;

b) o pai da recorrente já promoveu, em nome próprio, quatro ações voltadas ao reconhecimento de paternidade, ante o aqui acionado, lides julgadas improcedentes, com apreciação do mérito e sentenças trânsitas em julgado, embora não se tenha realizado o exame de DNA;

c) em face disso, suscitando direito próprio, busca a neta realizar exame de DNA, por meio de ação de produção antecipada de prova, com o qual pretende instruir futura ação declaratória de relação de parentesco contra o recorrido/pretense avô.

Portanto, os tópicos abaixo alinhados, que serão adiante desenvolvidos, buscam aludir à ilegitimidade ativa *ad causam* e à impossibilidade jurídica do pedido, sintetizando os fundamentos para o reconhecimento de referidas condições da presente cautelar de produção antecipada de provas:

a) o caso concreto se diferencia dos precedentes em que o STJ reconheceu o direito próprio e personalíssimo do neto buscar o reconhecimento de relação avoenga, pois neles o genitor do investigante era pré-morto e não havia exercido demanda de reconhecimento em vida, não existindo julgamentos paradigmas da Corte estabelecendo *legitimidade concorrente* entre pai vivo e seus descendentes para ajuizar ação investigatória de parentesco contra o pretense avô, admitida apenas, portanto, a *legitimação sucessiva* (*Distinguishing*);

b) não há razoabilidade (ou proporcionalidade), na hipótese em apreço, de conferir caráter absoluto ao direito à identidade genética, para com base nele, afastar a norma restritiva do art. 1.606, do CC, porque o princípio da dignidade da pessoa humana tanto informa o direito individual de buscar a verdade biológica, mediante investigação de sua origem/identidade genética, como também a preservação da intimidade e privacidade nas relações de parentesco das demais pessoas, a observação ao princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações de família;

c) no âmbito das relações de parentesco não decorrentes da adoção, o exercício do direito de investigação da identidade genética, para fins de

constituição de parentesco é limitado, sim, pelo disposto no art. 1.606, do Código Civil, o qual restringiu o universo *de quem* (a geração mais próxima viva) e *quando* pode ser postulada declaração judicial de filiação (não haver anterior deliberação a respeito);

d) o julgamento de improcedência de demanda investigatória de paternidade proposta pelo legitimado direto (pai da recorrente - geração imediata ao investigado), acarreta a impossibilidade jurídica de outros descendentes mais remotos postularem mesma providência, por incidência do art. 1.606, parágrafo único, do CC combinado com o art. 267, VI, do CPC, ao menos enquanto vivo o legitimado originário, evitando figure o investigado em um sem número de lides, quando a ação proposta pelo pretense descendente mais próximo determina a verdade da origem biológica e correspondente parentesco, entre todos os descendentes, consistindo esse entendimento providência mais adequada à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais em tensão, respectivamente, identidade genética de descendentes remotos e privacidade e intimidade do investigado e das próprias gerações mais imediatas;

e) o pai da recorrente ainda detém a possibilidade de relativizar os provimentos jurisdicionais que não o reconheceram como filho do ora recorrido, vez que suas ações restaram improcedentes sem a realização do exame de DNA, e, segundo o entendimento mais recente da Suprema Corte, pode ser reinaugurada essa discussão, exatamente nos casos em que nos julgados de improcedência anteriores não foi efetuado o exame do DNA (Informativo n. 622 – RE n. 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação – em 23.11.2011).

Passa-se à exposição:

4. *Em sede de precedentes do STJ o ineditismo da matéria é evidente*, pois todos os casos em que esta Corte analisou a legitimidade de o neto postular o reconhecimento de relação avoenga, o pai desse pretense descendente era pré-morto, e além disso, jamais ocorrera hipótese em que se admitiu o trâmite de ação investigatória avoenga quando o pai do autor desta aludida lide, por sua vez, já houvera exercido ação própria, contra seu genitor, e pretense avô do atual acionante, com sentença de mérito pela improcedência da lide já prolatada e transitada em julgado.

Nenhum precedente desta Casa reconhece a *legitimidade concorrente* entre gerações mais próximas e remotas para postular a constituição de parentesco contra um mesmo investigado, admitindo *apenas a legitimidade sucessiva*, desde que o ascendente mais próximo do investigante seja pré-falecido.

Esclareça-se que são absolutamente diferentes os precedentes nos quais se admitiu legitimidade própria de o neto postular declaração judicial de relação avoenga, independentemente da iniciativa, em vida, de seu pai, pois naquelas hipóteses alegava-se que o pai dos investigantes, enquanto vivo, nunca vislumbrara a necessidade de demandar em juízo para provar sua condição de filho, vivia e desfrutava desse estado, apenas surgindo esse interesse *depois de seu falecimento e do próprio investigado (pretense avô)*, isso porque os herdeiros passaram a negar os direitos sucessórios aos pretensos netos.

Assim, é importante reiterar: nos precedentes desta Corte sempre preponderou o signo da pré-morte do pai em todos os casos que se reconheceu aos netos a legitimidade para postular declaração judicial de relação avoenga, ou seja, em nenhuma oportunidade admitiu-se *legitimidade concorrente* entre gerações de graus diferentes (pais e netos) para requerer a constituição de parentesco, existindo, sim, uma *legitimidade sucessiva*, em que o direito personalíssimo das gerações mais remotas apenas exsurge após a extinção da geração imediatamente subsequente ao investigado avô, no caso, o pretense filho, pai da pretensa neta.

Nesse sentido, destaca-se dos julgamentos desta Corte a respeito do tema, o signo sempre presente da pré-morte do pai dos investigantes de relação avoenga:

Segunda Seção. REsp n. 807.849-RJ. Rel. Mina. Nancy Andrighi. Dje 6.8.2010.
- Direito Civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da pessoa humana. *Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido.* (...) - Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. *Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida*, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; (...) *O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade*, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que (...) justifica a pretensão de que seja declarada a relação avoenga (...) (grifou-se).

AR n. 336-RS. Rel. Min. Aldir Passarinho Jr. Revisor: Jorge Scartezzini. DJ 24.4.2006.
Civil e Processual. Ação rescisória. Carência afastada. Direito de Família. Ação declaratória de reconhecimento de relação avoenga e petição de herança. *Possibilidade jurídica.* CC de 1916, art. 363. (...) II. Legítima a pretensão dos netos em obter, mediante ação declaratória, o reconhecimento de relação avoenga

e petição de herança, *se já então falecido seu pai*, que em vida não vindicava a investigação sobre a sua origem paterna.

Terceira Turma. AgRg no Ag n. 1.319.333-MG. Min. Della Giustina. Dje 14.2.2011: Agravo regimental. Agravo de instrumento. Direito de Família. Relação avoenga. Reconhecimento judicial. Possibilidade jurídica do pedido. Legitimidade ativa dos netos. Pai já falecido. Recurso desprovido. (...) 3. A Segunda Seção desta Corte Superior consagrou o entendimento de que é juridicamente possível e legítima a ação ajuizada pelos netos, em face do suposto avô, com a pretensão de que seja declarada relação avoenga, se já falecido o pai dos primeiros, que em vida não pleiteou a investigação de sua origem paterna.

Terceira Turma. REsp n. 604.154-RS. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 1º.7.2005; REsp n. 603.885-RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 11.4.2005; e REsp n. 269-RS. Rel. Min. Waldemar Zveiter. DJ 7.5.1990, nos quais os votos vencedores enfatizam que o pai dos proponentes da demanda, os pretensos netos, ajuizaram a demanda quando seu genitor já era morto.

Logo, em reforço ao item n. 1, sublinha-se a inexistência de paradigma jurisprudencial apto a orientar o presente julgamento, ante seus aspectos particulares e específicos: (a) investigação avoenga com pai vivo; (b) trânsito em julgado com exame de mérito, de lide entre o pai e o avô da proponente, afastando a relação de paternidade entre aqueles dois.

5. O direito à identidade genética deve ser interpretado harmonicamente com aquele de filiação, assegurando-se a salvaguarda de seus núcleos essenciais.

No presente caso, o lastro da demanda é o direito fundamental e personalíssimo de pretensa neta investigar sua identidade genética, autorizando a postulação da realização de exame de DNA para posteriormente se valer dessa prova no bojo de ação dirigida à constituição de relação de parentesco (avoenga).

É imperioso esclarecer que o direito de buscar a identidade genética não acarreta, necessariamente, uma relação de parentesco, valendo registrar, a título de exceções: (a) adoção; (b) fecundação heteróloga; e, (c) paternidade socioafetiva.

A única regulamentação específica desse direito encontra-se no art. 48, da Lei n. 8.069/1990, segundo o qual a pessoa adotada pode ter acesso às informações de ascendência biológica, sem que isso implique na desconstituição do parentesco civil estabelecido com seus adotantes.

Não obstante a ausência de maior regulamentação, quando a pessoa não possui registro de ascendência em sua certidão de nascimento, o reconhecimento

do *vínculo* biológico implica, no caso *sub judice*, confessadamente, na constituição de parentesco, com repercussão na sucessão patrimonial, sendo este o caso dos autos, na medida em que a recorrente e seu genitor não possuem registro atinente ao seu pretense avô e pai, respectivamente, sendo que a investigante indica expressamente na inicial da produção antecipada de provas, que irá propor ação de investigação avoenga, não sendo meta apenas conhecer a sua origem biológica.

Nessa conjuntura, a questão controvertida que deve ser solucionada é se o art. 1.606 do CC e art. 27, da Lei n. 8.069/1990, ao regularem o direito de filiação, restringindo-o em relação a *quem e quando* se pode buscar seu reconhecimento, implicaria em uma limitação desproporcional ao direito à identidade biológica, a ensejar uma flexibilização de sua interpretação, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, tal como proposto pelo voto do eminente Relator originário.

Consta do art. 1.606 do CC:

A ação de prova de filiação compete ao filho, *enquanto viver*, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, *salvo se julgado extinto o processo*. (grifou-se).

No mesmo rumo, o disposto no art. 27, da Lei n. 8.069/1990, que prescreve:

O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça (grifou-se).

Mais um vez, necessário introduzir a argumentação com uma distinção. Nos primeiros precedentes que reconheceram a legitimidade própria dos netos postularem a declaração judicial de relação avoenga, esta Corte considerou uma situação deveras peculiar para fixar esse entendimento: o filho do investigado (pai dos pretensos netos), jamais teve interesse em promover a investigação de paternidade em vida, vez que já titularizava a posse de estado de filho, surgindo a necessidade de estabelecer formalmente aquele estado, mas apenas após a morte do progenitor dos pretensos netos.

Isso é, não era proporcionalmente legítimo que os filhos daquela pessoa que durante toda a sua vida sempre gozou de uma aparente relação de filiação (posse de estado de filho), ficassem ao desabrigo de direitos sucessórios ante o só fato

de seu pai *não ter, em vida*, manejado ação judicial voltada ao reconhecimento de uma situação de estado já titularizada no mundo dos fatos, mas não formalmente estabelecida no plano jurídico.

Recentemente, o precedente da Segunda Seção já citado, avançou no exame da matéria, constando do voto condutor que o direito ao reconhecimento da ancestralidade seria personalíssimo e de titularidade dos próprios netos, ressaltando-se em duas oportunidades, na própria ementa do julgado, o fato de *o pai dos investigantes ser falecido e não ter demandado em vida*, daí advindo um vácuo no tronco familiar dos netos a ensejar ação própria voltada ao reconhecimento de sua ascendência e correspondente parentesco.

Portanto, nos precedentes mais remotos e naqueles mais recentes, existiam especificidades que ensejaram o elastério da legitimidade em favor dos netos, flexibilizando a norma do art. 1.606 do CC (na época do julgamento tratava-se dos artigos 350 e 351 CC de 1916), *mas em todos os casos era pré-morto o genitor direto dos proponentes da investigação avoenga*.

De sua vez, na situação enfrentada no presente recurso, não cabe uma proporcional relativização da norma do art. 1.606, do CC, pois ausente razoabilidade para tanto, vez que o regramento do direito de parentalidade atribui à geração mais próxima, viva, legitimidade exclusiva para postular essa declaração judicial, afastando expressamente aquelas mais remotas (legitimidade sucessiva), vedadas, pois, em casos tais, a possibilidade jurídica e a *legitimatío ad causam* de o herdeiro mais remoto propor demanda voltada ao reconhecimento da sua ancestralidade (avoenga), com a agravante, na hipótese, da existência de provimento jurisdicional de mérito, transitado em julgado, ditando a inexistência de parentesco entre o pai da investigante e o pretense ancestral comum, o avô, agora mais uma vez acionado, em razão de fracassadas tentativas de reconhecimento de paternidade promovidas pelo genitor da autora contra o ora investigado.

No caso em exame é exatamente o princípio da proporcionalidade que não autoriza conferir um caráter absoluto ao direito de identidade genética para, com base nele, afastar a norma restritiva do art. 1.606, do CC, tendo em vista que o valor/princípio da dignidade da pessoa humana informa tanto o direito do indivíduo buscar sua verdade biológica, como também a segurança jurídica e a privacidade da intimidade nas relações de parentesco do investigado, exceto venha o legislador futuramente regular o tema de forma diferente.

Como já enfatizado, segundo o sistema infraconstitucional vigente, apenas o art. 48 da Lei n. 8.069/1990 estabelece o direito da pessoa adotada conhecer sua origem biológica, diferenciando o direito de identidade genética daquele de filiação.

Dessa forma, no âmbito das relações de parentesco não decorrentes da adoção, o exercício do direito de investigação da identidade genética para fins de constituição de parentesco é limitado pelo disposto no art. 1.606 do Código Civil, o qual restringiu o universo *de quem* (a geração mais próxima viva) e *quando* se pode postular a declaração judicial de filiação (inexistindo anterior processo em que já se deliberou a esse respeito, especialmente com exame de mérito).

Apenas uma flagrante ausência de razoabilidade dessa otimização legal ensejaria o afastamento da norma ou sua interpretação de forma mais larga, a permitir que quaisquer descendentes vivos, próximos ou remotos, uns independentemente dos outros, pudessem ajuizar autonomamente demandas voltadas ao reconhecimento de relação de parentesco.

Isso porque o direito de toda pessoa humana investigar sua identidade genética não deixa de ser salvaguardado em relação aos descendentes de uma geração mais próxima quando, para fins de constituição de parentesco, apenas a classe de grau mais imediato seja legitimada exclusiva para buscar essa verdade biológica de sua ascendência, vez que todo o tronco familiar derivado de um ascendente comum deve com ele partilhar o mesmo estado de origem biológica a título de parentalidade, sem prejuízo de que cada indivíduo investigue sua origem genética para fins de conhecimento próprio, à vista de sua saúde ou situação peculiar que enseja essa pretensão, o que, efetivamente, não é a situação ora em julgamento.

Não há base, sequer constitucional, para que existam duas verdades a respeito do parentesco de pessoas que pertencem a idêntico tronco familiar. Em outras palavras, se um determinado sujeito A é reconhecido judicialmente como não ascendente de B, os filhos deste último não podem *ser netos* do primeiro, mesmo que, por meio de exame informal de DNA se constate que geneticamente os últimos sejam descendentes do primeiro, justo que o parentesco das gerações mais próximas vincula a parentalidade dos mais remotos, ou seja, uma relação avoenga necessariamente deve derivar de uma relação de paternidade entre o pai e avô da pretensa neta.

De outro vértice, a tão-só existência de sentença de mérito, transitada em julgado, não reconhecendo a paternidade do pai da ora autora em relação ao investigado, por ausência de provas, ante a não realização do exame de DNA, ao menos no presente caso, igualmente não justifica alargar o rol dos legitimados para a propositura da ação de investigação de ancestralidade do art. 1.606 do

CC, vez que, conforme decisão do Suprema Corte (STF), em sede de recurso com repercussão geral (Informativo n. 622 – RE n. 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação - em 23.11.2011), o surgimento de novos meios técnico-científicos de provas, antes inexistentes ou indisponíveis às partes, e que são reputados de absoluta segurança, admite que o pai da autora ajuíze nova demanda voltada a discussão do mesmo tema.

Por esse prisma, a não flexibilização do art. 1.606, CC, constitui entendimento mais adequado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais em tensão, respectivamente, identidade genética de descendentes remotos e a privacidade e intimidade do investigado e das próprias gerações de classe mais imediata, além da segurança jurídica que envolve as relações de família e respectivo regime de parentesco, evitando-se o risco de sentenças contraditórias e transtornos irreversíveis ante o aforamento de múltiplas ações judiciais para o mesmo fim, por parte de um número muito maior de legitimados, então concorrentes.

A rigor, pois, a concentração da legitimidade da investigação da identidade genética de determinado tronco familiar na geração mais próxima, enquanto viva, tal qual regulado presentemente no art. 1.606 do CC, representa o mecanismo menos traumático à privacidade do investigado, segurança jurídica das relações de família, assegurando-se, ainda que de forma restritiva, o núcleo essencial do direito fundamental à busca da ancestralidade de qualquer ser humano.

Assim não fosse, restaria pouco razoável obrigar qualquer indivíduo vir a juízo revelar sua intimidade e expor sua vida privada para se defender de demanda dirigida ao reconhecimento de parentesco, como já dito, com consequências sócio familiares irreversíveis, não só apenas em relação a um determinado pretense filho, mas também, de todos os descendentes desse alegado parente de grau mais próximo, sujeitando-se a um sem número de demandas, com possibilidade de decisões incongruentes, presentes e futuras, nas quais um mesmo tronco de descendência, cada qual por si, poderia postular declaração judicial de parentalidade lastrado em um idêntico vínculo genético.

Não se pode olvidar a existência de um provimento jurisdicional reconhecendo que o pai da recorrente/investigante não é filho do investigado, ainda que por falta de provas e de três outros subsequentes, negando-lhe o direito de relativizar essa primeira deliberação, sendo inviável, enquanto em vida o progenitor da ora demandante, admitir que uma geração mais remota desconstitua aquela norma jurídica do caso concreto, decorrente da

autoridade da coisa julgada, sob o fundamento de buscar um direito próprio de personalidade, concernente à sua identidade genética, quando seu verdadeiro objetivo é estabelecer uma relação de parentesco de 2º grau com o investigado, infirmo, de forma oblíqua, a verdade legal a respeito do parentesco do pai da investigante e o presentemente investigado.

Logo, não há razão que justifique, ao menos na situação controvertida em julgamento, atribuir supremacia de razoabilidade ou proporcionalidade ao direito da proponente apurar sua origem genética para fins de reconhecimento formal de ascendência, quando há no sistema jurídico vigente regra instituindo para tanto ordem sucessiva de legitimação ativa, estando vivo o pai da autora, tendo ele movido várias ações contra o mesmo pretense ascendente comum, já existindo sentença examinando o mérito do pedido, transitada em julgado, negando a descendência.

Por tudo isso, com todas as vênias, ante esse confronto de evidências, ao menos no caso em mira, não há porque relativizar a ordem imposta pelo art. 1.606 do CC, quando esta regula a legitimidade e a possibilidade jurídica de pedido atinente ao reconhecimento de parentesco, conforme adiante ainda mais se justifica.

6. Da ilegitimidade ativa de neta, enquanto vivo seu pai, para deflagrar ação de investigação avoenga e da falta de razoabilidade, nessa hipótese, de fazer preponderar os consectários da verdade biológica em detrimento das limitações advindas do regime de normas do estado de filiação.

Diferentemente das hipóteses enfrentadas na Corte, no caso em apreço, o pretense *filho do ora acionado/recorrido permanece vivo* e já deflagrou demanda buscando o reconhecimento da paternidade, e restou nela *derrotado e em mais três outras contendas sucessivas*, havendo coisa julgada material ao menos em relação a ele, existindo, pois, declaração judicial de que não é filho do aqui recorrido.

A despeito disso tudo, a recorrente deduziu demanda preparatória voltada à produção de prova pericial de DNA, com a qual pretende futuramente instruir ação dirigida ao reconhecimento de relação avoenga.

A autora não está buscando apenas um puro direito de identidade genética, mas também o de parentalidade, tanto que a ação não é unicamente voltada à coleta de exame de DNA, a partir do qual já se permitiria inferir a verdade biológica da origem da recorrente, mas a demanda é, sim, preparatória de futura demanda investigatória, na qual se postulará direitos decorrentes do fato de ser descendente do investigado.

Nesse panorama, estando o pai da recorrente ainda vivo, não há como afastar o caso concreto do âmbito de abrangência do aludido art. 1.606, *caput* do CC, segundo o qual: “*A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz*” (grifou-se), bem como o disposto no art. 27, da Lei n. 8.069/1990, que prescreve: “*O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça*” (grifou-se).

Há apenas legitimidade sucessiva para gerações de grau de proximidade diferentes postularem o reconhecimento de parentesco, vez que os mais próximos afastam os mais remotos, enquanto vivos.

De outro vértice, admitida a concorrência de legitimidades entre os variados graus de descendentes, pode-se chegar à situação esdrúxula de que haja avô cujo neto descenda de pessoa que não esteja reconhecida como filho do primeiro, fragilizando o sistema do Código Civil relativo ao parentesco.

Além disso, a concorrência de legitimidades também potencializaria que os netos, ou mesmo um deles, sem o consentimento ou contrariamente à vontade do pai, ou de todos os outros integrantes de sua mesma classe de parentesco, deflagresse(m) ação diretamente contra o avô, ensejando, assim, a intranquilidade e a discórdia no seio da entidade familiar e social, sem se falar na celeuma criada ante os registros públicos e a possibilidade de sentenças cujas deliberações sejam conflitantes.

Não é diferente o entendimento quase unânime da doutrina a respeito do tema, valendo pinçar sobre a legitimidade exclusiva do filho, consagrada no art. 1.606 do CC, as seguintes lições doutrinárias:

*O exercício da ação, ou a legitimidade ad causam, constitui direito personalíssimo do filho, que não pode ser substituído por quem quer que seja. Significa dizer que não se pode, mediante ação judicial, atribuir compulsoriamente a paternidade ao filho contra sua vontade. (...) Os herdeiros não têm direito de iniciativa da ação. Seu direito é derivado, no sentido de apenas prosseguirem na ação iniciada pelo titular, salvo se não tiver sido extinta por qualquer dos motivos da legislação processual. São herdeiros os que integram a ordem de vocação hereditária, a saber, os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os parentes colaterais até o quarto grau (...). A qualificação de herdeiro não pode depender a ordem em que se enquadram, isto é, os parentes mais remotos apenas podem exercer o direito se faltarem os mais próximos, em cada linha (grifou-se) (LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 235-236 – valendo ressaltar que o autor adverte que o*

art. 1.606 do CC, sequer diria respeito à investigação de paternidade, que por ele seria demanda distinta daquela voltada à prova de filiação, onde o investigador já titulariza uma situação de fato, caracterizadora de uma posse de estado de filho).

A ação de investigação cabe, em princípio, exclusivamente ao filho. Se ele preferir não demandar o genitor ou genitora, está no seu direito. Os descendentes e demais parentes sucessíveis do filho, a despeito do interesse indireto no reconhecimento, não estão legitimados para a ação (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil. Família – sucessões**. 2. ed. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 174);

No mesmo sentido:

Por envolver direitos da personalidade, dos quais uma das características é ser personalíssimo, a transmissão do direito é excepcional, admitida apenas se a morte do interessado ocorrer quando for menor ou incapaz. Se maior e capaz é o interessado o único titular do direito, o único que poderá julgar da conveniência e oportunidade de propor ação de prova de filiação cuja finalidade é constituir a paternidade. *Se o titular do direito tem paternidade socioafetiva constituída a seu contato, com o reconhecimento do pleno alcance de seus objetivos, e, por isso, decidiu não desconstituí-la visando a constituição da paternidade biológica, os herdeiros não têm legitimidade para propor ação post mortem do interessado* (CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. Parte Especial: do direito de família. Arts. 1.591 a 1.710. Vol. 18. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 84-85).

A ação de investigação de paternidade é privativa do filho (...) O caráter personalíssimo do reconhecimento judicial é afirmado pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (...) Iniciada, porém, a ação pelo filho natural, e morto ele *pendente lite*, seus herdeiros podem com ela prosseguir, habilitando-se no respectivo processo, na forma prevista na lei processual e nos termos do art. 1.606 e parágrafo único do Código Civil de 2002 (Ressalva deste signatário: *há expressa ressalvada nos precedentes desta Corte admitindo a legitimidade própria dos netos, bem como em autores estrangeiros reconhecendo uma extensão da personalidade jurídica para além da morte, admitindo-se o prosseguimento de ação de investigação de paternidade já iniciadas pelo pretense pai da investigante*) (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Atualizada por Lucia Maria Teixeira Ferreira. 6. ed. Rio de Janeiro: Decálogo, 2006, p. 70-116-117-120).

A ação tendente a obter reconhecimento da filiação compete ao filho, por ser direito personalíssimo, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz (Cód. Civil de 2002, art. 1.606). Morto, porém, o filho, desde que a ação tenha sido por ele iniciada, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo (Cód. Civil, art. 1.606, parágrafo único (MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil. Direito de Família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 439).

A *legitimidade ativa* para o ajuizamento da ação de investigação de paternidade é do *filho*. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, por isso, a ação é privativa dele. (...) Em virtude do caráter personalíssimo da ação, em princípio nem aos netos se reconhece o direito de promovê-la, em caso de os pais falecerem sem ter tomado a iniciativa de investigar a sua ascendência biológica (*observa-se, expressa ressalva do autor, a respeito do entendimento desta Corte conferindo legitimidade própria aos netos, sem contudo, perfilhar esse entendimento*) (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. 6 vol. São Paulo: Saraiva, p. 351-353-355).

Qualquer que seja a situação da filiação, o filho terá legitimidade para buscar sua certeza, por via judicial (art. 1.606). Da mesma forma, repete-se a regra de que, se a ação foi iniciada pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo (art. 1.606, parágrafo único) (...) a legitimação para essa ação personalíssima é do filho. (...) se o indigitado filho morreu capaz, sem propor a referida ação, ninguém mais poderá fazê-lo (...) Se o filho tiver iniciado a ação, falecendo ele em seu curso poderão os herdeiros continuá-la, se não tiver sido julgado extinto o processo (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 249-250).

Diante dessa conjuntura legal e doutrinária, não parece haver dúvida que as relações de parentesco estabelecidas no Código Civil são escalonadas e lineares (CC, arts. 1.591-1.594), inexistindo regulamentação legislativa para o reconhecimento de filiações interpostas (*per saltum*), em que ancestrais possam ser reconhecidos parentes de descendentes mais remotos, por conta da verdade biológica, sem que os mais próximos o desejem ou postulem essa pretensão, ou mesmo, como no caso, quando já existe um provimento jurisdicional ditando que o pai da recorrente não é filho do recorrido/investigado.

Apenas uma pode ser a conclusão: a parentalidade dos ascendentes/descendentes imediatos vincula as gerações mais remotas, assegurando-se unidade e prevenindo conflitos em relações familiares que justamente devem ser marcadas pelos signos da paz, tranquilidade e segurança.

Logo, por expressa disposição legal – CC, art. 1.606, *caput*, a legitimação para investigação de relação avoenga é sucessiva e não concorrente. Enquanto vivo o pretense descendente imediato e mais próximo do investigado, os demais, de gerações mais remotas, não detém legitimidade de postular o reconhecimento de parentesco, ou mesmo, no presente caso, de constituir prova para o fim de instruir demanda voltada, ainda que indiretamente, à relativização da coisa julgada em que se reconheceu a inexistência de parentesco entre o ora investigado/recorrido e o pai da recorrente.

Gize-se, que essa exegese não pretende esvaziar ou vedar o direito de toda pessoa conhecer a sua origem genética, inerente ao valor fundamental da dignidade da pessoa humana e direito à identidade (CRFB/art. 1º, III; art. 5º, X; CC, arts. 16-17; Lei n. 8.069/1990, art. 48).

Mas, é prudente frisar, esta demanda visa à produção antecipada de prova para ulterior constituição de parentesco consanguíneo, lastrado em descendência biológica e correspondente obtenção dos direitos materiais inerentes à condição de neta biológica, não almejada a simples busca da identidade genética por questão de saúde, ou coisa que o valha (por analogia, Lei n. 8.069/1990, art. 48), situação em que a norma do art. 1.606 do CC poderia ceder para permitir que os netos demandem o avô, enquanto ainda em vida o pai dos últimos, restringindo a pretensão à obtenção da verdade genética (aliás, sequer aplicável a norma referida no caso desta modalidade de pretensão) (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética**: uma distinção necessária. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves (Coor). Temas atuais de direito e processo de família. Primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 340-341; SÁ, Maria de Fátima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 64; VILLELA, João Baptista. **O modelo constitucional da filiação**: verdades e superstições. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n.1, abr/jun, 1999, p. 141).

Há, então, uma concorrência de igual hierarquia constitucional entre o direito de identidade genética e as normas do direito de filiação, com a agravante de que o último se encontra exaustivamente regulamentado, enquanto que o primeiro, ao menos por ora, é reconhecido por doutrina e jurisprudência, porém carente de definição de seus contornos precisos, uma vez existente apenas um dispositivo legal que o consagra, especificamente, o art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente, restringindo-se aos casos de adoção.

E nem se fale em necessidade de protagonismo judicial, pois o legislador, legitimado para tanto pelo eleitor, na recém reforma do Código Civil, não pretendeu modificar essa escala sucessiva de legitimação para o exercício do direito ora em foco.

Com efeito, o direito à identidade genética não pode deter irrestrita autonomia, ou mesmo, absoluta aplicação, para derruir a estrutura normativa do estado de filiação, valendo destacar que, acaso o legislador venha algum dia a positivar no direito ordinário a tutela da verdade biológica, deverá fazê-lo de modo harmônico com o que está estatuído em relação ao regime de parentesco,

pois, insiste-se, ambos detêm mesma fonte constitucional, encontrando-se em igual hierarquia, motivo pelo qual devem conviver e não se sobrepor.

Afastar as normas atinentes ao estado de filiação em vigor, para que prevaleça o direito à identidade genética, sequer regulado infraconstitucionalmente, indispensável seria que a norma prevista no Código Civil, que restringe a legitimidade para ajuizamento da ação de investigação de relação de parentesco, fosse alterada pelo legislador ou desprovida de razoabilidade ou proporcionalidade.

Não é o que ocorre, entretanto.

Com efeito, a limitação da legitimidade para postulação de reconhecimento de parentesco, positivada no art. 1.606 do Código Civil, é plenamente adequada, observado o vetor interpretativo derivado do princípio constitucional da razoabilidade, o qual permite a ponderação entre direitos fundamentais sob tensão, quando exista concorrência aparentemente colidente com outros de igual porte (direito de identidade genética x direito de filiação).

A uma, porque a iniciativa isolada da neta, com descendência mais remota, não pode interferir ou modificar a situação jurídica de seu ascendente direto, enquanto este se encontra vivo, pois não há dúvida de que o reconhecimento de uma relação de parentesco em favor de um parente de 2º grau, implica, necessariamente, no reconhecimento dessa mesma relação de estado com a classe de 1º grau que a antecede, o que pode significar constrangimento ou violação ao direito de intimidade do último.

É dizer, pode-se afirmar com absoluta certeza, atualmente, que o pai da ora recorrente não se tenha conformado e aceitado o resultado de improcedência das múltiplas ações que ajuizou? Seria lícito, então, que sua filha o forçasse a, embora indiretamente, voltar a uma discussão judicial sobre seu estado de filiação? Mesmo que aqui se admita indícios de que o genitor da recorrente evidenciava esse interesse no passado, dado o ajuizamento de quatro (4) demandas voltadas a esse desiderato, não há como presumir que ainda persista essa intenção, dada a total ausência de informação a respeito de seu real interesse em presentemente constituir aludido parentesco.

E, mais, admitida a concorrência de legitimidades, estariam os netos, bisnetos, tataranetos livres para, sem consentimento ou contrariamente à vontade de seus pais, devassar a vida íntima destes, expondo-os a um sem número de controvérsias judiciais, dada a legitimidade autônoma de cada qual, o que, por consequência, implica no ônus do investigado também necessitar vir

a Juízo para responder a cada uma dessas pretensões, discutindo sua intimidade, com sérios reflexos em sua vida privada, dada invariável repercussão que uma discussão judicial de questões familiares implica nas relações pessoais do investigado.

Vislumbra-se a possibilidade do exercício, sim, da pretensão de busca da identidade genética, independentemente da iniciativa das gerações mais próximas, enquanto ainda vivas, quando esse desiderato não estiver vinculado ao propósito de declarar e reconhecer o parentesco, apenas admitida tal hipótese para alcançar-se o conhecimento da verdade biológica, consoante interpretação analógica do art. 48, da Lei n. 8.069/1990, ante a necessidade absoluta de adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida, e elucidar impedimentos matrimoniais, ou mesmo biológicos.

Esse direito – da pura busca da identidade genética de cada indivíduo – não almeja relação de família para ser tutelado, porque não vindica reconhecimento de parentesco, nada obstando seu exercício para apurar a descendência biológica, lastradas, aquelas pretensões, no princípio da dignidade humana e em fatores de saúde, sem fins sequer declaratórios (Lobo, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária.** In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord). *Temas Atuais de Direito e Processo de Família.* Primeira Série. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2004, p. 340-341).

Ocorre que esse não é o caso dos autos, pois a exordial do procedimento cautelar vinculou a pretensão de produção antecipada de prova a posterior demanda principal voltada à constituição de parentesco.

Logo, não há como sequer admitir que o Tribunal *a quo* agiu em *error in procedendo* quando reconheceu a impossibilidade jurídica do pedido, sem oportunizar à requerente a emenda da petição inicial, a fim de adequar sua pretensão ao simples conhecimento de sua ascendência biológica, sem interesse ulterior à constituição de parentesco.

Isso porque, quando a promovente da medida assecuratória indica a ação principal que almeja instruir com a prova antecipada, necessariamente vincula a utilidade de sua produção à lide subordinante, direcionando o exercício do direito de defesa do requerido, conforme a ação principal que será ajuizada.

Assim, inexistindo indícios de que a recorrente pudesse tão-somente desejar conhecer sua ascendência genética, não havia justa causa para que o Juízo singular facultasse uma emenda da exordial, mormente quando todos os arrazoados recursais em que a insurgente hostilizou a extinção liminar do

processo, sempre aludiu ao direito de realizar o exame de DNA com a finalidade precípua de constituir uma relação de parentesco com o investigado.

Dessa forma, sendo a recorrente parte ilegítima para a demanda subordinante, - investigação de relação avoenga enquanto seu pai ainda vive -, também não titulariza essa mesma legitimidade para a cautelar acessória de produção antecipada de prova.

A duas, ainda que se entenda beneficie à recorrente a lógica fundada no princípio da proporcionalidade, não há descurar que também o ascendente mais remoto (investigado) merece proteção jurídica, mormente quando já se logrou vencedor em quatro ações anteriores a respeito de semelhante litígio.

A respeito do caráter não absoluto do direito à identidade genética, colho da doutrina lição pertinente:

O direito ao conhecimento das origens genéticas pode ainda ser convocado com o sentido de garantir o direito de todo indivíduo à obtenção junto dos respectivos progenitores da informação genética indispensável para efeitos de cuidados de saúde.

O conteúdo desse direito deve ainda fundamentar um princípio geral de admissibilidade de recurso à via judicial com a finalidade de obtenção de informação necessária à identificação dos progenitores biológicos, reconhecendo-se a legitimidade de utilização de uma “ação de informação pessoal” que permita a sua efectivação.

Porém, convém ter presente que, não sendo o direito ao conhecimento das origens genéticas um direito absoluto, deve admitir-se o confronto de cada uma das respectivas dimensões com outros interesses ou valores conflitantes, impondo-se a consideração de intervenções legislativas destinadas a restringi-lo ou a harmonizá-lo com esses outros interesses ou valores. Uma vez que, nesse conflito, a situação mais plausível será encontrar direitos fundamentais de realização hetero-excludente (pense-se no confronto entre o *direito ao conhecimento das origens genéticas* e um concorrente *direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar*), com grande probabilidade, uma intervenção legislativa com intenção harmonizadora traduzir-se-á, no momento da sua aplicação, numa solução restritiva de um dos direitos em conflito, pelo que também nesses casos terão que ser proactivamente observadas as regras constitucionalmente reguladoras das restrições legais em matéria de direitos fundamentais (grifou-se) (REIS, Rafael Vale e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas, o estabelecimento da filiação e a solução do anonimato do dador – o caso português.** In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Revista autônoma de direito privado. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 237).

Em suma, na ponderação entre direitos constitucionais de igual hierarquia (estado de filiação e direito à identidade genética), tem-se que, neste caso concreto, deve prevalecer o regulamentado pelo legislador ordinário, pois não há razoabilidade em se admitir a quebra da norma prevista no art. 1.606 do Código Civil, quando ainda vivo descendente de grau mais próximo ao investigado, especialmente porque, o pai da recorrente, a qualquer tempo, pode inaugurar discussão judicial a respeito da efetiva existência da relação de parentesco e relativizar a coisa julgada até então existente contra ele.

Nem se diga aqui que o fato de a ação anterior proposta pelo pai da recorrente, por ter sido julgada improcedente sem realização de exame de DNA, configuraria situação excepcional a ensejar a admissão da quebra da regra expressa do art. 1.606 do Código Civil.

Remanesce, ainda, ao pai da recorrente – pretense descendente imediato do investigado - buscar as medidas judiciais cabíveis para flexibilizar aquele primeiro julgado, mormente em vista do mais recente posicionamento do STF sobre o assunto (Informativo n. 622 - RE n. 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação em 23.11.2011), que admitiu exatamente a relativização de coisa julgada firmada nos parâmetros aqui discutidos.

Por tudo isso, há de se aplicar o art. 1.606 do CC ao caso concreto, reconhecendo a ilegitimidade ativa da neta para ajuizar ação de produção antecipada de provas em detrimento de seu avô, por se encontrar vivo o único a quem a lei autoriza deflagrar essa demanda, ausente legitimação concorrente entre as classes diferentes de descendentes, mas sim apenas sucessiva e a partir da extinção da geração mais próxima do investigado.

7. Da impossibilidade jurídica do pedido, dada a existência de provimento de improcedência não reconhecendo o pai da investigante como filho do ora investigado.

O pedido, ademais, também é juridicamente impossível, havendo, sim, expressa proibição legal à sua dedução, conforme se retira do art. 1.606, parágrafo único do CC.

O dispositivo veda a propositura de nova demanda, ou a sua continuidade, voltada ao reconhecimento de filiação/parentesco, quando já houver sido extinto o processo anterior, especialmente com julgamento de improcedência e transitada em julgado, pois haverá de colher a todos os demais interessados descendentes diretos do investigante sucumbente de modo uniforme, vez que as relações de parentesco mais remotas derivam das mais próximas.

Com efeito, existindo julgamento de improcedência a respeito da relação de parentesco entre o pai da ora recorrente (investigante de relação avoenga) e o pretense investigado, incide a parte final da norma do parágrafo único do art. 1.606 do CC, segundo à qual: “*Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo*” (grifou-se).

O só fato das demandas ajuizadas pelo pai da recorrente terem sido julgadas improcedentes, sem prova cabal da inexistência de descendência biológica, não afastam a aplicação do dispositivo, pois os descendentes mais remotos não estão autorizados a promover ação própria voltada ao reconhecimento do parentesco quando, em anterior processo, ascendente imediato e integrante de geração mais próxima restou reconhecido como não parente do investigado.

A rigor, cumprirá ao pai da ora recorrente (pretensa neta/recorrente) promover a relativização da coisa julgada até hoje existente, doravante ancorado no último entendimento do augusto STF a respeito da matéria, ou mesmo, acaso venha a falecer, aos seus descendentes imediatos, por conta de legitimação sucessiva.

Sobre o tema, consigna-se da doutrina:

O parágrafo único moderniza a linguagem processual, mas ainda assim poderia ser mais completo, pois não diferencia quais hipóteses de extinção do processo sem julgamento de mérito que impedem a continuidade da ação pelos herdeiros. O Código de 1916 previa apenas dois casos para que a ação pudesse ser continuada pelos herdeiros, quando iniciada pelo filho: não ter havido desistência da ação ou perempção de instância.

O Código atual admite a continuidade da ação pelos herdeiros, com hipóteses aparentemente mais amplas para excepcionar essa possibilidade.

Parece-me que essa continuidade é vedada se houver extinção com julgamento de mérito, nos termos do art. 269 do Código de Processo Civil, operando-se a coisa julgada; anota-se não se aplicarem os incisos III e V, que versam sobre transação e renúncia, por se tratar de direitos indisponíveis (grifou-se) (CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. Parte Especial: do direito de família. Arts. 1.591 a 1.710. Vol. 18. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 85).

É bem verdade que a doutrina colacionada trata do fenômeno da coisa julgada, o qual se restringe às partes do processo em que discutiu a relação de parentesco atinente à paternidade. Contudo, a interpretação lógica do dispositivo implica no reconhecimento de impossibilidade jurídica dos descendentes do investigante sucumbente promoverem idêntica pretensão contra o investigado,

fragilizando um sistema originalmente construído para salvaguardar a segurança jurídica nas relações de família.

Este argumento é pertinente e verdadeiro a ponto de o próprio eminente Ministro Raul Araújo, relator originário, durante os debates, admitir que, acaso houvesse um julgamento de improcedência lastrado em prova conclusiva – exame de DNA, então sim a situação seria diferente, pois haveria uma declaração judicial de “que fulano não é filho” (nota taquigráfica – fl. 129), o que, por dedução consequencial implicaria em óbice a que seus descendentes (do não filho) pudessem ajuizar demanda própria voltada à desconstituição desse provimento jurisdicional.

Segundo essa rota de argumentação, há vedação aos descendentes formularem pedido para desconstituir anterior provimento jurisdicional no qual, com base em exame de DNA, não se reconheceu o pai dos investigantes como filho de determinado investigado (ou se afirmou o parentesco), de modo que também será inviável admitir que essas mesmas gerações mais remotas possam vir a Juízo postular a desconsideração de sentença na qual igualmente não se constituiu uma determinada paternidade, ainda que por falta de provas.

A ausência de prova consistente em exame de DNA simplesmente autoriza o próprio prejudicado, pela improcedência, relativizar o julgado que é contrário a seu interesse, e, a partir de sua morte, seus herdeiros requererem essa providência, existindo expressa vedação legal a outros descendentes o fazerem quando há um provimento jurisdicional de improcedência (CC, art. 1.606, § único).

Frente a esse contexto fático peculiar, existe razão suficiente para um tratamento diferenciado da questão pertinente à possibilidade jurídica do pedido de neta (descendente mais remota) postular o reconhecimento de relação de parentesco com base na verdade genética, quando já exista provimento jurisdicional declarando a inexistência desse vínculo entre seu pai e o investigado, ainda que por insuficiência de provas, não servindo como paradigmas os precedentes da Corte que reconhecem tal viabilidade.

É imprescindível repisar que nos precedentes inauguradores do entendimento que admitiu a investigação de relação avoenga independentemente da iniciativa do descendente em primeiro grau (pai dos pretensos netos), este não ajuizara pedido de reconhecimento de filiação em vida porque não vislumbrava tal necessidade, uma vez que era reconhecido e tratado como tal (desfrutava da posse de estado de filho).

Apenas com seu falecimento e do próprio avô-investigado, os descendentes registrados passaram a negar os direitos hereditários dos descendentes do pretense filho não registrado e que não ajuizara a ação voltada ao reconhecimento da filiação (*Terceira Turma* – REsp n. 604.154-RS. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 1º.7.2005; REsp n. 603.885-RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 11.4.2005; e REsp n. 269-RS. Rel. Min. Waldemar Zveiter. DJ 7.5.1990).

Ou seja, até por incidência do princípio da proporcionalidade, não haveria como negar o direito hereditário a pessoas que sempre foram considerados como filho/netos do próprio investigado. Assim, para admissão da ação de investigação de relação avoenga, bastou a simples prova de que seu pai (filho do investigado) teria interesse próprio de reconhecer em Juízo sua relação de paternidade com o pretense avô, acaso em vida houvesse experimentado os empecilhos de reconhecimento e sonegação de direitos surgidos somente após sua morte e de seu ascendente imediato (NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Direito de Família. Vol. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 296).

Também não serve como precedente, pois sequer houve enfrentamento do mérito da questão, a hipótese ventilada no AgRg no Ag n. 1.319.333-MG – Rel. Min. Vasco Della Giustina. Dje 14.2.2001) na qual os netos, diretamente, mas com pais falecidos, alegaram que pretendiam, em investigação avoenga, apenas substituir os avós já constantes dos registros civis, por outros em função da prevalência da descendência genética.

Assim, os precedentes até então existentes, nos quais se reconheceu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de relação avoenga, não servem de paradigma ao caso em tela, pois não se enfrentou a existência de uma demanda investigatória de paternidade julgada improcedente contra o pai da proponente da demanda (pretensa neta), enquanto eventual reconhecimento do investigado como avô da ora recorrente, com base em vínculo genético, implicaria em infirmar o provimento jurisdicional de improcedência já transitado em julgado.

Assim, há de se salvaguardar tanto a dignidade do pretense neto, admitida a busca de sua ancestralidade, quanto à do investigado, ante as consequências que atingem sua intimidade, seu direito à privacidade, suas relações sociais, sua sujeição a um sem número de demandas judiciais, movidas por um indefinido contingente de possíveis pretendentes, não olvidada a existência de balizas

acerca de quem e quando se pode vir a Juízo buscar o reconhecimento da filiação, vedado tal intento se já há provimento judicial a seu respeito, limites de magnitude recíproca ao direito individual de reconhecimento da relação de parentesco.

Sem embargo, presentemente, nosso sistema normativo veda a possibilidade de existirem duas verdades a respeito de uma mesma relação de parentesco, sendo inconciliável uma sentença reconhecendo que o pai da recorrente não seja filho do investigado, enquanto esta possa, em tese, ser declarada como neta.

Dessa forma, à vista de exposto proibitivo legal à deflagração de demanda destina à investigação de ascendência por herdeiros quando já existente coisa julgada a respeito da matéria em relação ao sucedido (CC, art. 1.606, § único), tem-se como juridicamente impossível o pedido da recorrente, sem prejuízo de seu genitor, ou acaso este venha falecer, a geração viva que o suceder, relativizarem o provimento jurisdicional então existente a respeito de sua ascendência.

Do exposto, o recurso deve ser conhecido parcialmente e, nessa extensão, desprovido.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, peço vênias aos eminentes Ministros *Raul Araújo* e *Maria Isabel Gallotti* para acompanhar o entendimento divergente. Realmente, não se pode desconhecer a circunstância de o pai da recorrente, pelo menos por ocasião do ajuizamento da ação, estar vivo e também a circunstância de existirem decisões judiciais, com trânsito em julgado, de improcedência nas ações ajuizadas pelo pai da recorrente. A meu ver, trata-se de questões prejudiciais ao reconhecimento da relação avoenga de que trata este recurso especial.

Há, também, outro aspecto: a Ministra *Maria Isabel Gallotti* chamou a atenção para a existência do *periculum in mora*, mas, por outro lado, não vejo aqui a fumaça do bom direito, embora a jurisprudência e a doutrina mitiguem este requisito na cautelar de produção antecipada de prova. No caso, a ausência da fumaça do bom direito estaria caracterizada pelas mencionadas decisões judiciais de improcedência.

Por tudo isso, sei que o assunto é bastante instigante, peço vênias ao Relator para acompanhar a divergência.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, ouvi atentamente o brilhante voto do Sr. Ministro Raul Araújo, e, agora, o minucioso voto do Sr. Ministro Marco Buzzi, e compartilho de várias preocupações do voto de Sua Excelência e, também, de várias de suas premissas, especialmente, a de que o art. 1.606, do Código atual, na linha do que já dispunha o Código anterior, estabelece que a ação que pede o reconhecimento de filiação compete ao filho, e só passará a legitimidade ao neto caso o filho tenha falecido sem exercê-la, isso dentro de uma interpretação já construtiva da jurisprudência do STJ, ainda sob a égide do Código de 1916.

A razão de ser desse dispositivo é que cabe ao filho saber se ele quer, ou não, ter aquele pai reconhecido como tal; se ele quer, ou não, buscar a paternidade daquele pai que não o reconheceu espontaneamente. Penso que essa ação da neta, na verdade, está contida dentro da ação do filho, porque é impossível ser neta do investigado, sem que o pai fosse filho do investigado.

Quanto ao pai, houve apenas uma coisa julgada, que é a da primeira sentença que julgou improcedente o pedido, mas sem a prova do DNA, a qual não foi possível na época.

No âmbito desta primeira ação, o autor (o suposto filho) fez tudo que podia. Após o trânsito em julgado da sentença, ajuizou a ação rescisória, que foi julgada improcedente; depois, ele entrou com uma ação cautelar de produção de prova, para fazer o teste de DNA, que foi rejeitada; depois, ele propôs uma nova ação de investigação de paternidade, que foi extinta em face da coisa julgada da primeira. E, nesse caso, observo que essas outras decisões não fazem coisa julgada material, porque a decisão que extingue o processo em face da coisa julgada anterior faz coisa julgada apenas formal.

Há, portanto, peculiaridades excepcionalíssimas neste caso, ora em julgamento, dentro do presente contexto histórico. É um recurso especial antigo, bastante anterior ao *leading case* relatado no Supremo pelo Sr. Ministro Toffoli, que abriu a possibilidade de “relativização” da coisa julgada, apenas em situações excepcionais, para investigação da real paternidade biológica. E, portanto, na época em que foi ajuizada essa tentativa, pela neta, não havia nada mais que seu pai pudesse fazer para alcançar o tão perseguido reconhecimento de paternidade. Todas as portas estavam fechadas para ele. Era o panorama de fato e de direito, na época.

Hoje o plenário do Supremo Tribunal Federal entende que a ausência de exame de DNA é uma causa suficiente para relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade. Neste ponto, reitero que o motivo do art. 1.606 do Código Civil atual, e também do Código anterior, estabelecer que a legitimidade fosse apenas do filho, e não de outros parentes de grau mais remoto, era exatamente evitar que um neto pudesse, indiretamente, postular uma “paternidade para seu pai” que o seu próprio pai não quisera. Mas, neste caso, não há esse motivo, porque o pai deixou claríssimo, nas sucessivas ações por ele ajuizadas, de todos os meios possíveis, que ele pretendia ver reconhecido esse vínculo genético e que dele precisava, porque o fizera conjugado com o pedido de alimentos, o que leva a crer também que não seja uma pessoa de posses e que havia necessidade de alimentos; pelo menos foram postulados.

Então, diante de todos os insucessos do pai, insucessos estes sem DNA e anteriores ao precedente do pleno do Supremo, mas que tornam inequívoco que era vontade do pai obter esse reconhecimento de paternidade, eu observo, também, a peculiaridade de que agora estamos julgando apenas uma medida cautelar de produção antecipada de prova e que o próprio Tribunal de origem reconheceu que havia *periculum in mora*, dada a avançada idade do investigado.

Observo, por outro lado, que o voto muito bem elaborado do Ministro Marco Buzzi aventou a possibilidade de que essa autora possa a vir a ter interesse exclusivamente pessoal, distinto do de seu pai, em saber o seu vínculo genético por questões outras, como, por exemplo, relacionadas à saúde (no caso, questões de saúde sempre são urgentes e podem ser imprevisíveis) ou por questão de impedimentos matrimoniais ou de qualquer outra ordem, que seriam questões, a meu ver, compreendidas na pretensão mais ampla de reconhecimento dessa relação avoenga. Estas questões também ensejam o reconhecimento de que há um interesse jurídico dela de saber se realmente é neta do investigado.

E, também, na linha de jurisprudência do STJ, em caso de morte do pai dela, que já tentou quatro vezes obter esse reconhecimento de paternidade, ela teria uma inquestionável legitimidade ativa; ou seja, uma legitimidade que lhe é negada hoje em razão do princípio de que cabe ao pai a iniciativa. Se o pai morresse ela passaria a ter essa mesma legitimidade.

Portanto, não me parece, com a devida vênia, razoável que se venha a esperar o óbito do pai e o óbito do avô para obter essa possibilidade de exame de DNA. Isto considerando que o pai já a teve negada por quatro vezes. Eu penso, portanto, que, como regra, não deve ser admitido que a neta ou neto entre com uma ação de reconhecimento *per saltum*, passando por cima da vontade do pai.

Agora, nesse caso, dada a excepcionalíssima situação de que o pai tentou por quatro vezes, que o Supremo, muitos anos depois de interposto esse recurso especial, entendeu que havia possibilidade de relativizar a coisa julgada, e que nós estamos diante apenas de uma medida cautelar cujo laudo poderá servir a uma eventual ação também do pai em litisconsórcio com ela, ou só do pai, ou dela para pedir essas evidências genéticas para outras finalidades, penso que, nesse caso, tendo em vista o panorama de fato e de direito, as sucessivas tentativas do pai que evidenciam a sua vontade de esclarecer o vínculo genético, e a jurisprudência atual do Supremo, que a melhor solução para esse caso concreto é dar provimento ao recurso na forma proposta pelo Relator, para que se faça a prova postulada pela autora.

Então, com a devida vênia da divergência, acompanho voto o Relator, dadas as peculiaridades do caso, mas sem abrir um precedente para que netos de um modo geral entrem com ações *per saltum* passando por cima da vontade de seus pais.

RECURSO ESPECIAL N. 1.026.153-SP (2008/0020633-1)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Ford Motor Company Brasil Ltda.

Advogado: Bruno Yamaoka Poppi e outro(s)

Recorrido: Francisco Nivaldo Sunhiga

Advogado: Regina Maria Pereira Andreato e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização. Acidente automobilístico ocasionado por defeito no pneu do veículo.

Insurgência da fabricante - 1. Irresignação quanto à aplicação do art. 6º, VIII, do CDC apenas quando do julgamento de apelação cível. Tese de constituir-se a providência regra de procedimento e não de julgamento. Matéria irrelevante para deslinde da *quaestio*. Condenação

da recorrente lastrada na falta de comprovação de causa excludente de nexos de causalidade, ensejando sua responsabilidade objetiva por fato do produto. Inocuidade da “inversão” decretada na Corte de origem, visto que o próprio sistema normativo material atribui ao fornecedor o ônus de demonstrar o rompimento do nexo causal (art. 12, § 3º, do CDC). Impossibilidade, ademais, de reexaminar fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula n. 7-STJ. 2. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Ausência de cotejo analítico entre os julgados. Falta de similitude fática. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 6.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Tratam os autos de ação de indenização por ato ilícito c.c. perdas e danos proposta por Francisco Nivaldo Sunhiga em face de Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda. e Ford Motor Company do Brasil Ltda., em razão de acidente decorrente de estouro do pneu traseiro esquerdo do veículo Ford/Fiesta, ocorrido em data de 29.9.2000 na Rodovia Armando Viana Egreja, Km 7,35, Penápolis-SP.

Sentenciado o feito, o togado acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva da requerida Ford Motor Company Brasil Ltda., em razão de os pneus do veículo serem garantidos pela própria fabricante, e julgou improcedente a demanda em relação à Goodyear face a ausência de demonstração de culpa da fabricante.

Irresignado, apelou o autor, sustentando, em síntese a ocorrência de cerceamento de defesa em razão da falta de exame pericial complementar e de oitiva de testemunhas, bem como do julgamento contrário às provas dos autos.

O Tribunal de origem afastou a preliminar de cerceamento de defesa e reintegrou a empresa Ford Company ao pólo passivo da lide, sob a alegação de que “pode ter havido falha na montagem do produto, na colocação dos pneus Goodyear no veículo Ford, já que a perícia, nesse aspecto, mostrou-se inconclusiva”.

No mérito, aplicou as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, inverteu o ônus da prova e declarou a responsabilidade objetiva da fabricante do pneu e da montadora do automóvel, sustentando caber às empresas a prova da existência de excludentes de ilicitude. Julgou procedente a ação para condenar as demandadas ao pagamento da quantia de R\$ 7.445,80 (sete mil quatrocentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos), relativa ao conserto do automóvel, acrescido do valor de R\$ 2.250,00 (dois mil duzentos e cinquenta reais) a título de desvalorização do veículo avariado, corrigido desde o desembolso, com juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação até 11 de janeiro de 2003 e após no percentual de 1% ao mês, bem como em honorários sucumbenciais em 15% sobre o valor da condenação.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, recebeu a seguinte ementa:

Ônus da prova. Inversão. Hipossuficiência do recorrente. Responsabilidade objetiva em razão do risco da atividade desenvolvida. O instituto da responsabilidade não deve servir para garantir lucro a um pretense lesado. Deve reparar dano efetivamente sofrido. (*sic*) Mas não dano imaginado por alguma sensibilidade extraordinária. Recurso parcialmente provido.

Embargos de declaração opostos pela ré Ford Company rejeitados pelo acórdão de fls. 416-419.

Inconformada, a recorrente Ford Motor Company Brasil Ltda., interpôs recurso especial (fls. 423-440), com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, alegando, além de dissídio jurisprudencial, violação ao artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta que a aplicação da inversão probatória na fase decisória constitui afronta ao princípio da ampla defesa, porquanto a norma da inversão é regra de procedimento, que, no processo comum ordinário, deve ter incidência no

momento do despacho saneador, a fim de evitar surpresas e de dar ao réu a possibilidade de se defender amplamente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O recurso merece ser conhecido em parte e desprovido.

1. Inicialmente, o reclamo não ultrapassa a admissibilidade no tocante ao dissenso jurisprudencial.

Para a análise da admissibilidade do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, torna-se imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ). Nesse sentido, confira-se o AgRg no Ag n. 1.053.014-RN, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 7.8.2008, DJe 15.9.2008.

A não-realização do necessário cotejo analítico, bem como a não-apresentação adequada do dissídio jurisprudencial, não obstante a transcrição de ementas, impedem a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma, como é o caso dos autos.

Ressalta-se, no caso sob exame, a ausência de similitude fática entre a deliberação recorrida e os acórdãos alçados a paradigma, uma vez que a temática referente à responsabilidade objetiva do fornecedor do produto defeituoso, particularidade dos autos, não foi abordada pelos exemplos paradigmáticos.

Portanto, inexistente a demonstração do dissídio jurisprudencial, não se conhece do reclamo, no ponto.

2. Já no tocante à tese recursal de violação ao art. 6º, inciso VIII, do CDC, o recurso não merece provimento.

A responsabilidade civil da fornecedora desponta por não ter logrado fazer prova desconstitutiva do direito do autor (art. 333, II, do CPC), sendo inócua a alegação de impossibilidade de inversão do ônus probatório em favor do consumidor.

A questão objeto da demanda sequer perpassa a controvérsia acerca da inversão do ônus da prova, pois, uma vez constatada que a relação

jurídica estabelecida entre as partes é de natureza consumerista, aplica-se a responsabilidade objetiva do fornecedor de produto defeituoso, ficando à cargo do consumidor demonstrar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC) e, ao fornecedor o ônus de demonstrar a ocorrência de quaisquer das causas excludentes da responsabilidade (art. 12, § 3º, do CDC, c.c. 333, II, do CPC), independentemente do magistrado ter que dar um aviso, um sinal para que as partes se desincumbam de um ônus que a lei lhes atribui, inclusive segundo os termos da legislação comum.

No caso, o Tribunal local consignou:

A hipótese caracteriza típica relação de consumo. De um lado o consumidor, destinatário final do veículo e do pneu estourado, e de outro, o fabricante do produto supostamente defeituoso (Goodyear) e a empresa Ford, montadora e fornecedora do veículo acidentado, no qual o pneu atua como peça componente. [...]

O acidente noticiado na inicial e comprovado através do boletim de ocorrência de fls. 17-18 foi provavelmente causado em razão do defeito do pneu.

Tratava-se e veículo com baixa quilometragem (1.080 km), recém retirado da concessionária da Ford, não se podendo imaginar que, em uma viagem comum, em horário tranquilo, em pista em bom estado de conservação, sem irregularidades, pudesse estourar.

Tinha a Goodyear melhores condições de analisar seu produto e comprovar que foi colocado no mercado em perfeitas condições de uso.

No entanto, conforme documento de fls. 20, a empresa Goodyear se recusou a receber a mercadoria avariada, devolvendo o pneu ao proprietário, sem qualquer resposta.

Apenas anexou aos autos o documento de fls. 139, elaborado pelo departamento jurídico da empresa em 22 de julho de 2002, esclarecendo que não havia qualquer anomalia no pneu do carro.

Não há neste processo, no entanto, provas de que a empresa Goodyear efetivamente realizou a análise do referido pneu. Ao contrário, como já apontado, a prova indica que o bem sequer foi aceito pela recorrida para o referido exame. [...]

A responsabilidade das empresas (fabricante de pneus e montadora do automóvel), no caso, é objetiva, em razão do risco da atividade desenvolvida. [...]

Desse modo, desnecessária a demonstração da culpa, uma vez que as empresas respondem, objetivamente, pelos prejuízos suportados, salvo, é claro, se existir alguma das hipóteses excludentes de responsabilidade. [...]

Nenhuma das excludentes de ilicitude acima apontadas vieram comprovadas nestes autos, livrando as recorridas da responsabilização.

Segundo informações do perito (fls. 185):

em média, a duração de um pneu é de 50.000 KM rodados, cabendo ressaltar que isso é muito subjetivo, pois inúmeras variáveis interferem na durabilidade dos pneus. Quanto à garantia pro defeito dos materiais que compõem o pneu, a empresa ré Goodyear do Brasil concede 5 anos de garantia.

Assim, parece estranho que o pneu do recorrente tenha durado apenas 1.080 km. Também causa estranheza o fato de a empresa recorrida ter se recusado a examinar pneu de sua própria fabricação, elaborando, mais tarde, via departamento jurídico, documento informando que o referido pneu foi avaliado, mas não se detectou qualquer defeito.

Cabia à recorrida Goodyear comprovar, através de laudo assinado por profissionais responsáveis, que houve análise técnica do referido produto.

As rés não cumpriram a missão processual de comprovar a existência de excludentes de responsabilidade. Ao contrário, a prova indica que agiram de forma desidiosa e despreocupada, deixando de receber o pneu e efetuar a necessária vistoria pro técnicos habilitados. [...]

Ficou clara a possibilidade de ter ocorrido defeito de fabricação ou montagem do referido pneu, sendo inevitável a responsabilização civil de ambas as empresas fornecedoras de produtos.

Logo, demonstrada a ocorrência do acidente em virtude de defeito do pneu, fato do produto, esgotou-se o ônus probatório do autor (art. 333, I, do CPC), sendo que, para desconstituir sua responsabilidade objetiva, cabia à fabricante demonstrar uma das causas excludentes do nexo causal, conforme disposto no art. 12, § 3º, do CDC.

Com efeito, a obrigatoriedade da prova de alguma das excludentes nos casos do artigo 12 do CDC decorre diretamente da lei, ou seja, a própria regra material impõe a inversão, isto é, determina que se presuma o defeito constatado o dano, passando ao fornecedor o dever de produzir a prova, nos termos do artigo 12, § 3º, do CDC:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso, vale relevar, tratar-se de responsabilidade pelo fato do produto que não ofereceu a segurança que dele legitimamente se esperava, com o que a empresa recorrente deveria comprovar que não colocou o produto no mercado, ou que, embora o tenha colocado, o defeito inexiste ou que a culpa foi exclusiva da vítima, como consta expressamente do artigo 12, §§ 1º e 3º do CDC. Se não se desincumbiu dessa prova, a responsabilidade está configurada.

Desta forma, independentemente da inversão probatória acolhida pelo Tribunal local, a identificação da responsabilidade objetiva do fornecedor do pneu determina que a parte, com ou sem a inversão do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, deve comprovar a causa excludente da sua responsabilidade, o que não ocorreu na presente hipótese.

Nesse sentido, confira-se trecho do voto condutor do REsp n. 802.832-MG, julgado na Segunda Seção, em 13.4.2011, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Inicialmente, deve-se estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona previamente a regra geral de distribuição do ônus da prova. Constituem exemplos dessa situação as hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo - fato do produto (art. 12) ou fato do serviço (art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

No mesmo passo, os seguintes precedentes:

Direito do Consumidor. Consumo de survector, medicamento inicialmente vendido de forma livre em farmácias. Posterior alteração de sua prescrição e imposição de restrição à comercialização. Risco do produto avaliado posteriormente, culminando com a sua proibição em diversos países. Recorrente que iniciou o consumo do medicamento à época em que sua venda era livre. Dependência contraída, com diversas restrições experimentadas pelo paciente. Dano moral reconhecido. [...]

Pelo sistema do CDC, o fornecedor somente se desobriga nas hipóteses de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, § 3º, do CDC), o que não ocorre na hipótese, já que a própria bula do medicamento não indicava os riscos associados à sua administração, caracterizando culpa concorrente do laboratório. [...]

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 971.845-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21.8.2008, DJe 1º.12.2008).

Processo Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Cerceamento de defesa. Inspeção judicial. Responsabilidade objetiva por acidente de consumo. Fato do serviço. Conceito de consumidor. Reexame de provas. Julgamento contrário às provas dos autos. Não-configuração. Litigância de má-fé. Inocorrência. Juros moratórios. Termo inicial. Montante indenizatório. Adequação. [...]

- O fornecedor de produtos e serviços responde objetivamente pelos eventos decorrentes do fato do produto ou do serviço que provocam danos a terceiros. [...]

Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp n. 480.697-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7.12.2004, DJ 4.4.2005, p. 300).

Civil e Processo Civil. Regimental no instrumento. Ação de indenização. Anticoncepcional microvlar. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo. Placebo. Gravidez. Responsabilidade civil objetiva do fabricante. Vazamento no mercado de consumo. Comprovação do dano e nexa causal. Reexame de fatos e provas. Óbice da Súmula n. 7-STJ. [...]

1. Reputa-se objetiva a responsabilidade causada pela recorrente, haja vista ser responsável pelo vazamento de produto sem princípio ativo no mercado de consumo. Reexaminar as conclusões da Corte *a quo* esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

[...]

(AgRg no Ag n. 1.157.605-SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 16.8.2010).

Ressalte-se que, em decorrência das normas de direito material contidas no CDC, num aspecto substantivo, o ônus da prova, ou seja, a demonstração

de fatos excludentes de responsabilidade acerca de fatos do produto ou serviço, publicidade abusiva, inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, dentre outros, será sempre do fornecedor, pois a ele a lei atribui deveres de prevenção, precaução, lealdade, informação etc.

Desta feita, considerando a supremacia técnica e econômica do fornecedor e sobretudo os já mencionados deveres, ínsitos à boa-fé objetiva que ambas as partes devem guardar, não só durante a execução do contrato, mas até mesmo após o exaurimento de seus efeitos, não se pode vislumbrar que a regra processual constante do artigo 333, I, do CPC, altere a gama de obrigações e deveres que se originam do sistema material de proteção ao consumidor, deslocando ao hipossuficiente a obrigação de produzir prova que a ele se revela de difícil acesso.

Tendo em vista que, pelo próprio sistema material inaugurado no CDC, cabe ao fornecedor a demonstração de cumprimento de seus deveres, não havendo, em rigor, sequer falar em “inversão” do ônus da prova, porquanto este sempre foi de incumbência do fornecedor.

Ademais, mesmo que assim não fosse, a discussão quanto à ocorrência de defeito de fabricação do pneu e à caracterização da relação consumerista demandaria o reexame de matéria fática, circunstância obstada pela Súmula n. 7 desta Corte.

Nesse sentido:

Agravo interno. Agravo de instrumento. Ação de indenização. Venda de produto inadequado. Constatação por perícia técnica. Danos materiais. Incidência do CDC. Hipossuficiência do autor. Ausência de prequestionamento. Responsabilidade objetiva. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade.

I - A questão da hipossuficiência da agravada não foi debatida no acórdão recorrido, carecendo do necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial. Incidência das Súmulas n. 282 e n. 356-STF.

II. A discussão quanto à ocorrência de defeito de fabricação e caracterização da relação de consumo demanda o reexame de matéria fática, circunstância obstada pela Súmula n. 7 desta Corte.

III - Agravo improvido.

(AgRg no Ag n. 803.555-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16.9.2008, DJe 30.9.2008).

3. Do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, na extensão, nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.105.176-MG (2008/0251637-6)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Damag Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.

Advogado: Roberto Rodrigues Pereira Júnior e outro(s)

Recorrido: Laticínios MB Ltda.

Advogado: José Gonzalez Costa e outro(s)

EMENTA

Direito Falimentar. Duplicatas como títulos hábeis para a decretação da falência. Direito intertemporal. Pedido de falência ajuizado em 2000. Falência decretada em 2007. Aplicação do Decreto-Lei n. 7.661/1945 na fase pré-falimentar e aplicação da Lei n. 11.101/2005 na fase falimentar. Inteligência do art. 192, § 4º, da Lei n. 11.101/2005.

1. O acórdão recorrido deixou claro que as duplicatas que instruíram o pedido falencial estavam devidamente acompanhadas das notas fiscais, dos comprovantes de entrega das mercadorias e das respectivas certidões de protesto.

2. A interpretação da Lei n. 11.101/2005 conduz às seguintes conclusões: (a) falência ajuizada e decretada *antes* da sua vigência: aplica-se o antigo Decreto-Lei n. 7.661/1945, em decorrência da interpretação pura e simples do art. 192, *caput*; (b) falência ajuizada e decretada *após* a sua vigência: obviamente, aplica-se a Lei n. 11.101/2005, em virtude do entendimento *a contrario sensu* do art. 192, *caput*; e (c) falência requerida *antes*, mas decretada *após* a sua vigência: aplica-se o Decreto-Lei n. 7.661/1945 até a sentença, e a Lei n. 11.101/2005 a partir desse momento, em consequência da exegese do art. 192, § 4º.

3. No caso concreto, ocorreu a hipótese da letra **c**, *supra*, com a falência decretada à luz do anterior diploma. Recurso especial que se limita a debater a legislação aplicável à sentença da quebra.

4. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 13.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: *Damag Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.* teve sua falência requerida em 28 de julho de 2000. Em 8 de março de 2007 o pedido foi julgado procedente e a falência decretada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Muriaé-MG.

Inconformada, a recorrente interpôs agravo de instrumento perante o TJMG (e-STJ fls. 3-22) suscitando a nulidade da decisão que decretou sua quebra, pelo fato de ter sido fundamentada no antigo Decreto-Lei n. 7.661/1945 e não na atual Lei n. 11.101/2005.

Além da nulidade da sentença, a recorrente também argumentou que: (i) os títulos que embasaram o pedido de falência - duplicatas sem aceite - não eram aptos para tal finalidade e (ii) o protesto dos títulos teria sido irregular.

O TJMG, por sua 1ª Câmara Cível, negou provimento ao agravo de instrumento, em acórdão unânime assim redigido (e-STJ fl. 468):

Pedido de falência instrução regular. Duplicatas, notas fiscais, comprovantes de entrega de mercadoria e certidões de protesto nos autos. Impontualidade configurada. Ação proposta antes da nova Lei de Falência de n. 11.101/2005. Aplicação do Decreto-Lei n. 7.661/1945. Pedido de quebra deferido. Sendo o pedido de falência foi regularmente instruído com as duplicatas, notas fiscais e comprovantes de entrega de mercadoria e ainda com as respectivas certidões de protesto, fica caracterizada a impontualidade da devedora, impondo-se o deferimento do pedido.

Contra o referido julgado, a recorrente opôs embargos de declaração, a fim de sanar suposta omissão (e-STJ fls. 478-479). O recurso foi rejeitado, em decisão assim ementada (e-STJ fl. 481):

Embargos de declaração. Pressupostos inexistentes. Rejeição. Devem ser rejeitados os embargos de declaração se inexistentes os pressupostos previstos no art. 535 do CPC, ou seja, omissão, obscuridade ou contradição.

Dessa decisão foi interposto o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

No que se refere à alínea **a**, alega violação aos arts. 192, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 e 11 do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Relativamente à alínea **c**, foi colacionado acórdão do TJRS para suscitar dissídio jurisprudencial relativo à interpretação do art. 192, § 4º, da Lei n. 11.101/2005.

Ao final, a recorrente requer o conhecimento e o provimento do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Deve ser conhecido o presente recurso especial, uma vez preenchidos os pressupostos de admissibilidade: o recurso foi interposto tempestivamente, realizado o devido preparo e a matéria nele discutida devidamente prequestionada.

Quanto ao mérito, não merece provimento o recurso.

No que se refere à alegada violação ao art. 11 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, a tese da recorrente não pode prosperar, pois o acórdão recorrido deixou claro que as duplicatas que instruíram o pedido falencial estavam devidamente acompanhadas das notas fiscais, dos comprovantes de entrega das mercadorias e das respectivas certidões de protesto.

Quanto à suposta violação ao art. 192, § 4º, da Lei n. 11.101/2005, também não pode prosperar a irresignação da recorrente.

Por ocasião da edição de um novo diploma legislativo relevante é comum surgirem questões de direito intertemporal. Não podia ser diferente com a Lei n. 11.101/2005, que instituiu novo regime jurídico falimentar em nosso País, revogando e substituindo o antigo Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Por isso, o legislador cuidou de estabelecer regras expressas para solucionar as possíveis controvérsias que poderiam surgir acerca da aplicação da nova lei

aos processos de falência e concordata em curso antes da sua vigência. Tais regras estão dispostas no art. 192 da Lei n. 11.101/2005:

Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.

(...)

§ 4º Esta Lei aplica-se às falências decretadas em sua vigência resultantes de convalidação de concordatas ou de pedidos de falência anteriores, às quais se aplica, até a decretação, o Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, observado, na decisão que decretar a falência, o disposto no art. 99 desta Lei.

(...)

Com efeito, o *caput* do art. 192 diz expressamente que a Lei n. 11.101/2005 *não se aplica* aos processos de falência *ajuizados* antes da sua vigência. No entanto, o § 4º do art. 192 afirma que a Lei n. 11.101/2005 *se aplica* aos processos *ajuizados* antes da sua vigência, *a partir da sentença, desde que a decretação ocorra após a sua entrada em vigor.*

Conclui-se, pois, que o § 4º configura uma *exceção* à regra do *caput*.

Resumidamente, o que a Lei n. 11.101/2005 determina é o seguinte:

(a) falência ajuizada *e* decretada *antes* da sua vigência: aplica-se o antigo Decreto-Lei n. 7.661/1945, em decorrência da interpretação pura e simples do art. 192, *caput*;

(b) falência ajuizada *e* decretada *após* a sua vigência: obviamente, aplica-se a Lei n. 11.101/2005, em virtude do entendimento *a contrario sensu* do art. 192, *caput*, e

(c) falência requerida *antes*, mas decretada *após* a sua vigência: aplica-se o Decreto-Lei n. 7.661/1945 até a sentença, e a Lei n. 11.101/2005 a partir desse momento, em consequência da exegese do art. 192, § 4º.

Em suma: a hipótese dos autos é a da letra “c”, *supra*, pois o pedido de falência foi requerido na vigência do antigo diploma, mas a decretação ocorreu na vigência da nova lei, devendo-se aplicar, portanto, o Decreto-Lei n. 7.661/1945 na fase pré-falimentar, que vai do pedido de falência até a decretação da quebra. E assim foi prolatada a decisão recorrida.

É a posição da doutrina:

(...) aplica-se a Lei nova para as falências decretadas em sua vigência, mesmo que o pedido seja anterior, aplicando-se, até a decretação, o Decreto-Lei n. 7.661/1945, ressalvando que a decisão que decretar a falência deve respeitar o artigo 99 da nova Lei. (PROENÇA, José Marcelo Martins. "Disposições Finais e Transitórias - 'Vacatio Legis', Direito Intertemporal e Outras Disposições". In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 309).

Ainda como resultado da conjugação dos preceitos contidos no *caput* e no § 4º do art. 192 da LRF, infere-se que a lei nova terá aplicação imediata às seguintes situações: (i) evidente, aos *pedidos* de recuperação, judicial e extrajudicial, e de falência ajuizados sob o seu império; e (ii) às falências *decretadas* após a sua entrada em vigor, ainda que resultantes de concordatas ou pedidos de falência anteriormente ajuizados - em relação aos quais prevalece a lei antiga (inclusive quanto aos pressupostos para sua decretação) até a sentença de quebra e, a partir daí, deve-se atender as prescrições da lei nova, inclusive quanto aos requisitos e determinações essenciais à sentença. (ADAMEK, Marcelo Vieira von. "Disposições Finais e Transitórias". In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 584).

Ademais, os princípios da celeridade e da economia processual devem orientar todo o processo falimentar, conforme determinação expressa do art. 75, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

Parágrafo único. *O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.*

Com efeito, não se mostraria recomendável a repetição de eventuais atos processuais que tenham sido realizados sob a égide da legislação anterior e não tenham implicado prejuízo às partes. Nesse mesmo sentido já decidiu este Tribunal:

Falência. Recurso especial. Execução individual. Hasta pública. Juízo universal. Direito intertemporal.

1. *O princípio da instrumentalidade das formas recomenda que não se anulem atos supostamente inquinados de nulidade sem que se verifique a efetiva ocorrência de prejuízo.*

2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

3. Nas hipóteses em que a decretação da quebra ocorrera sob a vigência da Lei n. 11.101/2005, mas o pedido de falência foi feito sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/1945, de acordo com o art. 194, § 4º da nova lei, até a decretação da falência, deverão ser aplicadas as disposições da lei anterior.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp n. 1.063.081-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4.10.2011, DJe 20.10.2011).

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente recurso especial, mantendo a decretação da falência.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.111.077-DF (2009/0015355-6)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Fundação Banco Central de Previdência Privada Centrus

Advogado: Cristiane Romano e outro(s)

Recorrido: Associação Brasiliense de Aposentados do Banco Central - Abace

Advogado: Lycurgo Leite Neto

EMENTA

Processual Civil. Previdência privada fechada. EC n. 20/1998. Lei Complementar n. 108/2001. Paridade contributiva. Ausência de litisconsórcio necessário entre patrocinador e fundo de pensão. Idem com relação à União. Direito adquirido a determinado percentual de contribuição. Inexistência.

1. Não há relação jurídica entre o fundo de pensão e o patrocinador que exija a presença deste em processo em que se discute a respeito da paridade contributiva instituída pela EC n. 20/1998.

2. A atuação meramente normativa e fiscalizadora da Secretaria de Previdência Complementar não gera, por si só, interesse jurídico

em relação a lide entre particulares, de modo a atrair a presença da União como litisconsorte necessário.

3. A decisão que reconhece, no caso concreto, a ocorrência de direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada situa-se no campo do direito infraconstitucional, devendo ser impugnada por recurso especial.

4. Nos planos previdenciários de benefício definido, não há direito adquirido a determinado regime de contribuições, as quais podem ser alteradas para manter o equilíbrio atuarial do plano sempre que ocorrerem situações que o recomendem ou exijam.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). João Vitor Luke Reis, pela parte recorrente: Fundação Banco Central de Previdência Privada Centrus.

Dr(a). Ticiania Valdetaro Bianchi Ayala, pela parte recorrida: Associação Brasiliense de Aposentados do Banco Central - Abace.

Brasília (DF), 4 de agosto de 2011 (data de julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 19.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se, na origem, de ação ordinária ajuizada por *Associação Brasiliense de Aposentados do Banco Central – Abace* contra *Fundação Banco Central de Previdência Privada – Centrus*. Pretende a autora, ora recorrida, seja condenada a recorrente a “suspender a aplicação do percentual de contribuição de 15% (quinze por cento) do valor

das suplementações devidas e pagas pela *Centrus* a seus aposentados e devolver aos associados da primeira Autora e aos outros dois Autores, a diferença de 5% decorrente da majoração do percentual contributivo para 15% sobre os proventos de complementação de aposentadoria em relação ao anterior percentual contributivo de 10%, a partir de dezembro de 2000 até a data do efetivo retorno das deduções de contribuições para o percentual de 10%, ou outro menor que venha a ser adotado”, conforme consta de sua inicial (fls. 6-21).

O imbróglgio tem a ver a com a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/1998, que alterou o art. 202 da Constituição Federal de 1988, passando a constar de seu § 3º o seguinte:

É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

A fim de dar cumprimento ao disposto no normativo constitucional, o Conselho de Curadores da recorrente resolveu majorar a contribuição pessoal dos participantes do plano de previdência complementar de 10% para 15% e reduzir o percentual do patrocinador, o Banco Central do Brasil, de 20% para 15% sobre os proventos de complementação de aposentadoria.

O magistrado de primeiro grau, pela sentença de fls. 718-727, julgou procedente o pedido “para determinar à ré que se abstenha de aplicar percentual superior a 10% (dez por cento) aos associados da autora que estejam aposentados em data anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 20/1998, bem como para condená-la à devolução das quantias pagas por aposentados em data anterior à Emenda Constitucional n. 20/1998 em percentual superior ao ora estipulado, desde dezembro de 2000, valores que deverão ser corrigidos monetariamente desde a data da cobrança indevida e acrescida de juros moratórios desde a citação”. Condenou a recorrente ainda ao pagamento das custas e de honorários advocatícios, que fixou em 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação, conforme previsto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Interposto recurso de apelação, sobreveio acórdão da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assim ementado:

Previdência privada. *Centrus*. Preliminares de incompetência do juízo, de ilegitimidade ativa e de perda de interesse de agir rejeitadas. Contribuições

dos associados. Emenda Constitucional n. 20. Litigância de má-fé. Ausência de requisitos. Honorários arbitrados corretamente.

1 - Evidenciando-se desnecessária a intervenção no feito de autarquia, não há se falar em competência da Justiça Federal.

2 - O art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal prevê a legitimidade da associação de classe para defender direitos individuais de seus participantes.

3 - Não se aplica o disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n. 20/1998, aos associados aposentados antes de sua vigência. Entendimento diverso implica ofensa ao direito adquirido e princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios.

4 - Nega-se a pretensão de se impor à parte as penas da litigância de má-fé se não houve a demonstração de quaisquer das causas ensejadoras elencadas no art. 17 do Código de Processo Civil.

5 - Não merece reforma a sentença monocrática no que diz respeito ao *quantum* arbitrado a título de honorários advocatícios, porquanto observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, restando obedecidos os parâmetros previstos no § 4º do art. 20 do CPC.

6 - Recurso improvido.

Foram opostos embargos de declaração pela ora recorrente, inclusive para fins de prequestionamento, os quais foram rejeitados em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil. Embargos de declaração. Vícios inexistentes. Desprovimento.

1. O julgador não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão.

2. A finalidade dos embargos de declaração é esclarecer a sentença ou acórdão, complementando-os quanto a eventuais pontos omissos, contraditórios, ou obscuros, não se destinando à rediscussão da matéria ventilada no julgado nem a substituí-lo.

3. Recurso desprovido.

Contra o referido acórdão, foram interpostos recurso especial e recurso extraordinário, ambos devidamente contra-arrazoados.

O especial veio fundado no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal e aponta violação dos seguintes artigos: 6º da Lei de Introdução ao Código Civil; 3º, 47, 113, § 2º, 128, 267, VI, 460 e 535, I e II, do Código de Processo Civil; 6º, §§ 1º, 2º e 3º, 24, 25, 27 e 30 da Lei Complementar n. 108/2001; e 5º, 6º, 20 e parágrafos, 21 e parágrafos e 74 da Lei Complementar

n. 109/2001. Aduz também desrespeito à Súmula n. 150 do Superior Tribunal de Justiça.

O recurso especial foi admitido na origem, ao contrário do que ocorreu com o extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Não prospera a alegada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, que eventualmente daria ensejo à anulação do aresto recorrido. Embora não tenha o Tribunal *a quo* realmente se manifestado, de forma expressa, a respeito de alguns dos dispositivos legais indicados pela recorrente, a matéria neles versada foi suficientemente debatida, sendo caso de se reconhecer a existência de prequestionamento implícito capaz de levar ao conhecimento do recurso.

Aduz a recorrente violação das normas contidas nos arts. 47 e 113, § 2º, do Código de Processo Civil. Afirma estar caracterizado, na espécie, o litisconsórcio necessário, a impor a presença, no processo, do Banco Central do Brasil como patrocinador da fundação Centrus, bem como da União, em razão de ter sido a Secretaria de Previdência Complementar o órgão responsável pela normatização que resultou na alteração estatutária tida como prejudicial aos interesses dos associados da recorrida. Como consequência, a competência para apreciar o feito seria da Justiça Federal.

Não comungo desse entendimento.

No que diz respeito à União, sua presença no polo passivo da demanda por atos praticados pela Secretaria de Previdência Complementar é impensável. Em situação semelhante, em litígio envolvendo a Telemar e um particular, já decidiu a Primeira Seção deste Tribunal, em acórdão relatado pelo Ministro Luiz Fux, que:

[...] a *Agência Nacional de Telecomunicações Anatel* não tem qualquer interesse nessa lide entre a Autora e a *Telemar Norte Leste S.A.* que a legitime a figurar no polo passivo desta ação, não sendo suficiente para tanto o fato de ser a *Anatel* o órgão regulador e fiscalizador do setor de telecomunicações do País, pois a simples normatização não gera, por si só, interesse jurídico do órgão regulador em relação às lides propostas por particulares contra as empresas que exploram o setor econômico normatizado, do contrário seria obrigatória a integração da União ao polo passivo de todas as ações relativas a questões disciplinadas por

legislação federal, pois, em última instância, é este o ente jurídico de direito público normatizador de quase todos os setores da economia do País. (CC n. 47.814-PB, DJ de 20.3.2006).

Também no que se refere ao Banco Central do Brasil, entendo que sua presença na lide não é necessária. Não há, no caso, relação jurídica entre aquela autarquia e a entidade de previdência privada cuja natureza determine a formação de litisconsórcio necessário. Poderia o Banco Central, quando muito, intervir na causa como assistente, na forma do art. 50 do Código de Processo Civil, dado seu interesse em que a decisão favorecesse a Centrus, fazendo prevalecer a alteração estatutária efetivada. Em comentário ao referido dispositivo legal, afirma NELSON NERY JÚNIOR que “[...] *pode intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que uma das partes vença a ação. Há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária*” (“Código de Processo Civil Comentado”, 11ª ed., Revista dos Tribunais, 2010, p. 283).

Quanto à ilegitimidade ativa da recorrida, matéria a respeito da qual a recorrente alegou ofensa aos arts. 3º, 6º e 267, VI, do Código de Processo Civil, não vejo a vulneração invocada.

Com efeito, é a própria Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso XXI, que assegura às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, a legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, pouco importando se a totalidade deles ou se apenas determinada parcela titular de direitos específicos, sendo de se aplicar à espécie, por analogia, a Súmula n. 630 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

Eis o que também esta Corte já assentou:

Processual Civil. Associação de classe. Substituição processual. Legitimidade ativa. Defesa de interesses e direitos coletivos dos associados. Possibilidade. Precedentes. Agravo interno desprovido.

I - Consoante jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, as entidades de classe, estando regularmente constituídas e em normal funcionamento, têm legitimidade ativa para defender, em juízo, os interesses e direitos coletivos de seus associados. Precedentes.

II - Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp n. 439.109-DF, relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 27.9.2004).

O fato de existirem associados que constam também de relação apresentada por outra entidade de classe em outra ação com o mesmo objeto, sem que se tenha invocado a ocorrência de litispendência, é problema a ser enfrentado no momento processual próprio. Por óbvio, ninguém deverá receber mais do que devido.

Sustenta, ademais, a recorrente a carência de ação superveniente quanto a um dos pedidos, tendo ocorrido, pois, perda do interesse processual e violação do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Afirma que o pedido consistente na suspensão da dedução de 15% do valor da complementação de aposentadoria, a título de contribuição pelos associados, ficaria prejudicado, uma vez que, a partir de julho de 2004, o referido percentual foi reduzido a 7,5%.

A propósito do ponto, transcrevo trecho do voto do revisor do acórdão impugnado, Desembargador Mário-Zam Belmiro, que bem resolveu a questão:

Persiste o interesse da autora, pois, conforme a própria recorrente assevera em sua peça de defesa, a alíquota de contribuição dos participantes é definida pela situação de receita e despesa da entidade previdenciária, o que resulta em uma discricionariedade da ré para majorar ou reduzir a colaboração econômica dos contribuintes a qualquer tempo.

Nesse compasso, é útil o ajuizamento da ação que pede a aplicação de índice pactuado à época da aposentadoria dos seus representados (fl. 803).

Relativamente à suposta ofensa aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, parece-me que a recorrente interpretou equivocadamente a decisão objurgada.

De fato, foi reconhecido àqueles associados já aposentados em data anterior à Emenda Constitucional n. 20/1998 o direito de serem ressarcidos das quantias pagas a mais a partir de dezembro de 2000, ou seja, daquilo que ultrapassou os 10% do valor de sua complementação de aposentadoria. Nada há a prover.

Analiso agora a pretensa violação do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como do art. 6º, *caput*, da Lei Complementar n. 208/2001 e dos arts. 20 e 21 da Lei Complementar n. 109/2001.

Anoto, em primeiro lugar, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vinha se firmando no sentido de que eventual ofensa ao art. 6º da LICC deveria ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a interposição de recurso extraordinário, uma vez que as matérias veiculadas naquele dispositivo legal, atinentes à inviolabilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido

e da coisa julgada, têm, hoje, *status* constitucional, tornando impossível sua apreciação no âmbito do recurso especial.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, com base em fundamentação constante do voto do Ministro Carlos Velloso no RE no AgRg n. 437.384-RS, vem consolidando o entendimento de que “[...] o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada encontram proteção em dois níveis: em nível infraconstitucional, na Lei de Introdução ao Cód. Civil, art. 6º, e em nível constitucional, art. 5º, XXXVI, C.F. Todavia, o conceito de tais institutos não se encontra na Constituição, art. 5º XXXVI, mas na lei ordinária, art. 6º da LICC. Assim, a decisão que dá pela ocorrência, ou não, no caso concreto, de tais institutos, situa-se no contencioso de direito comum, que não autoriza a admissão do RE”.

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do AgRg no RE n. 414.556-1-SC, DJ de 7.10.2005, endossa tal entendimento e acrescenta:

Em suma: a necessidade de constatação, em cada caso ocorrente, da configuração, ou não, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada faz instaurar contencioso de mera legalidade, desvestido, por isso mesmo, de qualificação constitucional, eis que reside na lei (LICC, art. 6º) - e nesta, tão-somente - a “*sedes materiae*” pertinente ao delineamento conceitual dos requisitos caracterizadores de tais institutos.

Desse modo, a decisão judicial que reconhece caracterizada, ou não, no caso concreto, a ocorrência do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e/ou da coisa julgada, independentemente da controvérsia de direito intertemporal, regida por norma de sobredireito (CF, art. 5º, XXXVI), projeta-se em domínio revestido de caráter eminentemente infraconstitucional, não viabilizando, por incabível, o acesso à via recursal extraordinária.

Presente tal orientação, a qual passo a acompanhar, não vejo óbices em analisar as supostas violações arguidas pela recorrente.

Necessário ponderar, primeiramente, que não existe direito adquirido contra texto constitucional, de modo que, fica evidente, não poderia a entidade de previdência privada deixar de cumprir as determinações da EC n. 20/1998 e estabelecer a paridade contributiva. A propósito, já em 1985, o Ministro *Moreira Alves*, no julgamento do RE n. 94.414-1, publicado no DJ 13.2.1985, afirmava que “as normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido. Mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não, ao constituinte, seja ele originário, seja ele derivado”.

Registro, ademais, que não há razão para duvidar de que o percentual de 30% repassado à recorrente, na época, composto pelos 10% dos associados e os 20% do patrocinador, fosse indispensável ao perfeito equilíbrio atuarial do plano de previdência. O fato de, anos depois, a contribuição ter sido reduzida a 15% (7,5% dos associados e 7,5% do Banco Central do Brasil) e, segundo informações prestadas nos autos, de ter sido até mesmo suspensa não significa que, naquele momento, os 30% seriam excessivos. Não há nenhuma prova nesse sentido. Aliás, a redução das contribuições é uma das alternativas previstas em lei para solucionar o excesso de reservas dos planos de benefício, o que só ocorrerá, porém, após a formação da reserva de contingência e da reserva especial e, ainda assim, se tal reserva especial não tiver sido utilizada por três anos consecutivos (art. 20 e parágrafos da Lei Complementar n. 109/2001). Ocorrendo a situação prevista no mencionado dispositivo legal, o *superavit* é revertido em favor dos participantes e assistidos na forma de benefícios, entre os quais se inclui, como dito, a redução ou suspensão das contribuições. Ou seja, mesmo que fosse excessiva a contribuição no percentual de 30% à época – *lembrando que a presunção é a de que tal percentual fosse necessário para a manutenção do equilíbrio atuarial do plano* –, ainda assim, repita-se, somente após a constituição de reserva de contingência e de reserva especial, se não utilizada essa por três anos seguidos, é que poderia haver redução das contribuições.

Considerando, portanto, as premissas i) de que era necessária a manutenção de contribuições que perfizessem 30% do valor das aposentadorias e ii) de que a entidade não poderia deixar de implementar a paridade contributiva imposta pela EC n. 20/1998 e cobrada pela Secretaria de Previdência Complementar, sobrava à recorrente apenas uma solução, a saber, aumentar de 10% para 15% a contribuição dos participantes e assistidos e diminuir de 20% para 15% a contribuição do patrocinador. Questão elementar de matemática.

Não concordo com a assertiva do acórdão objurgado de que a majoração no percentual das contribuições dos participantes e assistidos implicaria ofensa ao direito adquirido e redução dos benefícios, mormente porque, no caso concreto, a hipótese é de plano de benefício definido.

Com efeito, ensina IVY CASSA (*in* “Contrato de Previdência Privada”, MP Editora, 2009, p. 155):

Os planos de benefício definido foram os primeiros a surgir no mercado. Caracterizam-se por serem aqueles em que o valor do benefício é determinado na data da contratação. A partir dessa premissa, o valor da contribuição é calculado

atuariamente (através de procedimentos matemáticos que utilizam variáveis probabilísticas combinadas com variáveis financeiras), observadas as bases técnicas definidas pelo órgão regulador.

Nas palavras de Adacir Reis: *“é aquele no qual o participante sabe de antemão o quanto receberá de benefício, embora não saiba exatamente o quanto vai pagar, já que esse valor poderá variar de acordo com o plano anual de custeio, podendo diminuir ou aumentar a contribuição a partir da constatação de superavit (art. 20) ou déficit (art. 21). Em outras palavras, no plano de benefício definido a contribuição é indefinida, mas o valor do benefício é previamente definido na data de vinculação do participante ao plano, calculado com base em regras estipuladas em regulamento e geralmente vinculadas ao salário da ativa ou à média extraída de um período de contribuição que antecede a aposentadoria. No plano BD os cálculos são feitos levando em conta o total da massa de participantes. Existe aqui o chamado **mutualismo**”*.

Por sua vez, LUÍS CARLOS CAZETTA (*in* “Previdência Privada – o regime jurídico das entidades fechadas”, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006, p. 50-51) assevera:

No âmbito do segmento fechado, os planos previdenciários estruturam-se, basicamente, sob os modelos de benefícios definidos ou de contribuições definidas.

Nos planos de benefícios definidos, estabelecem-se nos regulamentos os benefícios e o regime de custeio para a sua atribuição aos participantes, quando implementadas as condições e satisfeitos os critérios e carências correspondentes.

Em vista da determinação prévia, nesse tipo de plano, dos benefícios contratados com os participantes, o respectivo regime de custeio deve ser ajustado ao longo do período de capitalização das reservas, mediante a fixação de níveis de contribuições permanentemente aptos a conferir equilíbrio econômico e financeiro entre as reservas (e fundos e provisões) e os compromissos, presentes e futuros, apurados atuariamente.

E, à fl. 106 da mesma obra citada, conclui o autor:

*Por tudo isso, fica evidente que, em caso de necessidade técnica devidamente comprovada, a adaptação financeira do plano (por meio da alteração dos percentuais correspondentes às contribuições atribuíveis ao patrocinador e ao participante ou da modificação na estrutura dos benefícios) configura elemento essencial (nuclear) da relação jurídica, não caracterizando, por qualquer forma, ofensa à intangibilidade do ato jurídico perfeito (**ou ao direito adquirido, acrescido eu**) celebrado com a entidade fechada de previdência (grifei).*

Não há, pois, falar em direito adquirido a determinado regime de contribuições, uma vez que essas, particularmente nos planos de benefício definido, podem ser alteradas para manter o equilíbrio atuarial do plano sempre que ocorrerem situações que o recomendem ou, como no caso, que o exijam.

Embora não me alie à tese defendida pelo ilustre representante do Ministério Público, de que cabe invocar, no caso, a teoria da imprevisão para embasar as alterações efetuadas no estatuto da Centrus, o fato é que houve, sim, a incidência de ato excepcional sobre a relação contratual inicialmente celebrada entre os assistidos e o fundo de pensão a justificar a redefinição dos percentuais devidos por cada parte a título de contribuição.

Ressalto ainda que o aumento das contribuições, na forma do disposto no art. 6º da Lei Complementar n. 108/2001, que veio regulamentar o § 3º do art. 202 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, aplica-se tanto aos participantes da ativa quanto aos aposentados.

De fato, em parecer constante da obra “Fundos de Pensão: temas jurídicos” (Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 212-214), FLÁVIO MARTINS RODRIGUES anotou:

Dúvida que também foi colacionada diz respeito às contribuições dos assistidos (participantes aposentados e pensionistas). É indagado se as mesmas poderiam, ou não, ser computadas conjuntamente com as contribuições dos participantes ativos, para fins de observância da regra da paridade contributiva com os aportes do “patrocinador público”.

Veja-se que o Constituinte Derivado utilizou, no § 3º do art. 202, a expressão “segurado” para identificar os destinatários da previdência complementar. De fato, a expressão é pouco técnica. Planos de previdência possuem participantes e assistidos, dividindo-se estes em participantes em gozo de benefícios e beneficiários, expressões trazidas com precisão pelo legislador infraconstitucional. É o que dispõe o art. 8º da Lei Complementar n. 109/2001, lei orgânica da previdência complementar, que convém transcrever:

Art. 8º - Para o efeito desta Lei Complementar, considera-se:

I - participante, a pessoa física que aderir aos planos de benefícios;

II - assistido, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.

Teve-se a oportunidade de expor que o esforço contributivo dos participantes, sob o ponto de vista de custeio atuarial, pode concentrar-se durante a fase ativa da vida do trabalhador ou ser financiado no tempo, de forma a que o participante assistido (aposentado) e seu beneficiário (pensionista) arquem com parte do

custo que lhe poderia ser imputado. O que importa é o valor presente dessas contribuições para fins de aferição do custeio do plano. A *ratio* do art. 202, § 3º da Constituição Federal é, portanto, a moderação dos aportes realizados pelos “patrocinadores públicos”.

No mesmo sentido, seguiu a Lei Complementar n. 108/2001, diploma normativo especialmente voltado para as entidades fechadas de previdência patrocinadas por entes públicos, ao tratar do custeio dos planos de benefícios, estabeleceu-se no art. 6º e no seu § 1º, *verbis*:

Art. 6º - O custeio dos planos de benefícios será de responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos.

§ 1º. A contribuição normal do patrocinador para o plano de benefícios, em hipótese alguma excederá à do participante, observado o disposto no art. 5º da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.

Veja-se que o *caput* do transcrito art. 6º traz a regra da contributividade compulsória. Em outras palavras, as entidades de previdência complementar que contam com “patrocinadores públicos” deverão possuir, obrigatoriamente, o esforço contributivo dos destinatários dos benefícios. Disse mais o dispositivo, que os aportes deverão ser “do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos”. Estes, como se viu na regra expressa do art. 8º da Lei Complementar n. 109/2001, contemplam dois agrupamentos: o participante em gozo de benefício de prestação continuada e o beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.

Prosseguindo-se, o referido art. 6º da Lei Complementar n. 108, em seu § 1º, traduz com mais precisão a regra constitucional limitadora das contribuições patronais, dispondo que a contribuição do ente estatal, “em hipótese alguma, excederá à do participante”. A resposta deverá compor-se com a regra contida no *caput* do dispositivo, ou seja, “participante, inclusive assistido”. A regra compõe-se com absoluta racionalidade. Desta feita, o esforço contributivo do “empregador público” não poderá exceder o esforço contributivo do destinatário do benefício, seja verificado na fase laboral ativa, seja financiado posteriormente. Em outras palavras, resta claro que o art. 6º da Lei Complementar n. 108/2001 admite, para fins de observância da regra constitucional da paridade contributiva, que se utilize as contribuições dos participantes adicionadas aos aportes realizados pelos assistidos participantes e assistidos beneficiários.

O acórdão recorrido, portanto, violou tanto o art. 6º da LICC, uma vez que reconheceu a existência de direito adquirido em situação na qual efetivamente não havia, como o art. 6º da Lei Complementar n. 108/2001, ao proibir a majoração das contribuições dos aposentados do Banco Central do Brasil vinculados à Centrus, contrariando a determinação legal que atribui a

responsabilidade pelo custeio do plano de benefício ao patrocinador e a todos os participantes, inclusive aos assistidos (aposentados e pensionistas).

Pelo exposto, *dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial*, extinguindo o processo com resolução de mérito, na forma do disposto no art. 269, I, do Código de Processo Civil. Ficam invertidos os ônus de sucumbência. Fixo os honorários advocatícios em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 1. Sr. Presidente, em primeiro lugar cumprimento os doutores advogados pelas duas excelentes sustentações, com isso a causa ficou ainda mais clara.

É necessário que façamos um delineamento do tema em julgamento.

O que está sendo julgado é o pretérito, porque já houve inclusive a adaptação do plano para a paridade – em um percentual menor –, tanto que alegou-se perda superveniente do interesse recursal, tese rechaçada desde o Tribunal de origem.

2. Acompanho Vossa Excelência, de início, quanto ao afastamento da alegada ofensa ao art. 535 do CPC e, também, no tocante a inexistência de litisconsórcio com a União.

É bem verdade que se há alegação de interesse jurídico da União ou do Banco Central, quem deveria analisar a ocorrência desse interesse é a Justiça Federal, por força do que dispõe a Súmula n. 150-STJ.

Porém, como o STJ possui jurisdição tanto sobre a Justiça Estadual – por onde tramitou o presente feito –, quanto sobre a Justiça Federal, cabe a esta Corte, agora, definir a ocorrência de interesse jurídico a autorizar a remessa dos autos à Justiça Federal, e, se for o caso, com a consequente anulação do processo – por se tratar de competência absoluta –, razão por que também dou por superada a tese de ofensa ao que dispõe a Súmula n. 150.

3. Por outro lado, Sr. Presidente, efetivamente tenho que o Banco Central do Brasil não é litisconsorte necessário e, diante da superação do óbice por Vossa Excelência, também o acompanho no particular.

É por todos sabido que a competência é definida segundo *status assertionis*, vale dizer, de acordo com a causa de pedir narrada pelo autor e pelo pedido. No caso da competência da Justiça Federal, o ponto nodal é o interesse jurídico dos entes públicos listados no art. 109, inciso I, da Carta de 1988, acaso figurantes na lide na condição de autores, réus, assistentes ou oponentes.

Há litisconsórcio necessário, como bem sabe Vossa Excelência, quando a decisão da causa puder *afetar diretamente a esfera jurídica de terceiro*, decisão essa que, como é de conhecimento também cursivo, adstringe-se ao que fora pleiteado pelo autor.

E no particular bem lembrou Vossa Excelência as lições de Nelson Nery Junior.

Excetua-se, evidentemente, o fato de a própria lei poder criar hipóteses em que a pluralidade subjetiva se impõe, como é o caso de litisconsórcio necessário dos proprietários dos imóveis confrontantes na ação de usucapião (art. 942) ou litisconsórcio entre os cônjuges nas ações de direito real a que faz menção o art. 10 do CPC, o que não é a hipótese tratada nos autos.

No caso em exame, questiona-se a alteração do percentual devido *pelo segurado* ao fundo de previdência, depois da inovação trazida pela E.C. n. 20/1998, que vedou o aporte de recurso *pelo patrocinador* (no caso, o *Bacen*, em valor superior ao pago pelo segurado).

É que o Conselho Curador da *Centrus*, para dar vigência à alteração constitucional, modificou o percentual de contribuição dos segurados, de 10% para 15%, reduzindo a contribuição do patrocinador, de 20% para 15%, alcançando assim a paridade.

Inconformados, os autores ajuizaram a presente ação pleiteando o seguinte, conforme consta do acórdão recorrido:

[...] a citação da ré e a procedência dos pedidos para determinar que a mesma *suspenda a aplicação do percentual de contribuições de 15% do valor da suplementações devidas e pagas pela ré aos seus aposentados e para condená-la à devolução em favor dos associados da autora a diferença de 5% decorrente da majoração do percentual contributivo para 15% sobre os proventos de complementação de aposentadoria em relação ao anterior percentual contributivo de 10%, a partir de dezembro de 2000, até a data do efetivo retorno das deduções de contribuições para o percentual de 10%, ou outro menor que venha a ser adotado.* (fl. 785).

No caso, absolutamente estreito ao pedido deduzido na inicial, o acórdão não permitiu a elevação da contribuição *dos segurados já aposentados* por ocasião da promulgação da E.C. n. 20/1998, e determinou a devolução dos 5% que lhes haviam sido cobrado pela mudança regulamentar do conselho curador da *Centrus*. *Nada disse sobre a contribuição do Bacen* – como não poderia ser diferente, já que não houve pedido a respeito.

No particular, qualquer decisão relativamente à contribuição realizada pelo *Bacen* à *Centrus* seria *extra petita* e nem mesmo os autores poderiam pleiteá-la, já que carecedores de legitimidade e de interesse jurídico.

Vale dizer, não é a decisão proferida neste processo, concernente unicamente à contribuição dos segurados, que afeta a esfera jurídica do *Bacen* – o que autorizaria o litisconsórcio –, mas eventuais, incertos e hipotéticos ajustes atuariais procedidos pela entidade de previdência, ajustes esses que, a par de não serem peremptoriamente necessários, evidentemente deveriam obedecer ao comando constitucional, mesmo que fosse para lhe dar interpretação diversa da que apregoada pelo recorrente.

A afetação do *Bacen* com a decisão – *rectius*, com eventuais ajustes atuariais decorrentes indiretamente da decisão –, tanto é incerta e hipotética que, na prática, não ocorreu, pois o próprio recorrente noticia ter havido *superávit* que culminou na revisão das contribuições, o que reforça o descabimento do litisconsórcio e da remessa dos autos à Justiça Federal.

Em síntese, Sr. Presidente, firmo entendimento de que em ações de revisão do percentual de contribuições aportadas unicamente pelos segurados da *Centrus*, decorrente da alteração estatutária justificada pela E.C. n. 20/1998, não há litisconsórcio necessário do *Bacen*, já que não se discute a obrigação dessa Autarquia na formação das reservas do fundo de pensão.

4. Sr. Presidente, superando a questão do litisconsórcio necessário, avanço no tema.

E assim fazendo, tenho que Vossa Excelência tem razão em dar provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido autoral.

Refletindo sobre a questão atuarial dos planos de previdência privada, a pretensão deduzida na presente demanda coloca em risco não apenas o benefício previdenciário, construído a duras penas pelos contribuintes, mas também o próprio sistema financeiro como um todo.

Assim, a jurisprudência deve sempre respeitar o que é certo, que é o cálculo atuarial, matemático.

No caso, sustentou a nobre advogada da tribuna que haveria apenas fundamento constitucional, o que seria, em tese, um impeditivo para o conhecimento do recurso.

Contudo, o voto do eminente Relator trouxe o argumento do acórdão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, nesses casos, se houvesse violação à Constituição, essa seria apenas reflexa, circunstância que impõe a este STJ a solução da lide.

O art. 6º da Lei Complementar n. 108, invocado no recurso especial, assim dispõe: “O custeio dos planos de benefício será de responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive dos assistidos”.

E o § 1º diz: “A contribuição normal do patrocinador para planos de benefício em hipótese alguma excederá a do participante, observado o disposto no art. 5º da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998”.

Embora esse dispositivo não tenha sido taxativamente mencionado pelo acórdão, é fato que ele, implicitamente, utilizou-se tanto da norma constitucional quanto do dispositivo infraconstitucional.

Então, no caso, entendo que houve prequestionamento implícito.

Assim, Sr. Presidente, muito embora seja sedutora a tese contrária, no fundo o que foi dito por Vossa Excelência é que entendo deva prevalecer, no sentido de resguardar o espírito e a letra da lei que determinou a paridade de contribuições, de modo que não impactasse o plano.

Com essas singelas considerações, acompanho o eminente Relator também no mérito, para acolher o recurso e julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus de sucumbência.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, inicialmente, também quero cumprimentar os ilustres patronos das partes, o Dr. João Vitor Luke Reis e a Dra. Ticiania Valdetaro Bianchi Ayala, pelas brilhantes sustentações, a V. Exa., que proferiu voto em que modificou aquele inicial, mas soube fundamentar muito bem, como sempre o faz, e o eminente Ministro Luis Felipe Salomão, que nos traz importantes contribuições com seu judicioso pronunciamento.

Entendo que a questão do Banco Central não se faz prevalente neste caso, pois o Banco não seria afetado de forma imediata pelo resultado desta ação, na medida em que a pretensão da Associação é puramente de recebimento de contribuições pelo tempo em que houve um excesso na cobrança de 5% (cinco por cento), com o que ela é direcionada tão somente para o patrimônio da *Centrus* (Fundação Banco Central de Previdência Privada). Se houvesse qualquer desequilíbrio em decorrência dessa decisão, outras deliberações administrativas seriam tomadas pela *Centrus* e essas poderiam ser discutidas em outras ações e estariam fora completamente do alcance desta, porque, em nenhum momento, a pretensão deduzida desta ação teria possibilidade de afetar o relacionamento de trato sucessivo existente entre a *Centrus* e o Banco Central ou entre a *Centrus* e os beneficiários do plano, porque ela tem um tamanho certo, é coisa direcionada para o passado. Então, não vejo também interesse do Banco Central a justificar o seu chamamento nesta ação.

E, quanto ao mérito, a Corte de origem entendeu indevido o aumento por duas razões: primeiro, porque haveria vedação em previsão estatutária, o art. 46 do Estatuto. Ora, a vedação estatutária veda apenas aumento de contribuição ou redução de benefício decorrentes da vontade da própria entidade submetida ao Estatuto, e não, como aqui acontece, um aumento de contribuição que está sendo exigido por força de disposição constitucional e também legal.

Quanto ao problema do direito adquirido, da impossibilidade de se modificar essas contribuições, V. Exa. mostrou muito bem que não há direito adquirido sobre esse tipo de regime jurídico que está sujeito, realmente, às alterações e às modificações ditadas pelo ambiente econômico e pela realidade da vida social.

De modo que acompanho integralmente o voto de V. Exa., dando provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, também acompanho integralmente o voto de V. Exa. com as considerações feitas pelos demais Colegas.

Observo que não há legitimidade passiva do Banco Central, pois contra ele não foi dirigido pedido algum. O prejuízo advindo de eventual sentença de procedência do pedido haverá de ser suportado, diretamente, pela pessoa jurídica

ré, e, indiretamente, pelo patrocinador e por todos os participantes do plano. Quanto à questão de a matéria ser de natureza constitucional, observo que embora tenha sido citado na brilhante sustentação oral um voto meu, em agravo regimental, aquele voto refletiu uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que vem sofrendo evolução em face dos reiterados acórdãos do Supremo Tribunal Federal que entendem que não há violação direta à Constituição, mas, sim, reflexa quando se alega, em casos concretos, haver ofensa a direito adquirido, para cujo exame deve ser analisada a legislação ordinária de regência.

No mérito, também acompanho integralmente o voto do Relator quando afirma que não há direito adquirido a regime jurídico e a determinado percentual de contribuição, notadamente em se tratando, como no caso, de plano de benefício definido. Se cálculos atuariais demonstrarem excesso de reservas, como tem ocorrido na atualidade, os participantes são beneficiados com a circunstância atual de não terem de contribuir, havendo a possibilidade de redistribuição entre todos do superávit. O que não é jurídico é alguns dos participantes, os autores, verem reconhecido um pretendido direito à imutabilidade do percentual de custeio.

Dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, gostaria, inicialmente, de cumprimentar os advogados pelas sustentações orais. Concordo, integralmente, com as manifestações e com as fundamentações dos Senhores Ministros.

Acompanho o voto de V. Exa., dando provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido.

RECURSO ESPECIAL N. 1.276.311-RS (2008/0236376-7)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A - Banrisul
Advogado: Gabriel Pauli Fadel e outro(s)

Recorrido: Everton de Sá Verlindo
Advogado: Heitor de Abreu Oliveira e outro(s)

EMENTA

Direito Civil e do Consumidor. Recurso especial. Relação entre banco e cliente. Consumo. Celebração de contrato de empréstimo extinguindo o débito anterior. Dívida devidamente quitada pelo consumidor. Inscrição posterior no SPC, dando conta do débito que fora extinto por novação. Responsabilidade civil contratual. Inaplicabilidade do prazo prescricional previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

1. *O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC.*

2. *É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da “actio nata”, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências.*

3. *A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato – tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes –, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual.*

4. *O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma.*

5. *Recurso especial não provido.*

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 17.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Everton de Sá Verlindo ajuzou ação de reparação de dano moral em face do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, narrando que, em 17 de novembro de 2003, teve o nome cadastrado no SPC em razão de alegada inadimplência no valor de R\$ 2.326,79 (dois mil trezentos e vinte e seis reais e setenta e nove centavos). Afirma que contratou empréstimo, para quitar dívida pré-existente com o banco, no valor de R\$ 2.870,00, que seria pago em parcelas mensais de R\$ 231,82. Sustenta que, não obstante o empréstimo ter sido pactuado em 1º de setembro de 2003, teve seu nome inserido no rol de maus pagadores em 17 de novembro de 2003. Sustenta que as prestações do empréstimo foram pagas, conforme previsto no contrato, todavia seu nome permanece inscrito no cadastro desabonador. Argumenta que não foi comunicado da inscrição, tendo tomado conhecimento do fato quando tentou financiar automóvel em uma empresa.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Guaíba-RS afastou a alegada prescrição, mas julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Interpôs o autor apelação para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deu provimento ao recurso.

O acórdão tem a seguinte ementa:

Apelação cível. Responsabilidade civil. 1. Dano moral decorrente da inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito. Prejuízo presumido. 2. Prescrição afastada. Incidência do disposto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002. Marco inicial. Data do conhecimento da anotação. 3. Valor da indenização que deve atender à necessidade punitiva, bem como observar os elementos probatórios carreados nos autos.

Por unanimidade, deram provimento à apelação.

Inconformado com a decisão colegiada, interpôs o réu recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, sustentando violação do artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

Afirma que o prazo prescricional aplicável ao caso é o do artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, que se inicia quando é violado o direito, no caso, por ocasião da inscrição no cadastro de inadimplentes.

Não foram oferecidas contrarrazões.

Dei provimento ao agravo de instrumento para determinar a sua conversão em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A questão controvertida é quanto ao prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização por inscrição desabonadora em cadastro de crédito realizada por banco, sobretudo quando decorre de relação contratual.

A sentença consignou:

In casu, como a inscrição que deu margem à propositura desta ação foi efetuada em 17.11.2003, ou seja, quando já estava em vigor o novo Código Civil, o prazo prescricional incidente é de três anos, forte no art. 206, § 3º, V. No entanto, tenho que este prazo deve ser contado a partir do momento em que o autor alegou ter conhecimento do registro negativador (30.11.2006), uma vez que o mesmo afirmou que não lhe foi enviada a comunicação prévia de que seu nome seria inserido no SPC.

Assim, considerando que o autor somente ficou sabendo que seu nome havia sido cadastrado pelo requerido no SPC em 30.11.2006 e tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 11.12.2006, tenho que não há que se cogitar de prescrição.

[...]

No caso de que se trata, restou incontroversa a alegação do autor no sentido de que seu nome foi cadastrado no SPC por ordem do requerido, o que, aliás, foi admitido na contestação e devidamente comprovado através do documento de fls. 9-10. Portanto, resta analisar a legalidade ou não do cadastramento e se esse registro indevido é capaz de gerar a obrigação de indenizar. (fls. 63 e 65).

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

Primeiramente, consigno que não assiste razão ao banco requerido, ora apelado, quando sustenta estar prescrita a pretensão de reparação civil, a teor do disposto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002.

No caso em apreço, ainda que a inscrição seja datada de 17.11.2003, sobrepõe-se que o prazo prescricional à pretensão reparatória tem como marco inicial a data do conhecimento, pelo demandante, ora apelante, do referido registro.

[...]

Destaco ser incontroversa a liquidação do débito, conforme reconhecido pelo próprio banco apelado (fl. 32), bem como ser indevida a inscrição.

Com efeito, é entendimento desta Câmara que sendo indevida a manutenção da inscrição nos cadastros de inadimplentes decorre, inquestionavelmente, o dano moral puro que dispensa qualquer prova a respeito, pois ninguém ignora os efeitos nefastos do ato. (fl. 86).

3. Como observado em precedente deste Colegiado referente ao REsp n. 740.061-MG, de minha relatoria, desenganadamente configura-se, no caso, uma relação de consumo (Súmula n. 297-STJ).

É bem de ver, no entanto, que o caso ora em análise não trata de reparação de danos causados por fato do produto ou serviço, requisito essencial para a aplicação do prazo prescricional descrito no art. 27 do CDC, *in verbis*:

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Com efeito, discute-se, na espécie, o direito a indenização do autor em face de inscrição indevida de seu nome em órgãos de restrição ao crédito, decorrente de um vício de adequação do serviço realizado pelo banco.

Logo, a situação dos autos não se coaduna com o âmbito de aplicação do art. 27 do CDC, restrito aos casos em que se configura fato do produto ou do serviço, conforme previsto no art. 14 do Diploma Consumista:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Zelmo Denari explica o conceito de serviço defeituoso previsto no art. 14, CDC:

O § 1º do art. 14 oferece critérios de aferição do vício de qualidade do serviço prestado, e o item mais importante, neste particular, é a segurança do usuário, que deve levar em conta: o modo do fornecimento do serviço; os riscos da fruição; e a época em que foi prestado o serviço.

O dispositivo enfocado é mera adaptação da norma que conceitua o “produto defeituoso”, prevista no art. 6º da Diretiva n. 374/1985 da CEE e no § 1º do art. 12 do nosso Código de Defesa do Consumidor.

O serviço presume-se defeituoso quando é mal apresentado ao público consumidor (inc. I), quando sua fruição é capaz de suscitar riscos acima do nível de razoável expectativa (inc. II), bem como quando, em razão do decurso de tempo, desde a sua prestação, é de se supor que não ostente sinais de envelhecimento (inc. III). (GRINOVER, Ada pellegrini...[et al.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p. 203).

Confirmam-se os seguintes precedentes:

Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade pelo fato do produto. Prescrição.

A ação de indenização por fato do produto prescreve em cinco anos (arts. 12 e 27 do CDC), não se aplicando a hipótese as disposições sobre vício do produto (arts. 18, 20 e 26 do CDC).

Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 100.710-SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25.11.1996, DJ 3.2.1997 p. 733).

Responsabilidade civil. Dano moral e estético. Indenização.

Tabagismo. Reparação civil por fato do produto. Prescrição quinquenal. Reconhecimento no caso concreto.

I - Indenização de males decorrentes do tabagismo, fundamentada a petição inicial no art. 27 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

II - Tratamento do caso como “danos causados por fato do produto ou do serviço prestado” (CDC, art. 27).

III - Prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor incidente, e não prescrição ordinária do Código Civil.

IV - Art. 7º do Cód. de Defesa do Consumidor inaplicável ao caso específico.

Recurso especial provido.

(REsp n. 782.433-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 20.11.2008).

Consumidor. Reparação civil por fato do produto. Dano moral e estético. Tabagismo. Prescrição. Cinco anos. Princípio da especialidade. Início da contagem. Conhecimento do dano e da autoria. Reexame de provas. Súmula n. 7. Ausência de indicação do dispositivo de lei supostamente violado. Deficiência na fundamentação. Súmula n. 284-STF. Divergência não-configurada.

- A ação de reparação por fato do produto prescreve em cinco anos (CDC; art. 27).

- O prazo prescricional da ação não está sujeito ao arbítrio das partes. A cada ação corresponde uma prescrição, fixada em lei.

- A prescrição definida no art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do art. 177 do CC/1916. Não houve revogação, simplesmente, a norma especial afasta a incidência da regra geral (LICC, art. 2º, § 2º).

- A prescrição da ação de reparação por fato do produto é contada do conhecimento do dano e da autoria, nada importa a renovação da lesão no tempo, pois, ainda que a lesão seja contínua, a fluência da prescrição já se iniciou com o conhecimento do dano e da autoria.

- “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” - É inadmissível o recurso especial, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir exata compreensão da controvérsia.

Inteligência da Súmula n. 284-STF.

- Divergência jurisprudencial não demonstrada, nos moldes exigidos pelo par. único, do art. 541, do CPC.

(REsp n. 304.724-RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 24.5.2005, DJ 22.8.2005 p. 259).

Direito do Consumidor. Responsabilidade civil por fato do produto. Indenização. Danos morais e materiais. Tabagismo. Prescrição. Cinco anos.

1. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto (art. 27 do CDC).

2. A regra especial expressa no Código de Defesa do Consumidor afasta a incidência da norma geral prevista no Código Civil (art. 2º, § 2º, da LICC).

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.036.230-SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 23.6.2009, DJe 12.8.2009).

Assim, o defeito do serviço que deu causa à negativação indevida do nome do consumidor, ato ilícito que caracteriza, também, infração administrativa (art. 56 do CDC c.c. o art. 13, inc. XIII, do Decreto n. 2.181/1997) e ilícito penal (arts. 72 e 73 do CDC), gerando direito à indenização por danos morais (REsp n. 1.062.336-RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Segunda Seção, julgado em 10.12.2008, DJe 12.5.2009), não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC.

Diante disso, embora aplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações entre clientes/consumidores e Bancos, a pretensão recursal ora em análise, de caráter personalíssimo, foi acertadamente formulada com base no Direito Civil, pois, inexistindo norma específica quanto ao prazo prescricional aplicável ao caso, é de rigor a incidência das normas relativas à prescrição insculpidas no Código Civil.

4. É correto o entendimento perfilhado pelas instâncias ordinárias de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da “*actio nata*” o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências.

Confira-se:

Administrativo e Processual Civil. Responsabilidade civil do Estado. Emissão em duplicidade do mesmo número de CPF. Inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito. Prescrição. Termo inicial. Princípio da *actio nata*. Nexo causal. Montante indenizatório. Súmula n. 7-STJ.

1. Foi ajuizada ação indenizatória contra a Caixa Econômica Federal - CEF e a União em decorrência da equivocada emissão em duplicidade do número de CPF, o que teria ocasionado danos morais à ora agravada na medida em que foi irregularmente inscrita em cadastros de restrição de crédito em razão da inadimplência de terceira pessoa que possuía idêntico número de identificação.

2. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a fixação do termo inicial da prescrição deve observar o princípio da *actio nata*. Precedentes: AgREsp n. 1.060.334-RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 23.4.2009; REsp n. 735.377-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 2.6.2005; REsp n. 718.269-MA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 29.3.2005.

[...]

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.074.476-RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4.8.2009, DJe 2.10.2009).

No mencionado precedente, relatado pelo em. Ministro Castro Meira, Sua Excelência dispôs:

Na espécie, a Corte de origem deixou consignado:

No caso, a autora somente tomou conhecimento de que seu nome havia sido indevidamente inscrito em cadastros de inadimplemento em abril de 2001, quando lhe foi negado o crédito em estabelecimento comercial. Assim, tendo sido a presente ação ajuizada em 3 de julho do mesmo ano, não há que se falar em prescrição (fl. 131).

Com efeito, a ora agravada não tinha ciência da irregularidade na emissão do CPF em momento anterior à constatação do dano, o que ficou caracterizado tão-somente na ocasião em que tomou conhecimento de sua errônea inscrição em cadastros de proteção ao crédito em função de contumaz inadimplência da terceira pessoa com quem compartilhava o mesmo número de identificação.

Na mesma toada, há outros precedentes desta Corte:

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Ação de reparação por danos morais e materiais. Perda de propriedade imobiliária em decorrência de defeito na prestação de serviço cartorário. Inexistência de violação dos arts. 458 e 535 do CPC. Alegação de coisa julgada. Necessidade do reexame de prova - Súmula n. 7-STJ. Prescrição. Termo *a quo*. Indenização. Valor do imóvel ao tempo da avaliação.

1. Não ocorre ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da parte recorrente demanda o reexame de provas.

3. O art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 fixa como termo inicial da prescrição quinquenal a data do ato ou fato que deu origem à ação de indenização.

4. O direito de pedir indenização, pelo clássico princípio da *actio nata*, surge quando constatada a lesão e suas consequências, fato que desencadeia a relação de causalidade e leva ao dever de indenizar.

[...]

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp n. 1.168.680-MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.4.2010, DJe 3.5.2010).

Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Inabilitação em exame psicotécnico, posteriormente considerado ilegítimo por sentença judicial. Ação de indenização. Prazo prescricional. Termo inicial. Data do ato ou fato lesivo. Princípio da *actio nata*. Interrupção do prazo prescricional pelo ajuizamento de demanda questionando a ilicitude da conduta. Dano moral. Inviabilidade, no caso, de examinar o valor da condenação (Súmula n. 7-STJ).

1. Em nosso sistema, o prazo prescricional está submetido ao princípio da *actio nata*: seu termo inicial é a data a partir da qual a ação poderia ter sido proposta. É assim também em relação às dívidas da Fazenda Pública, cujas ações, segundo texto expresso de lei, "prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem" (art. 1º do Decreto n. 20.910/1932).

2. No caso, a lesão ao direito, que fez nascer a pretensão à indenização, decorreu do ato que eliminou o candidato do concurso, razão pela qual o prazo da prescrição teve início na data da cientificação do ato lesivo.

[...]

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp n. 718.269-MA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.3.2005, DJ 29.3.2005, p. 200).

Processual Civil. Desapropriação. Desistência. Ação de indenização. Prescrição. Termo inicial. Data da efetiva constatação do dano. Princípio da *actio nata*.

1. Em nosso sistema, o prazo prescricional está submetido ao princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação.

2. No caso concreto, a ciência inequívoca da violação do direito se deu com a homologação da desistência pelo Poder Público, vez que, neste momento, o demandante constatou que a desapropriação não se concretizaria e não viria a receber a indenização devida, mesmo já tendo sofrido prejuízos.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 816.131-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27.3.2007, DJ 7.5.2007, p. 285).

Responsabilidade civil. Tabagismo. Ação reparatória ajuizada por familiares de fumante falecido. Prescrição incorrente. Produto de periculosidade inerente. Inexistência de violação a dever jurídico relativo à informação. Nexos causal indemonstrado. Teoria do dano direto e imediato (interrupção do nexos causal). Improcedência do pedido inicial.

[...]

2. A pretensão de ressarcimento do próprio fumante (cuja prescrição é quinquenal, REsp n. 489.895-SP), que desenvolvera moléstias imputadas ao fumo, manifesta-se em momento diverso da pretensão dos herdeiros, em razão dos

alegados danos morais experimentados com a morte do fumante. Só a partir do óbito nasce para estes ação exercitável (*actio nata*), com o escopo de compensar o pretense dano próprio. Preliminar de prescrição rejeitada.

[...]

12. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.

(REsp n. 1.113.804-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27.4.2010, DJe 24.6.2010).

5. É também correto afirmar que a relação litigiosa é contratual.

De fato, a moderna doutrina civilista, ao adotar a concepção do vínculo obrigacional como relação dinâmica, revela o reconhecimento de deveres secundários, ou anexos, da obrigação, que incidem de forma direta nas relações obrigacionais, prescindindo da manifestação de vontade dos participantes e impondo às partes o dever de zelar pelo cumprimento satisfatório dos interesses da outra parte, vista no direito moderno como parceira contratual.

Lembro, nesse sentido, o magistério de Fernando Noronha, para quem “tanto os deveres principais como os secundários são dirigidos à realização de prestações específicas predetermináveis, sendo os primeiros aqueles que caracterizam a obrigação e sendo os segundos respeitantes a prestações outras, mas ainda diretamente ligadas à realização das primeiras” (NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78).

Por sua vez, Clóvis do Couto e Silva assevera que:

A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico. Mas, tal finalidade, no que toca à aplicação do princípio da boa-fé, não é apenas o fim da atribuição, de que normalmente se fala na teoria da causa. Por certo, é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte. Não se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, mas de um *plus* que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse *plus* torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito. (COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 41).

Sobre a importância da boa-fé nos contratos entabulados, vale conferir, a propósito, as acertadas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

[...] a boa-fé se constitui numa fonte autônoma de deveres, independentemente da vontade, e, por isso, a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se medem somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio

jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes. A boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual. O princípio da boa-fé significa que todos devem guardar fidelidade à palavra dada e não frustrar ou abusar da confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas, sendo, pois, mister que se proceda tal como se espera que o faça qualquer pessoa que participe honesta e corretamente do tráfego jurídico. (Ruy Rosado Aguiar Junior, **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**, p. 238).

A existência dos chamados deveres anexos, instrumentais, secundários ou acessórios, revela-se como uma das faces de atuação ou operatividade do princípio da boa-fé objetiva:

“O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”. Com essas palavras, Clóvis do Couto e Silva inicia a sua obra *“A obrigação como Processo”*, que entre nós introduziu, já na década de 1960, a noção dinâmica da relação obrigacional, considerada como *“estrutura de processos”* e como *“totalidade”*, para a qual a noção de adimplemento desempenha um papel fundamental, distinto do mero modo de extinção das obrigações. O extremado relevo deste papel para a própria noção de obrigação só agora vem reconhecido pelo direito legislado, em razão da nova arquitetura da disciplina das Obrigações, traduzida pela estrutura sistemática adotada pelo novo Código Civil e pelas diretrizes teóricas que as polarizam.

Essa é, ao nosso juízo, a maior novidade do Código que entrou em vigor em 2003 em tema de obrigações: o traçar de uma *estrutura* que enseja um *método* diverso daquele tradicional, tudo estando embasado em uma nova *ideologia*, superadora do individualismo *a outrance* que, desde o inaugurar da Modernidade, tem sido colado ao Direito Privado como se fosse o seu selo, a marca gravada em sua genética.

Para bem marcar a diferença, observe-se que o Código de 1916 elencava as regras acerca do inadimplemento no Título II do Livro III da Parte Especial (Do Direito das Obrigações) sob a genérica denominação *“Dos Efeitos das Obrigações”*. Este elenco de regras vinha posto misturadamente às regras sobre o inadimplemento (Capítulo XIII), logo subsequente à parte onde se classificavam as *“Modalidades das Obrigações”* (Título I), e antecedentemente ao Título relativo ao fenômeno da transmissão das obrigações (reduzido ao caso da Cessão de Crédito, no Título III). O novo Código, diferentemente, introduz nesta matéria alteração metodológica que deve ser bem realçada.

[...]

No Título III, ao invés de englobar, assistematicamente, todas as formas pelas quais a relação obrigacional pode desaparecer, cuidou-se especificamente do *cumprimento*, ou *adimplemento*, ou ainda, *pagamento*, seja o cumprimento direto

voluntário e adequado pelo devedor, correspondente ao conceito técnico ou estrito de adimplemento, seja o chamado cumprimento indireto, tudo nomeando, com maior rigor técnico, “Do Adimplemento e Extinção das Obrigações”.

[...]

Foi esta importância vital do adimplemento na economia da relação obrigacional que o novo Código pretendeu realçar, inserindo o tema em capítulo autônomo. Adquiriu assim novo realce a pioneira concepção de Couto e Silva, que já dera frutos na doutrina e na jurisprudência.

[...]

Não mais se discute, em foros da ciência jurídica, que a relação jurídica obrigacional

alberga, sem prejuízo de sua unidade, uma pluralidade de elementos autonomizáveis com utilidade para a captação do seu regime, constituindo, por isto, uma *realidade complexa*.

Oportunamente cuidaremos da idéia de relação obrigacional complexa. Por ora é importante reter que cada relação obrigacional surge, normalmente, polarizada em torno de uma ou mais prestações que definem a sua configuração típica. Trata-se dos deveres *principais ou primários de prestação*, que constituem o núcleo, a “alma da relação obrigacional”, tendo em vista o atingimento do seu fim. Por esta razão, são eles que definem o tipo do contrato, se a relação obrigacional for contratual, sendo sempre os mesmos se for o mesmo tipo contratual.

Os deveres de prestação podem ainda ser *secundários* ou *acidentais*, o que comporta, por sua vez, outra subdivisão.

[...]

Porém, o conteúdo da relação obrigacional não se esgota nos deveres de prestação. Como averba Carneiro Da Frada, “a envolver os deveres de prestar, qualquer que seja a sua natureza, predispõem-se na relação obrigacional uma outra série de deveres essenciais ao seu correto processamento”. São os chamados *deveres instrumentais*, entre os quais se inserem os *deveres de proteção*.

Os deveres instrumentais adquirem diversa terminologia. Ditos *Nebenpflichten*, na terminologia alemã, e por vezes mesmo chamados de anexos, ou laterais, ou acessórios, têm como particularidade o seu *escopo*, que diz com o *exato processamento da relação obrigacional considerada como uma totalidade unificada finalisticamente, e considerados os legítimos interesses de ambos*. Nesta medida, são deveres marcados pela instrumentalidade, razão pela qual nós os denominamos “deveres instrumentais”. Como explica Carneiro Da Frada, estes deveres, diversos do dever de prestar,

não estão estes virados, pura e simplesmente, para o cumprimento do dever de prestar, antes visam a salvaguarda de outros interesses que devam, razoavelmente, ser tidos em conta pelas partes no decurso de sua relação.

Os deveres instrumentais não decorrem necessariamente do exercício da autonomia privada nem de explicitação legislativa. Podem comparecer em qualquer relação obrigacional, apresentando-se em *graus escalonados de intensidade* conforme o dinâmico desenrolar da relação, as situações jurídicas subjetivas em causa, as suas características e circunstâncias concretas, sendo de impossível definição taxativa ou *a priori*. O desenvolvimento de sua tipologia, que é aberta, muito deve à atividade judicial.

Acentuemos as características.

São instrumentais os deveres decorrentes da boa-fé porque direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, à vista das concretas finalidades para que foi criado o vínculo; a mesma característica da instrumentalidade se verifica porque auxiliam a densificar a diretriz constitucional da solidariedade social no campo do Direito das Obrigações.

Igualmente, são “avoluntariadas” porque não derivam, necessariamente, do exercício da autonomia privada (podendo mesmo limitar aquele exercício) nem de pontual explicitação legislativa (servindo, muitas vezes, para suprir e corrigir disposição legal) tendo presente a relação obrigacional concretamente considerada, a sua “economia”, o programa econômico contratual a ser visualizado no quadro da efetiva realidade social e econômica em que o contrato opera.

[...]

Embora não se possa, como alertamos acima, apresentar uma “listagem taxativa” dos deveres instrumentais, o estágio da doutrina e da jurisprudência já permite sinalizar dois grandes tipos ou grupos. A distinção opera entre os que têm um fim marcadamente *positivo* e os que visam proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio, sendo, então, denominados *deveres de proteção*.

Exemplificativamente, constituem deveres instrumentais (positivos e de proteção) os deveres de lealdade, de cuidado, previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa e o patrimônio da contraparte de não aguardar a situação do parceiro contratual; de evitar ou diminuir os riscos; de abstenção de condutas que possam pôr em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses, deveres que podem anteceder o contrato, na chamada fase pré-contratual, ou mesmo prolongar-se findo o negócio, hipótese da responsabilidade pós-contratual, como já vinha apontando a jurisprudência esclarecida.

[...]

Assim como ocorre a criação de deveres, pode ainda verificar-se, pela incidência da boa-fé objetiva, a limitação do exercício de direitos subjetivos ou de direitos formativos.

[...] vedando a contrariedade da conduta contratual, hipótese designada pela expressão *tu quoque*, ou ainda carreando à antiga *fattispecie* do abuso de direito uma conotação objetiva, assim como procede, agora, o art. 187 do Código Civil.

Estes deveres e limitações não são passíveis de definição *a priori*, porque, notadamente na relação obrigacional derivada de contrato, são os que resultarão necessários para a realização do “programa contratual” (entendido no aspecto objetivo e econômico-social) concretamente considerado. Portanto, sua especificação depende de cada contrato, à vista da sua relação econômica de base, afirmando Ruy Rosado de Aguiar que a boa-fé,

implica a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isto o leve para fora do círculo da vontade.

Em suma, em paralelo aos deveres derivados do exercício da autonomia privada e daqueles especificamente cominados na lei, os deveres decorrentes da boa-fé, concretizados por via da atividade jurisdicional no campo de função demarcado pela relação obrigacional, sinalizam o *adequado adimplemento*, apontando, correspectivamente, às hipóteses de *inadimplemento*, cujo conceito resta, assim, correspondentemente alargado, pois pode ser ocasionado não só pela quebra dos deveres de prestação como pela violação dos deveres instrumentais e, de modo especial, dos deveres de proteção.

Por esta via compreende-se a íntima ligação ente o adimplemento (e, reversamente, o inadimplemento) e os deveres e limitações impostos pela boa-fé, considerada em sua feição objetiva. Esta, na medida em que implica a efetiva prossecução do fim da obrigação - isto é, o adimplemento *com satisfação* - “complementa as formulações, por vezes lacônicas, dos vínculos creditícios”, ao provocar, para ambos os integrantes da relação jurídica, a já aludida assunção de deveres instrumentais e ao impor, por vezes, limitações a direitos subjetivos e poderes formativos.

4.4. Consagração explícita da boa-fé objetiva

O novo Código Civil consagra explicitamente o princípio da boa-fé em sua dupla feição, a subjetiva - designativa de uma crença na aparência de licitude, ou da convicção de não se estar a lesar direito alheio - e a objetiva, como regra de conduta. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 1-43).

Consoante o escólio de Pietro Perlingieri, “a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação”, implicando em uma mudança abissal de perspectiva no sentido que a obrigação deixa de ser considerada estatuto do credor, pois “a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor”. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:**

introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 212).

Nesse ponto, convém registrar, também, o magistério de Cláudia Lima Marques, para quem a *“boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”*. (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. I, p. 106-107).

Nessa linha de entendimento e tomando como premissa, segundo a melhor doutrina, a boa-fé objetiva tem por escopo resguardar as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual, por intermédio do cumprimento de um dever genérico de lealdade e crença, aplicando-se a ambos os contratantes.

Deveras, o princípio da confiança decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, ainda que de forma implícita, deveres de conduta a serem observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir entre ambos.

Destarte, a violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina:

Estudando a questão da existência do contrato, não podemos esquecer o que Savatier considera os deveres existentes entre as partes, lateralmente a um contrato.

[...]

Deveres posteriores à execução do contrato

Em segundo lugar, embora no mesmo plano dos deveres anteriores, estão, em relação ao contrato, os deveres a ele posteriores. A situação que os caracteriza se apresenta quando uma das partes se nega a reconhecer as consequências da extinção do contrato, não querendo restituir, por exemplo, o objeto que detinha, a justo título, em virtude dele e que conserva em seu poder, apesar de já lhe faltar qualidade. A responsabilidade opina, no caso, será contratual ou delitual? Savatier opina pela primeira hipótese, porque é do próprio contrato que nasce a obrigação de

pôr fim, assim que ele expire, à situação que criou. Mas reconhece a existência de julgados em contrário, e bem fundamentados, o que nos parece argumento suficiente para evitar uma regra absoluta, embora nos inclinemos à primeira solução.

Em obra que se recomenda pela solidez da argumentação, exemplos práticos e citação jurisprudencial à favor da tese defendida, Rogério Ferraz Donnini defende a tese da responsabilidade civil pós-contratual, que derivaria do inadimplemento de “certos deveres laterais, acessórios ou anexos, que deveriam persistir mesmo posteriormente à extinção da relação jurídica”. Anuncia o autor que a teoria tem sua origem do direito alemão, e o marco do seu acolhimento em 1925, “quando o Reichsgericht (RG) decidiu que, após o término de uma cessão de crédito, o cedente deveria continuar a não impor obstáculo ao cessionário. No ano seguinte, nova decisão aplicou essa teoria ao determinar, findo um contrato de edição, que os titulares dos direitos de publicação (no caso os herdeiros de Flaubert) estavam impedidos de fazer concorrência ao editor, por meio da publicação de novas edições, enquanto não esgotadas as anteriores”.

[...]

Não é essa, contudo, a única referência que faz em apoio à tese da responsabilidade pós-contratual, atribuindo ao ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior o puerismo da sua defesa prática, conforme se vê no aresto publicado na RJTJRGs, quando ele, ainda desembargador do Tribunal local, relatou a Apelação Cível n. 588.042.580, pela 5ª Câmara, em que assim ficou decidido:

Compra e venda. Resolução. Culpa pos factum finitum. O vendedor que imediatamente após a venda torna inviável à compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e escoraçando-a do lugar, para aproveitar-se disto e vender a casa para outrem, descumpra uma obrigação secundária do contrato e dá motivo à resolução. Princípio da boa-fé. Preliminar de nulidade rejeitada.

Referencia esse mesmo autor outro caso em que a teoria da responsabilidade civil pós-contratual teria sido utilizada, contudo sem a menção a esse *nomem iuris*, a saber no REsp n. 132.565-RS, sendo Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, cuja ementa, publicada no DJ de 12.2.2001 é a seguinte:

Civil e Processual. Acórdão. Nulidade. Omissão não configurada. Notas de crédito comercial. Repactuação posterior em contrato de confissão de dívida. Prova pericial. Investigação da legitimidade de cláusulas anteriores. Sequência contratual. Possibilidade. Necessidade de perícia. Reexame. Matéria de fato.

[...]

Comenta, então, Rogério Donnini: “Os efeitos do contrato original foram questionados e analisados mesmo após a sua extinção para que se verificasse a legalidade daquilo que foi pactuado e a sequência dos acordos, até atingir aquilo que foi objeto da novação. Quando se assevera no aresto que

é necessário o exame da legalidade do procedimento adotado, incluindo-se o contrato anterior, extinto pela novação, a ideia é de análise do contrato original e seus efeitos. Essa análise passa, sem dúvida, pela verificação da infração ou não dos deveres acessórios ou anexos, em especial os deveres de informação e lealdade. Este com mais ênfase. Pois no caso em estudo a constatação de ausência de lealdade contratual, mesmo após a extinção da avença, acarreta a responsabilidade civil da parte que descumpriu esse dever acessório. No acórdão em análise, a possibilidade de serem revistas cláusulas contratuais de avença já extinta demonstra claramente que os efeitos do contrato então extinto persistiram não apenas até a novação, mas posteriormente a esta". (DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 138-140).

Marco Antonio Trevisan leciona:

A obrigação não se limita às prestações singularmente consideradas, mas atine a uma relação jurídica global que estabelece vínculos especiais entre as partes envolvidas, de sorte que a relação jurídica obrigacional gera não só o dever de cumprir a prestação principal, mas uma série de deveres paralelos, estabelecidos a partir de situações concretas, e não a partir da análise meramente teórica ou abstrata da obrigação.

[...]

Assim, a obrigação é um complexo orgânico porque transcende a mera individualidade de cada um de seus elementos (direitos, obrigações, deveres etc.), integrando-os num todo, e é um processo porque esse todo, essa unidade, se sujeita a todas as vicissitudes que se lhe apresentam para atingir, efetivamente, o adimplemento.

Nesse complexo obrigacional, depreende-se, segundo a doutrina de Mota Pinto, a divisão dos deveres em, primeiramente, *deveres principais* e *deveres secundários*. Aqueles seriam os que definem o tipo do contrato, ou seja, aqueles para os quais o contrato foi primordialmente celebrado (v.g., a obrigação de pagar o preço e entregar a coisa, no contrato de compra e venda).

Os *deveres secundários*, a seu turno, dividem-se em *deveres secundários com prestação autônoma*, que constituem um sucedâneo do dever principal, na falta ou impossibilidade do cumprimento deste (v.g., a indenização por perdas e danos, no caso do inadimplemento do devedor); e *deveres secundários acessórios da prestação principal*, que gozam de autonomia frente ao *dever principal*, mas que estão voltados à realização efetiva deste (v.g., o dever do vendedor transportar ou embalar a coisa vendida).

Mas a totalidade dos vínculos jurídicos ordenados pelo contrato não se esgota nesses deveres. Há, ainda, os chamados *deveres anexos*, que ganham, na doutrina, uma infinidade de denominações: *deveres acessórios, instrumentais, laterais, de cooperação* ou *colaboração* etc, aos quais preferimos denominar *deveres anexos*.

Assim, a obrigação - sobretudo inserida no contrato - passou a ser entendida como *processo*, ou seja, um *iter* a ser percorrido no qual as partes se incumbem de cumprir os deveres que lhe são opostos, voltados a um resultado positivo do contrato. E os deveres anexos, segundo Mota Pinto, assumem neste contexto papel preponderante:

Não existindo, pois, desde o início, em número e com um conteúdo fixo, dependendo o seu surgimento e a sua superação da situação material concreta, como emanações do princípio da boa-fé, segundo o fim do contrato, carecendo dum fim próprio, diverso do auxílio à consecução do interesse contratual e do impedimento de conseqüências laterais indesejáveis, surgem-nos, segundo a sua essência, como algo funcional, como elementos de um processo para determinado fim.

O *processo*, ou seja, a complexidade obrigacional afetada, sistematicamente, à realização positiva do fim do contrato, está ligada, portanto, à relação que se estabelece entre uma série de deveres (e respectivas fontes) com o desenvolvimento do contrato.

[...]

Daí dizer, Francisco José Ferreira Muniz, que a boa-fé é responsável por aquela complexidade orgânica presente no contrato, ou seja, aquela realidade composta de deveres afetados à consecução do bom termo da relação jurídica contratual.

A função *integrativo-normativa* da boa-fé *objetiva* é assinalada com proficiência por Fernando Noronha:

O segundo comando que se desdobra do princípio da boa-fé estabelece que os direitos e deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato (...), eventualmente acrescido de outros deveres previstos pelas partes e ainda os estabelecidos nas leis, supletivas ou imperativas, aplicáveis ao negócio celebrado: a boa-fé impõe a observância também de muitos outros deveres de conduta que vêm sendo evidenciados a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica, globalizante.

Logo, a boa-fé *objetiva*, sendo uma fonte de obrigações, põe-se ao lado da lei no papel de integrar, a título injutivo, o conteúdo do contrato, máxime quando a autonomia privada não é mais vista como uma causa de obrigações - no sentido da liberdade que as partes têm de estipular o conteúdo do contrato -, mas uma causa para que novas obrigações sejam *impostas*, estejam elas previstas ou não no contrato. A boa-fé, aqui, constitui, no contrato, uma fonte *heterônoma* de obrigação, na esteira da lição de Enzo Roppo: "Registra-se, assim, em sede de determinação do conteúdo do contrato, uma dialéctica entre fontes do tipo diverso, que pode, por comodidade, simplificar-se, numa contraposição entre a fonte 'voluntária' (que exprime e realiza a liberdade contratual - e económica - dos particulares) e as outras fontes, diversas da vontade das partes (...)"

Nessa função *normativo-integrativa da boa-fé objetiva* é que se inserem os chamados *deveres anexos*, que não estão afetados a apoiar a execução do dever principal - papel atribuído aos *deveres acessórios* -, mas estão, antes, voltados à proteção dos interesses que as partes depositam no momento da contratação. Assim, esperam as partes que não venham a suportar danos materiais ou pessoais produzidos por uma delas a outra, esperam que sejam informadas ou esclarecidas sobre qualquer fato que possa influir na execução ou no resultado obtido com a contratação, esperam que uma delas não frustrar o escopo ou fim do contrato etc.

[...]

A doutrina, no trato dos deveres anexos, discrimina os mais diversos: fala-se em dever de cuidado, de aviso, de cooperação, de colaboração de omissão, de segredo etc., e a profusão de deveres anexos que a doutrina não se cansa de apontar deriva, na verdade, da “fecundidade” atribuída a seu princípio matriz: a boa-fé. Mas na verdade eles não têm *número* ou *conteúdo* definido, nem é possível dizer que estão presentes tão-só em determinado período do contrato, pois dependem, quanto à sua intensidade, aparecimento e *duração*, das vicissitudes fáticas que se verificam no fenômeno contratual.

Todavia, é possível reconduzir esses deveres anexos, que a princípio existem em *número* indeterminado, a três categorias gerais: dever de proteção, de esclarecimento e de lealdade. O primeiro impõe que os contratantes não gerem danos ao patrimônio ou à pessoa um do outro; o segundo impõe que haja entre as partes informações contínuas e suficientes sobre qualquer situação que possa influir na sorte do contrato; e o terceiro impõe que o resultado obtido pelas partes com o contrato não tenha sua utilidade frustrada.

Esses deveres atentam condutas que se somam àquelas que constituem o dever principal e secundário, e que, portanto, a estas se integram para o bom termo do cumprimento da obrigação ou da garantia do gozo dos direitos por ela criados. Ademais, são deveres que se impõem, também, ao credor, como pontifica Antônio Menezes Cordeiro:

[...]

Daí que a extinção de um contrato pelo cumprimento do dever principal e, eventualmente, dos deveres secundários, não inibe a eficácia ulterior dos deveres anexos, motivo pelo qual, por conseguinte, as partes mantêm-se obrigadas no que toca à sua observância, sob pena de se caracterizar responsabilidade pós-contratual:

[...]

Logo, embora extinto o contrato pelo adimplemento, é a partir dele que irradiaram, por meio da incidência da boa-fé, os deveres anexos, de sorte que sua violação caracteriza a responsabilidade *contratual*. (NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Responsabilidade Civil: Direito de Obrigações e Direito Negocial**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010, v. II, p. 260-274).

Ademais, é certo que a ilicitude do ato decorre justamente da existência de novação firmada pelas partes, não tendo o réu, por inescusável negligência, observado seus deveres inerentes à boa-fé objetiva, de proteção e lealdade para com o autor, com quem celebrou o contrato extinguindo a obrigação que fora inserida no cadastro depreciador.

Vale frisar que, reconhecendo a negatificação realizada por banco de nome de cliente, caracterizando ilícito contratual, há precedentes das duas Turmas desta Seção:

Civil e Processual. Ação de indenização. Processo anterior para revisão de contrato de abertura de crédito em conta corrente. Inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplentes. Descumprimento ordem judicial. Dano moral. Juros moratórios. Termo inicial. Percentual. Novo Código Civil.

I. Os juros de mora têm início a partir da citação, por tratar-se de ilícito contratual. Inaplicável a Súmula n. 54-STJ.

[...]

III. Recurso especial conhecido e provido em menor extensão.

(REsp n. 828.148-RS, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 2.9.2008, DJe 4.11.2010).

Agravo regimental. Ação de indenização. Danos morais. Inclusão indevida na Serasa. Juros de mora.

Tratando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros respectivos devem ser regulados, até a entrada em vigor do novo Código, pelo artigo 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo artigo 406 do atual Código Civil.

Agravo improvido.

(AgRg no Ag n. 714.587-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11.3.2008, DJe 1º.4.2008).

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Manutenção indevida em cadastro de inadimplentes, por longo período, após quitação do débito. Fixação do valor indenizatório. Redução. Juros moratórios.

[...]

3. Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito, “independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrido pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento” (REsp n. 110.091-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 28.8.2000; REsp n. 196.824, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 2.8.1999; REsp n. 323.356-SC, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, DJ 11.6.2002).

[...]

6. Conforme entendimento firmado nesta Corte, “tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora são regidos pelo Código Civil vigente à época do evento causador do dano moral indenizado” (Cfr. REsp n. 645.339-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ. 8.11.2004). *In casu*, tendo em vista que o fato danoso ocorreu no momento em que a inscrição negativa do autor tornou-se irregular (4.5.2002), deve-se aplicar o percentual de 0,5% ao mês, previsto no Código Civil anterior.

7. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp n. 782.966-RS, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 18.10.2005, DJ 14.11.2005, p. 344).

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Indenização. Danos morais. Cobrança e registro indevidos no cadastro de inadimplentes.

Juros de mora. Precedentes.

[...]

3. A verba indenizatória única fixada a título de danos morais, estes advindos da cobrança de valor cancelado, incluindo-se juros ditos “extorsivos”, e, também, simultaneamente, do registro do nome do devedor em bancos de dados de inadimplentes, está diretamente ligada e é decorrente do contrato firmado entre as partes.

Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros moratórios relativos à indenização por danos morais incidem a partir da citação.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 476.632-SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 6.3.2003, DJ 31.3.2003, p. 224).

6. Nesse passo, Carlos Roberto Gonçalves leciona que o Código Civil diferencia a responsabilidade civil contratual e a extracontratual, observando que aquela está disciplinada nos artigos “395 e s. e 389 e s.” e esta nos “arts. 186 a 188 e 927”:

O Código Civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, disciplinando genericamente a responsabilidade extracontratual nos arts. 186 a 188 e 927 e s.; e a contratual, nos arts. 395 e s. e 389 e s., omitindo qualquer referência diferenciadora. É certo, porém, que nos dispositivos em que trata genericamente dos atos ilícitos, da obrigação de indenizar e da indenização (arts. 186 a 188, 927 e s. e 944 e s.), o Código não regulou a responsabilidade proveniente do inadimplemento da obrigação, da prestação com defeito ou da mora no cumprimento das obrigações provenientes dos contratos (que se encontra no capítulo referente aos efeitos da obrigações). Além dessas hipóteses, a responsabilidade contratual abrange

também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação, ainda que proveniente de um negócio unilateral (como o testamento, a procuração ou a promessa de recompensa) ou da lei (como a obrigação de alimentos).

E a responsabilidade extracontratual compreende, por seu turno, a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos de personalidade ou aos direitos de autor (à chamada propriedade literária, científica ou artística, aos direitos de patente ou de invenções e às marcas).

[...]

Vejam, assim, quais as diferenciações geralmente apontadas entre as duas espécies de responsabilidade.

A primeira, e talvez mais significativa, diz respeito ao ônus da prova. Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o *onus probandi*.

No entanto se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186 (um atropelamento, por exemplo), o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente (motorista). A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em conseqüência, houve o dano.

Outra diferenciação que se estabelece entre a responsabilidade contratual e extracontratual diz respeito às fontes de que promanam. Enquanto a *contratual tem a sua origem na convenção*, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), estatuído no art. 186 do Código Civil.

Outro elemento de diferenciação entre as duas espécies de responsabilidade civil refere-se à capacidade do agente causador do dano. Josserand entende que a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade simplesmente contratual, sendo mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual.

[...]

Outro elemento de diferenciação poderia ser apontado no tocante à gradação da culpa. Em regra, a responsabilidade, seja extracontratual (art. 186), seja contratual (arts. 389 e 392), funda-se na culpa. A obrigação de indenizar, em se tratando de delito, deflui da lei, que vale *erga omnes*.

Consequência disso seria que, na responsabilidade delitual, a falta se apuraria de maneira mais rigorosa, enquanto na responsabilidade contratual ela variaria de intensidade de conformidade com os diferentes casos, sem contudo alcançar aqueles extremos a que se pudesse chegar na hipótese da culpa aquiliana, em que vige o princípio do *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. No setor da

responsabilidade contratual, a culpa obedece a um certo escalonamento, de conformidade com os diferentes casos em que ela se configure, ao passo que, na delitual, ela iria mais longe, alcançando a falta ligeiríssima. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59-62)

No mesmo diapasão, leciona José de Aguiar Dias:

O Código Civil distinguiu entre responsabilidade contratual e extracontratual, regulando-as em seções marcadamente diferentes do seu texto. Confirma-o Sérgio Cavalieri, quando diz que "*há vantagens práticas indiscutíveis na divisão da responsabilidade civil em aquiliana e contratual, sem que isso interfira na sua unidade conceitual genérica*" e que "*o nosso Código Civil faz essa divisão, podendo-se dizer que, enquanto o art. 186 disciplina, genericamente, a responsabilidade aquiliana, o art. 389 cuida dos efeitos decorrentes da responsabilidade contratual*". (DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 127 e 128).

O artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, dispositivo tido por violado, dispõe:

Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

V - a pretensão de reparação civil;

Carlos Alberto Dabus Maluf, com referência à doutrina de Humberto Theodoro Júnior, observa que o artigo 206, § 3º, V, do Código Civil *cuida do prazo prescricional relativo à indenização por responsabilidade civil aquiliana*, disciplinada pelos artigos 186 e 187 do mencionado Diploma:

A Lei Civil anterior não previa prazo específico para essa hipótese, sujeitando-se ela ao prazo geral.

[...]

A reparação civil decorrente de ato ilícito está disciplinada pelos arts. 186 e 187 da Lei Civil de 2002.

[...]

Tratando-se de inovação, sem a correspondência no direito anterior, fica excluída a regra de transição do art. 2.028 nesta hipótese, ressalvado, apenas, o efeito imediato (art. 6º da LICC).

[...]

Ainda para Humberto Theodoro Júnior: “Quando a norma do art. 206, § 3º, inciso V, fala em prescrição da ‘pretensão de reparação civil’, está cogitando da obrigação que nasce do ilícito *stricto sensu*. Não se aplica, portanto, às hipóteses de violação do contrato, já que as perdas e danos, em tal conjuntura, se apresentam com função secundária. O regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria do plano sancionatório. Enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual) não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos). Daí que enquanto se puder exigir a prestação contratual (porque não prescrita a respectiva pretensão), subsistirá a exigibilidade do acessório (pretensão ao equivalente econômico e seus acréscimos legais). É, então, a prescrição geral do art. 205, ou outra especial aplicável *in concreto*, como a quinquenal do art. 206, § 5º, inciso I, que, em regra, se aplica à pretensão derivada do contrato, seja originária ou subsidiária a pretensão. Esta é a interpretação que prevalece no Direito Italiano (Código Civil, art. 2.947), onde se inspirou o Código brasileiro para criar uma prescrição reduzida para a pretensão de reparação do dano”. (MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Código Civil Comentado: artigos 189 a 232**. Atlas: São Paulo, 2009, p. 111-112).

Nessa linha, cumpre consignar que, em obra doutrinária, coordenada pelo Ministro Cezar Peluso, são feitos os seguintes comentários a respeito do dispositivo em comento:

Sem regra semelhante no Código de 1916.

A reparação civil encontra residência nos arts. 186 e 187. Também haverá obrigação de indenizar nos casos em que se admite a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, do CC).

Por se tratar de inovação, sem correspondência do direito anterior, fica excluída a regra de transição do art. 2.028 nesta hipótese, ressalvado, apenas, o efeito imediato (art. 6º da LICC).

O dano reparável tanto é o material como o moral, iniciando-se o prazo prescricional da data do ato ou fato que autorizar a reparação, salvo se o ato também constituir crime. (PELUSO, Cezar (Org.). **Código Civil Comentado**. 2 ed. Barueri: Manole, 2008, p. 158).

Nesse mesmo sentido, já decidiu este colegiado no julgamento do REsp n. 1.121.243, -PR relatado pelo em. Ministro Aldir Passarinho Junior, que o prazo de prescrição previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil não se aplica quando “a pretensão deriva do não cumprimento de obrigação e deveres constantes de contrato”:

Civil e Processual. Ação de ressarcimento de danos. Nulidade do acórdão. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Prescrição. Inocorrência. Juros de mora. Inadimplemento contratual. Termo inicial. Data da citação. Precedentes.

I. Quando resolvidas todas as questões devolvidas ao órgão jurisdicional, o julgamento em sentido diverso do pretendido pela parte não corresponde a nulidade.

II. A pretensão autoral, de direito pessoal, obedece ao prazo prescricional decenal.

III. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros incidirão a partir da citação.

IV. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp n. 1.121.243-PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 5.10.2009).

No mencionado precedente, Sua Excelência dispôs:

Quanto à alegada prescrição, não há que se falar em violação aos arts. 206, § 3º, II e V e 2.028 do Código Civil de 2002, ou ainda ao art. 178, § 10º, do Código Civil anterior. Ora, não se está aqui a tratar de prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias e muito menos de reparação civil.

Na realidade, as instâncias ordinárias bem delimitaram a pretensão autoral, dando seu correto enquadramento jurídico: a de que a ação versa sobre direito pessoal, tendo-se como aplicável a prescrição comum.

Com efeito, a pretensão deriva do não cumprimento de obrigação e deveres constantes de contrato firmado com a ré, prestadora de serviços, de natureza pessoal e, conseqüentemente, está sujeita ao prazo prescricional decenal.

7. No caso, como incontroverso nos autos, o vínculo é contratual, sendo que, anteriormente à inscrição indevida, as partes pactuaram novação, extinguindo a obrigação, justamente a de que dá conta o cadastramento desabonador, efetuado ulteriormente.

A ilicitude do ato decorre do fato de ter sido celebrada novação, extinguindo a obrigação anterior.

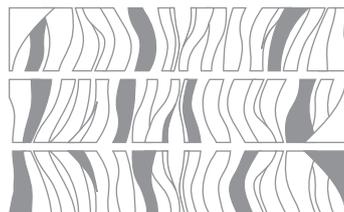
Com efeito, fica límpido que o réu não observou os deveres anexos à pactuação firmada e procedeu à negativação de débito que fora extinto pelo último contrato firmado pelas partes.

Destarte, como no caso trata-se de dano oriundo de inobservância de dever contratual, não é aplicável o prazo de prescrição previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

Como o caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos indicados pelo Código Civil, incide o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma.

8. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 115.521-DF (2008/0202497-0)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Impetrante: D'Alembert Jorge Jaccoud e outros

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Antônio Rogério Magri

EMENTA

Direito Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Foro por prerrogativa de função. Remessa dos autos ao juízo de primeiro grau. 1. Lei processual penal no tempo. Sentença condenatória proferida antes da modificação legislativa. *Tempus regit actum*. Competência para o recurso. Tribunal Regional Federal. Art. 108, inciso II, da Constituição Federal. Ofensa ao princípio do juiz natural. Não ocorrência. 2. Inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal. Efeitos vinculantes e *ex tunc*. 3. Ordem denegada.

1. As leis processuais penais aplicam-se de imediato, desde sua vigência, respeitando, porém, a validade dos atos praticados sob o império da legislação anterior (art. 2º do Código de Processo Penal). Infere-se daí que a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos e consequências jurídicas, mas se aplica apenas aos atos processuais a serem praticados.

2. Os atos processuais praticados no processo considerando-se a legislação vigente e o entendimento então consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, ao cancelar o enunciado de Súmula n. 394, não podem ser modificados pela Lei n. 10.628/2002. Se ao tempo da condenação não estava em vigor a referida lei, a competência para o julgamento do recurso de apelação era do Tribunal Regional Federal, nos termos do art. 108, inciso II, da Constituição Federal.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentados pela Lei n. 10.628/2002. Dessa forma, é de se reconhecer a competência do Juízo de primeiro grau para a apreciação do feito, tendo em vista os efeitos *ex tunc* e vinculantes da decisão definitiva de mérito proferida pela Corte Constitucional.

4. De fato, o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 permite ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por maioria de dois terços de seus membros, restringir, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, os efeitos da decisão ou decidir que só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Todavia, no caso em tela, tal situação excepcional não se sucedeu.

5. Assim, considerando os efeitos retroativos da ADIn n. 2.797-DF e não estando mais o paciente no exercício de suas funções, afasta-se a prerrogativa do foro especial, não se constatando, no caso concreto, violações aos seus direitos ou garantias, uma vez que a ação penal contra ele instaurada tramitou perante o juiz natural - o Juízo da Décima Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo - e o recurso foi julgado pelo órgão jurisdicional competente para a revisão das decisões dos juízes federais.

6. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 13.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de Antônio Rogério Magri, apontada como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Narra a impetração que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Antônio Rogério Magri, ex-Ministro do Trabalho e Previdência Social, dando-o como incurso nas penas do art. 317, *caput*, do Código Penal.

A ação penal foi iniciada no Supremo Tribunal Federal e passou à competência do Juízo de primeiro grau em razão do cancelamento do Enunciado n. 394 da Súmula da Suprema Corte.

Ao final da instrução, o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Recorreram as partes ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região. A Quarta Câmara Criminal negou provimento ao apelo da defesa e deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para fixar a pena em 4 (quatro) anos de reclusão, mantendo a conversão da pena privativa de liberdade em duas restritivas de direitos. Recebeu o acórdão a seguinte ementa (fls. 32-75):

Penal. Corrupção passiva. Art. 317 do Código Penal brasileiro. Prova da bilateralidade. Desnecessidade. Crime autônomo. Preliminares de nulidade da sentença por ausência de motivação, por não haver apreciado as teses da defesa e por basear-se em gravação clandestina. Pena-base. Fixação considerando as circunstâncias judiciais.

1. “Incorre nulidade por falta de apreciação de tese defensiva quando a sentença acolhe, em sua fundamentação, posição oposta àquela apresentada pelo réu, que resta implicitamente rejeitada” (*In* Código de Processo Penal Interpretado. Júlio Fabbrini Mirabete. 9ª edição - São Paulo: Atlas, 2002).

2. Não há ilicitude da prova consistente na gravação de conversa por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, agente do crime.

3. Para fins de tipicidade/punibilidade do delito de corrupção passiva, é suficiente a prova do recebimento da vantagem indevida por funcionário público, em razão da função que exerce, independentemente da prova da bilateralidade.

4. Autoria e materialidade do delito capitulado no art. 317 do Código Penal provadas, por todo o conjunto probatório, que é conclusivo quanto à participação do acusado no delito de corrupção passiva.

5. Majoração da pena-base, considerando o grau elevado de culpa, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

6. Apelação do réu improvida.

7. Apelação da acusação parcialmente provida.

Durante o julgamento do recurso de apelação, a defesa suscitou questão de ordem, alegando a incompetência absoluta do Tribunal Regional Federal, tendo em vista o teor do art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal.

A Turma, à unanimidade de votos, rejeitou a preliminar, afirmando a competência do Tribunal Regional Federal.

Ainda inconformada, interpôs a defesa recurso especial, que foi inadmitido na origem. Diante disso, interpôs o ora impetrante agravo de instrumento. O Superior Tribunal de Justiça não conheceu do recurso.

Considerando a possibilidade de execução provisória, o Ministério Público requereu fossem as penas restritivas de direito impostas ao paciente imediatamente cumpridas, expedindo-se carta precatória à Seção Judiciária de São Paulo.

O pedido foi deferido.

Entretanto, em virtude de pedido liminar deferido nos autos do *Habeas Corpus* n. 2008.01.00.015980-9, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a execução provisória da pena foi suspensa. Em 30 de junho de 2008, a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedeu a ordem a fim de extinguir a execução provisória das penas restritivas de direitos.

No presente *mandamus* sustenta o impetrante a nulidade absoluta do acórdão de apelação, tendo em vista que o julgamento do recurso pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região “se fez mediante manifesta violação da competência originária decorrente do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação adotada pela Lei n. 10.628/2002”.

Diante disso, requer, a concessão da ordem para o efeito de anular-se a decisão do Tribunal Regional Federal que julgou a Apelação Criminal n. 2000.01.00.033541-1, a fim de que outro julgamento seja proferido pelo mesmo Tribunal, agora detentor da competência para o caso.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 167-168).

Prestadas as informações (fls. 173-245), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (fls. 247-253). Eis a ementa do parecer:

Habeas corpus. Corrupção passiva. Ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social. Apelação criminal julgada pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Incompetência. Foro especial por prerrogativa de função. Julgamento de mérito da ADIn n. 2.797-DF. Inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal. Competência do juízo de primeiro grau. Ação penal iniciada após a cessação do exercício da função pública. Parecer pela denegação da ordem.

As informações complementares de fls. 270-274 esclareceram que, atualmente, o processo se encontra suspenso, bem assim que ainda não ocorreu o trânsito em julgado da condenação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): No presente *habeas corpus* discute-se sobre a competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para o julgamento do recurso interposto pela defesa, a propósito do que, na origem, a Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti asseverou (fl. 69):

É certo que a Lei n. 10.628 estabeleceu hipótese de competência do Supremo Tribunal Federal também para o julgamento de quem deixou de exercer o cargo, quando processado por ato praticado no seu exercício. É certo, também, que foi indeferida a liminar na ação direta em que se buscava a declaração de inconstitucionalidade dessa lei. Penso eu, todavia, que, se o Supremo vier, no julgamento final de mérito dessa ação direta, a declarar a constitucionalidade dessa lei, em última análise, ele estará reconsiderando a orientação do Plenário tomada quando da revogação da Súmula n. 394 a respeito da sua competência fixada na Constituição.

No caso específico desses autos, sabe-se que a denúncia foi oferecida perante o próprio Supremo Tribunal Federal, que, analisando os fatos contidos nesses autos e a Constituição vigente à época, que é a mesma Constituição ainda vigente, considerou que não era competente para o julgamento dessa ação penal, determinando a remessa dos autos ao 1º grau, onde ele foi regularmente processado e sentenciado.

Penso que esta Turma não tem como decidir contra essa decisão do Plenário do Supremo, que declinou da competência para a 1ª instância, e caberá a ela julgar a apelação. A revisão dessa decisão do STF somente seria possível em grau de recurso extraordinário, pelo próprio Supremo. A Turma está, pois, no meu entender, vinculada a aceitar que, para a causa em julgamento, a competência é da Justiça Federal de 1º grau e, agora, desta Turma, sob pena de alterarmos o decidido pelo Supremo quando remeteu os autos ao 2º grau, pois a competência do STF, repito, é exaustivamente fixada na Constituição.

É, assim, caso a mais sobre a sucessão de leis no tempo, em torno, é verdade, da garantia constitucional inscrita no art. 5º, inciso LIV, bem como da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que emprestou ao art. 84 do Código de Processo Penal, a seguinte redação:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º. A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Um registro: inicialmente, conforme vimos do acórdão local, fora pelo Juiz proferida sentença condenatória em 31 de janeiro de 2000. Mais um registro, a interposição do recurso ocorrera também do ano de 2000. Observem que os atos são anteriores à nova redação do art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal, dada pela Lei n. 10.628/2002.

A mim, portanto, se apresenta legal o ato que, ao final, indeferiu, na origem, o requerimento da defesa de Antônio Rogério Magri, ora paciente.

É um caso a mais a respeito do direito intertemporal, e a pretensão, aqui, é de se anular o julgamento do recurso de apelação, vindo a propósito a lição de Carlos Maximiliano (Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis, Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, p. 312) que, depois de acentuar que “disposições concernentes a jurisdição e competência aplicam-se imediatamente; regem o processo e julgamento de fatos anteriores à sua promulgação”, salienta que, “se, entretanto, já houve sentença relativa ao mérito, a causa prossegue no juízo onde surgiu o *verdictum*, salvo se foi suprimido o tribunal primitivo”.

Em tal aspecto, o meu entendimento é o de que as leis processuais penais no tempo aplicam-se de imediato, desde sua vigência, respeitando, porém, a validade dos atos praticados sob o império da legislação anterior (art. 2º do Código de Processo Penal). Ora, infere-se daí que a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos e consequências jurídicas, mas se aplica apenas aos atos processuais a praticar.

Vale dizer, quando o processo se inicia e se desenvolve perante juiz incompetente e, em grau recursal, é reconhecida a incompetência, penso que a ação penal deve ser anulada *ab initio*, com a repetição de todos os atos. Situação completamente diversa ocorre quando surge uma causa modificadora

da competência. Nesses casos, os atos praticados são válidos e podem ser aproveitados. Como o tempo rege o ato, no momento em que foram praticados o juiz era o competente, e a posterior ocorrência de causa modificadora não possui efeito retroativo.

No que se refere aos recursos, impende rememorar o magistério de Nelson Nery Júnior, cuja lição assim apreciou o tema: “a lei vigente no dia em que foi proferido o julgamento é que determina o cabimento do recurso; e a lei vigente no dia em que foi efetivamente interposto o recurso é a que regula o seu procedimento” (Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, 6ª edição, 2006, p. 568).

Essa mesma percepção foi registrada por Ada Pellegrini Grinover:

(...) Quando, porém, o processo já contém sentença de primeiro grau, o tribunal limita-se a julgar a apelação, não anulando os atos anteriormente praticados (HC n. 67.891, 2ª Turma do STF, j. 13.03.1990, DJU 18.05.1990): consideramos essa posição a correta, porquanto os atos, mesmo decisórios, foram realizados pelo juiz natural, constitucionalmente competente à época do processo. (As Nulidades no Processo Penal, 6ª edição, Revista dos Tribunais, p. 54)

É a compreensão que me parece correta, porquanto nesses casos se está diante de situação jurídica indivisível; e isso decorre da circunstância de que, com a mudança de jurisdição, como ocorre no caso, os efeitos do recurso podem modificar-se e, em matéria de recurso, o princípio é o de que a lei do recurso é a lei da sentença.

Vejam bem: a nova lei processual, por regular atos e atividades processuais, tem eficácia atual e futura, não podendo afetar a atividade processual definitivamente cumprida no processo, nem situação processual já adquirida. Dessa forma, em havendo sentença, principalmente quando a nova norma processual produz consequências diretas na competência recursal, devem reger, como efetivamente regem, a fase recursal do processo, as normas vigentes ao tempo da edição daquele decisório.

Daí que, no caso, a validade dos atos antecedentes à alteração da competência originária por força da Lei n. 10.628/2002, há de ser aferida segundo o estado de coisas anterior ao advento da modificação legislativa.

Noutras palavras: os atos processuais praticados considerando-se a legislação vigente e o entendimento então consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, ao cancelar o Enunciado de n. 394, não podem ser modificados pela Lei

n. 10.628/2002. A sentença condenatória foi prolatada pelo Juízo Natural, e o recurso foi interposto perante o órgão competente à época. A nova legislação não tem o condão de retroagir para desfazer atos praticados segundo as regras processuais vigentes.

Tendo em conta, por conseguinte, que ao tempo da condenação, a competência para o julgamento do recurso de apelação era do Tribunal Regional Federal, nos termos do art. 108, inciso II, da Constituição Federal, irrepreensível a decisão que rejeitou a preliminar de incompetência absoluta suscitada pelo impetrante.

Nesse sentido:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crime de homicídio qualificado. Protesto por novo júri. Réu julgado pelo Conselho de Sentença após a entrada em vigor da Lei n. 11.689/2008. Impossibilidade. Recurso desprovido.

1. A recorribilidade se submete à legislação vigente na data em que a decisão foi publicada, consoante o art. 2º do Código de Processo Penal. Incidência do princípio *tempus regit actum*.

2. O art. 4º da Lei n. 11.689/2008, que revogou expressamente o Capítulo IV do Título II do Livro III, do Código de Processo Penal, afasta o direito ao protesto por novo júri quando o julgamento pelo Conselho de Sentença ocorrer após a sua entrada em vigor, ainda que o crime tenha sido cometido antes da extinção do recurso.

3. Recurso desprovido. (RHC n. 26.033-RO, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 1º.8.2011).

Ainda que aqui se tivesse por admissível a aplicação da Lei n. 10.628/2002, o que o caso apresenta mesmo é a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 84, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal.

Observem que, a competência originária do Supremo Tribunal Federal está delimitada na Constituição Federal. Dúvidas não tenho de que a definição constitucional tem como móvel o cargo ocupado e não a proteção deste ou daquele cidadão. Esse enfoque, calcado no princípio do juiz natural, prevaleceu na ocasião em que a Corte, apreciando questão de ordem, veio a cancelar o Verbete n. 394.

Ora, a Lei n. 10.628/2002, ao dispor sobre a persistência da competência especial por prerrogativa de função, acabou discrepando da ordem natural das coisas. É que o legislador ordinário acabou por aditar as alíneas **b** e **c** do

inciso I do art. 102 da Constituição Federal para nelas incluir, em detrimento de interpretação consagrada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a continuidade do foro dito especial por prerrogativa de função, em que pese a cessação do exercício desta última.

Vejam que, firmada a premissa de que é a Constituição Federal quem define a competência do Supremo Tribunal Federal, tem-se que lei ordinária que venha a alterá-la, para elastecer ou diminuir seu âmbito de atuação, surge manifestamente inconstitucional.

E foi diante deste quadro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 15 de setembro de 2005, no julgamento da ADIn n. 2.797-DF, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei n. 10.628/2002.

O dogma da nulidade da lei inconstitucional, sabemos todos, pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Afirmouse, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.

Assim, julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade, ter-se-á uma declaração de nulidade da lei inconstitucional. Em outras palavras, à declaração de inconstitucionalidade atribui-se eficácia *ex tunc*. Eventual decisão de caráter restritivo há de ser expressa, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

Nesse sentido confirmam-se, como exemplo, julgados desta Corte:

A - Habeas corpus. Ex-prefeito. Prerrogativa de foro. Lei n. 10.628/2002. Inconstitucionalidade. Competência. Juízo singular.

1. Declarada, no julgamento da ADIn n. 2.797-DF pela Suprema Corte, a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescidos pela Lei n. 10.628/2002, compete ao juiz estadual de primeiro grau o julgamento da ação penal de crime praticado por ex-prefeito durante seu mandato.

2. Ordem concedida para reconhecer a incompetência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a anulação dos acórdãos lá proferidos e o deslocamento do Processo Criminal n. 70006138283 ao Juízo de primeiro grau.

(HC n. 170.132-RS, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 19.10.2011)

B - Habeas corpus. Processual Penal. Art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967. Ex-prefeito. Nulidade do julgamento do paciente pelo Tribunal *a quo*. Declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002 pelo Supremo Tribunal Federal.

Efeitos *ex tunc*. Recurso exclusivo da defesa. Julgamento desfavorável ao réu. *Reformatio in pejus*.

1. No julgamento da ADI n. 2.797-DF, ocorrido em 15 de setembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, com eficácia *ex tunc*, que havia conferido nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, ficando afastada a competência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para processar e julgar o ora Paciente, ex-prefeito municipal acusado da prática de crime de responsabilidade previsto no Decreto-Lei n. 201/1967. Precedentes desta Corte.

2. Incidência de *reformatio in pejus*, uma vez que tanto a decisão do Tribunal *a quo*, que determinou a remessa do processo-crime ao Juízo de primeiro grau para a prolação de nova sentença, como o novo *decisum* proferido, não restaram impugnados pelo Ministério Público, apenas pela defesa, verificando-se o trânsito em julgado para a acusação. Dessa forma, além da incompetência do Tribunal *a quo* para o julgamento do ora Paciente, o que já seria causa suficiente para a nulidade absoluta do julgado, ainda assim foi proferido, na espécie, julgado mais desfavorável ao ora Paciente, em recurso exclusivo da defesa.

[...]

(HC n. 70.401-RS, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 17.9.2007)

C - crime previsto no Decreto-Lei n. 201/1967. 1. Ex-prefeito. Foro por prerrogativa de função. Impossibilidade. Término do mandato. Competência do juízo de primeiro grau. 2. Crime de responsabilidade. Co-autoria ou participação de terceiros. Possibilidade. Precedentes. 3. Prazo de 5 dias para apresentação da defesa preliminar. Aplicação do prazo de 15 dias do artigo 514 do CPP. Questão prejudicada. Defesa apresentada tempestivamente. Prejuízo não demonstrado. 4. Recurso a que se nega provimento.

1. Findo o mandato eletivo do prefeito municipal, não há que se falar mais em foro por prerrogativa de função. Artigo 84, § 1º CPP declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 384 cancelada.

2. É admissível a co-autoria e a participação de terceiros nos crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores previstos no Decreto-Lei n. 201/1967. Precedentes.

[...]

4. Recurso a que se nega provimento.

(RHC n. 18.501-MS, Ministra Maria Thereza De Assis Moura, DJe de 20.10.2008).

Em suma, correto se me afigura o acórdão do Tribunal Regional Federal. Ora, considerando os efeitos retroativos da ADIn n. 2.797-DF e não estando mais o paciente no exercício de suas funções, afasta-se a prerrogativa do foro especial, não se constatando, no caso concreto, violações aos seus direitos ou

garantias, uma vez que a ação penal contra ele instaurada tramitou perante o juiz natural - o Juízo da Décima Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo - e o recurso foi julgado pelo Tribunal Regional Federal, órgão jurisdicional competente para a revisão das decisões dos juízes federais.

Por todo o exposto, voto no sentido de denegar a ordem.

HABEAS CORPUS N. 116.516-RJ (2008/0213126-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: C A A L

Paciente: A L C

Paciente: J O de F

Paciente: N T S

Paciente: J G D

Paciente: J C G S

Paciente: A G J

Paciente: A A D

Paciente: J R G F

Paciente: B M F J

Paciente: M C P

Paciente: A K

Paciente: A C R do E S

Paciente: P R F L

EMENTA

Habeas corpus. Conexão. Concurso de jurisdições da mesma categoria. Encaminhamento dos autos ao juízo cuja prevalência ocorre tanto em razão do cometimento de crimes mais graves quanto pelo cometimento do maior número de infrações. Impossibilidade,

ainda, de se infirmar tal determinação sem incorrer em detalhado e minucioso exame de provas, o que é inviável na via célere e restrita do *habeas corpus*. Investigações extremamente complexas. Impetrantes que de nenhuma maneira comprovaram a alegação de falta de lisura do Ministério Público e dos Magistrados, no encaminhamento dos autos ao juízo que teve a competência prorrogada. Presunção de que ocorreu o respeito às regras processuais. Ordem denegada.

1. Ocorre a conexão quando duas ou mais infrações tiverem o mesmo nexu fático, o que justifica o julgamento dos fatos no mesmo juízo. O instituto visa a conferir ao Magistrado a ideal visão da conjuntura fático-probatória, para que seja proferida a correta prestação jurisdicional.

2. Segundo esclarecimentos dos próprios Impetrantes, as condutas investigadas sob a supervisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes-RJ referiam-se à emissão irregular de passaportes brasileiros em nome dos estrangeiros, por parte de Agentes da Polícia Federal.

3. Nas investigações na Subseção de Campos dos Goytacazes, porém, esclareceu-se a participação de um outro Agente da Polícia Federal, que igualmente era investigado, *junto à 6ª Vara Federal Criminal da Subseção do Rio de Janeiro*, em Inquérito Policial também instaurado para fins de apuração de esquema de falsificação de passaportes existente.

4. A apuração dos fatos revelou, ainda, a relação entre o esquema de falsificação de passaportes e os diversos procedimentos que já em tramitavam na cidade do Rio de Janeiro, desde o ano de 2001, com a finalidade de investigar a suposta existência de organização criminosa estruturada dentro da Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro, supostamente integrada pelo Superintendente à época, passando pelos chefes de delegacia e chegando a agentes.

5. Dentre os desdobramentos, seguiu-se, em 2003, a instauração de inquérito, sob a supervisão da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, para a apuração de condutas de servidores da União, que supostamente teriam incorrido nos crimes previstos nos arts. 288, 318, 319, 334 e 332, todos do Código Penal.

6. Posterior medida cautelar (interceptação telefônica) requerida no âmbito de tal inquérito (IPL n. 06/2003) apontou, então, para

a existência de uma enorme e complexa organização criminosa relacionada a bingos e máquinas caça-níqueis, que culminaram, *nas diversas ações penais referentes à operação da Polícia Federal conhecida como "Furacão"*.

7. Não há dúvidas de que os crimes de maior gravidade e o maior número de infrações, no caso, referem-se à complexa operação Furacão – na qual se investigou expressivo número delitos, supostamente cometidos por diversas autoridades públicas, civis e militares, bem assim particulares –, que tramita perante o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, e é desdobramento das investigações em que proferidos os atos ora questionados.

8. Tem-se, portanto, no caso, que o instituto da conexão foi corretamente aplicado na hipótese, reconhecendo-se a competência do Juízo Federal do Rio de Janeiro, com base no art. 78, inciso II, do Código de Processo Penal. Ora, no concurso de jurisdições da mesma categoria *a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave; e b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade.*

9. Mais. No caso, em que a investigação é extremamente complexa, tendo se desmembrado em diversos outros procedimentos, é inviável infirmar que o deslocamento da competência não se deu corretamente. Isso porque proceder a detalhado e minucioso exame de provas é absolutamente inviável na célere e restrita via do *habeas corpus*.

10. Ainda que assim não fosse, tem-se que todos os fatos posteriormente verificados na localidade de Campos dos Goytacazes foram desdobramentos das investigações iniciais ocorridas na cidade do Rio de Janeiro. Ora, se há que se invocar a regra da prevenção, que fosse na capital carioca.

11. Os Impetrantes questionam, por fim, a lisura das determinações para que os diversos feitos passassem a ser processados perante a Subseção Judiciária do Rio de Janeiro-RJ. Porém, sequer lograram êxito em demonstrar desrespeito a regras processuais referentes à conexão.

12. Ora, não havendo comprovação pré-constituída nos autos, estreme de dúvidas, de que o comportamento de autoridades estatais responsáveis pela condução do feito não teria sido proba e escorreita, é de se rechaçar tais alegações, não se constituindo o *habeas corpus* a via

adequada para tal deliberação, nem competindo, constitucionalmente, a este Superior Tribunal, concluir sobre fatos que, em verdade, configurariam delitos.

13. Assim, de nenhuma maneira os Impetrantes comprovaram a alegação de que, além de contrário a regras processuais, não ocorreu de forma reta o encaminhamento dos autos à Subseção do Rio de Janeiro.

14. 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, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp (art. 162, § 2º, do RISTJ).

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 1º.3.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Carlos Alberto Araújo Lima, Alexis Lemos Costa, João Oliveira de Farias, Nagib Teixeira Sauid, Jaime Garcia Dias, Júlio César Guimarães Sobreira, Aílton Guimarães Jorge, Aniz Abrahão David, José Renato Granado Ferreira, Belmiro Martins Ferreira Júnior Marcelo Calil Petrus, Antônio Kalil, Ana Cláudia Rodrigues do Espírito Santo e Paulo Roberto Ferreira Lino*, em face de acórdão (fls. 473-523 - vol. 2/3) da Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, nos autos do *Habeas Corpus* n. 2007.02.01.016229-1, denegou a ordem na qual se buscava a decretação de nulidade de distribuições por dependência de ações e inquéritos ao Juízo Federal da 6ª Vara Criminal do Rio de Janeiro-RJ – porque, segundo alegaram,

não teria havido conexão entre eles, ferindo, pois, o princípio do juiz natural – e, por conseguinte, também a nulidade das ações penais derivadas, dentre estas as oriundas da operação da Polícia Federal conhecida como “Furacão”.

O Tribunal *a quo*, por unanimidade, denegou a ordem em acórdão relatado pelo eminente Desembargador Federal Abel Gomes, que sumariou seus fundamentos na seguinte ementa:

I - O fato de um dos impetrantes ter sido, anteriormente, advogado do Relator em mandado de segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal, o qual já foi julgado e arquivado, não acarreta a suspeição do Relator para conhecer e julgar o habeas corpus, na medida em que a relação profissional mantida no passado não acarretou amizade íntima com o advogado que compromettesse a imparcialidade, e muito menos traz qualquer constrangimento a que o Relator possa apreciar com total isenção e juízo técnico, os fatos ora debatidos. A situação não se enquadra no disposto nos artigos, 252 e 254 do CPP, de modo que estão assegurados os princípios que garantem a imparcialidade do julgamento. Além disso, quanto ao ingresso do impetrante neste habeas corpus quando ele é conexo com processo que já estava, anteriormente, sob a mesma relatoria, também não se verifica nenhum incidente que impossibilite o julgamento regular e justo da causa.

II - A causa de pedir do presente *habeas corpus* versa, em suma, sobre alegada incompetência do Juízo impetrado, a qual teria sido escamoteada por manipulação do instituto da conexão, com vício na distribuição de processo, o qual, dado seu objeto, gerou inúmeros outros processos, todos portanto contaminados pela alegada nulidade. Diante da alegação, o presente habeas corpus acaba por ter um alcance muito maior, na medida em que procura levar a nulidade a atingir, indiretamente, todos os processos que envolveram três grandes operações da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, com diligências acolhidas e deferidas pelos Juízos competentes (*Operações, Planador, Cerol e Furacão*), inclusive processo que hoje está sob a apreciação do Ministro do STF, *Cesar Peluso*.

III - No tocante à alegada impossibilidade de o Juízo da 6ª Vara Criminal-RJ ter “desarquivado” os autos da MC n. 2002.51.01.501.746-7, ressalta-se que nunca houve arquivamento e baixa definitiva da medida cautelar, que permaneceu em Secretaria até solução dos problemas técnicos informados ao Juízo para a implementação da medida. Na verdade, resguardado o sigilo que tal medida deve mesmo ter até que seja executada e terminada, bem assim a cautela com os autos onde estão documentados os fatos, a MC n. 2002.51.01.501.746-7 estava ativa.

IV - Não se pode falar, à luz da lei específica e da sistemática aplicação das regras do processo penal, em extinção definitiva da MC n. 2002.51.01.501.746-7 por entrave temporário na implementação das interceptações. Daí que, com relação à legitimidade da prevenção do Juízo da 6ª VFCRIM-RJ para processar os feitos que dissessem respeito a fatos conexos com o objeto da MC n. 2002.51.01.501.746-7 da qual já conheceu e decidira anteriormente, não parece remanescer nenhuma dúvida.

V - Verificada a existência de legalidade da instauração e processamento da MC n. 2002.51.01.501.746-7 e sua existência ativa na 6ª VFCRIM-RJ, passa-se a verificar se houve conexão entre ela e os demais processos distribuídos àquele Juízo. E pelo que consta dos presentes, em grande parte nos próprios documentos juntados pelos próprios impetrantes na inicial, o que de fato se percebe é que havia mesmo conexão entre os fatos.

VI - Dos documentos trazidos aos autos, tanto pelos impetrantes quanto pelas informações, bem se nota que, no início, se perseguia desvendar uma série de infrações que tinham como nexos, a prática associada, de forma estável ou eventual, de crimes que passavam pela atuação desviada de policiais federais do Rio de Janeiro, interligados por aquilo que as notícias davam como um “esquema estruturado de corrupção”, e que a deflagração das Operações foi mostrando, pouco a pouco, que tinha pertinência com aquilo que fora alegado naquela primeira peça do MPF que abriu a MC n. 2002.51.01.501.746-7, distribuída à 6ª VFCRIM-RJ.

VII - Restando evidente a conexão, o que foi percebido pelo Juiz Federal e o Procurador da República de Campos de Goytacazes, os autos que tratavam de fatos correlacionados com o objeto da primeira apuração a ser instaurada no Rio de Janeiro, na 6ª VFCRIM-RJ, foram para ela remetidos, não havendo nenhuma ilegalidade na aceitação da competência pelo Juízo impetrado.

VIII - Os documentos trazidos aos autos mostram que não ocorreu nenhuma irregularidade na atuação do MPF em Primeiro Grau. Na verdade não há nada de irregular na designação de membros do MPF para atuarem em Juízos e muito menos na constituição de grupos de procuradores para atuarem conjuntamente em uma determinada linha de investigação, porquanto é preciso que por atos administrativos se movimentem os agentes públicos para suas funções e, nos casos da constituição de grupos, ela se faz necessária sempre que o alcance e a importância da investigação justifique um maior apoio.

IX - Considerando que, tecnicamente, não há nenhuma irregularidade apurada, o que remanesce a examinar é se os contatos entre os Procuradores da República; as diligências de depoimento para delação premiada; a declinação de competência e a prevenção aceita pelo Juízo da 6ª Vara, configuraram alguma “manobra” ilegal para dirigir a distribuição, escolher o Juízo e especializá-lo, como diz a inicial, em uma Vara de casos de alta repercussão.

X - O depoimento está filmado e documentado nos autos, com a ciência do Delegado e do Procurador da República, e em nenhum momento se percebe da filmagem (bastando que se assista a ela), e nem da atitude assumida pelas pessoas, ou das perguntas ou colocações que são feitas, que tenha havido coação ou fraude para iludir o depoente ou levá-lo a dirigir o depoimento para esse ou aquele fim.

XI - Constam no CD trechos em que o Procurador fala expressamente que teria uma relação de “pede-defere” com a Juíza da 6ª Vara, e outro trecho em que fala que não tem com o Juiz de Campos a mesma relação próxima que

tem com a Juíza do Rio. Todavia, em nenhum momento tais trechos traduzem alguma relação de prévio acerto com o Juiz para efetuar atos que sempre seriam deferidos ou que estavam antes combinados com o magistrado. O contexto do áudio não dá nenhum contorno nesse sentido. Aliás, se fosse isso, não seria compreensível que o próprio procurador e o delegado documentassem isso da forma como fizeram. É preciso que se ouça e veja o vídeo para se chegar a essa conclusão, porquanto a transcrição nem sempre retrata todo o contexto em que foram proferidas as palavras, a entonação, os gestos, as circunstâncias etc.

XII - Nem mesmo pareceu que o Procurador quisesse dar a idéia dissimulada de que tinha influência ou íntima amizade com a juíza, pois o que ele pretendeu demonstrar, é que já conseguira um precedente anterior sobre deferimento de conexão e que o deferimento dos pedidos de delação premiada eram apreciados dentro de uma confiança que ele tinha amalhado com o Juízo. Sobre o fato de que o próprio Procurador chega a dizer que poderia haver no processo uma conexão não muito clara, antes deferida, também não há nisso indicativo de que ela não existia. O que se vê é que o próprio Procurador mostrou que num caso mais complexo de compreensão de conexão, esta acabou sendo considerada.

XIII - O áudio gravado pelas próprias autoridades encarregadas retrata e documenta um ato previsto em lei, que é a delação premiada, para a qual não se previu sequer um procedimento, mas que por razões óbvias é um ato de persecução, para o qual basta que o co-réu esteja disposto a participar livremente, como ocorreu, inclusive na presença de advogado. Foi isso o que aconteceu, e os diálogos retrataram a procura do membro do MPF de conquistar a confiança do co-réu colaborador, e mostrar a ele que poderia confiar no reconhecimento de seus direitos pela Juíza, caso colaborasse efetivamente com a instrução.

XIV - O depoimento prestado por réu preso no Ponto Zero (Polinter), à disposição do Juízo, foi autorizado pelo Juiz Federal Substituto da 2ª Vara Federal de Campos e não há nada de irregular nisso. O DPF determinou, com vistas à documentação do ato no próprio IPL, que fossem juntados os ofícios pelos quais foi solicitada a saída do réu para a entrevista, que não ocorreu na sede da Corregedoria da Polícia Federal, mas sim na Procuradoria da República no Rio de Janeiro.

XV - Se tal ato tivesse sido praticado de forma ilícita, às escondidas, não se justificaria que o próprio DPF o fizesse constar nos autos do IPL. A utilização do expediente se justificou pelo fato de se tratar de investigação realizada pela Corregedoria Geral do DPF em Brasília, sobre fatos que em tese estavam sendo praticados por vários policiais federais, inclusive Delegados com cargos de chefia, resvalando na própria Superintendência, e também porque a entrevista visava a oferecer ao réu os benefícios da delação premiada, o que por óbvio implicou relatar e dialogar com ele sobre tais fatos e tais pessoas, recomendando-se que algum sigilo fosse guardado a respeito do objeto real do trabalho de investigação.

XVI - O presente *habeas corpus* ainda pretendeu ingressar no exame das provas que devem ser aquilatadas nas ações próprias às quais se destinam. Pretendem, os impetrantes, discutir a validade do depoimento de policial, o que,

evidentemente, é matéria ainda sujeita ao Primeiro Grau de jurisdição e consiste em análise e valoração da prova, razão pela qual, quanto a isso, também não há como prosperar o *writ*.

XVII - Denegação da ordem. (fls. 519-523)

Reiteram os combativos Advogados seus argumentos, em extensas razões, com a argüição de nulidade por malferimento da garantia do juiz natural, e seu corolário, o princípio da livre distribuição, bem como a proibição de juízo de exceção, nos termos do art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal.

A insurgência, em suma, e inicialmente, se volta contra a declinação da competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Campos dos Goytacazes, nos autos do *Inquérito Policial n. 2002.51.03.001916-9*, para o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, em face de apontada conexão – que os Impetrantes, veementemente, negam existir – com a *Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7*.

Pugnam, assim, pela concessão de medida liminar, “*para o fim de sustar o andamento das Ações Penais n. 2007.51.01.802985-5, n. 2007.51.01.804865-5, n. 2007.51.01.806354-1 e n. 2007.51.01.807604-3, até julgamento final desta ordem de habeas corpus, a fim de se impedir sejam os réus condenados e presos em razão de processos absolutamente nulos*” (fl. 78).

No mérito, requerem a concessão da ordem para

declarar a absoluta nulidade da distribuição da Medida Cautelar de interceptação telefônica n. 2005.51.01.538207-9, ilegalmente distribuída à 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro por suposta dependência ao Inquérito Policial n. 2003.51.01.513657-6 (IPL n. 06/03), bem como também declarar a nulidade das Ações Penais n. 2007.51.01.802985-5, n. 2007.51.01.804865-5, n. 2007.51.01.806354-1 e n. 2007.51.01.807604-3, todas também por sua vez ilegalmente distribuídas por suposta dependência à Medida Cautelar de interceptação telefônica n. 2005.51.01.538207-9, da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, com gritante violação do art. 5º, incisos LIII e XXXVII, da Constituição Federal, e da regra processual da livre distribuição. (fl. 76).

Indeferi a liminar às fls. 1.439-1.444.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 1.454-1.462, acompanhadas de documentos essenciais à compreensão da controvérsia.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 1.514-1.542, pela denegação, assim ementado (fls. 1.514-1.515):

“Operação Furacão”. Processual Penal. *Habeas corpus*. Alegações: (a) violação ao princípio do juiz natural; (b) distribuição forjada de processos; (c) generalização do objeto das investigações; (d) conluio entre membro do Ministério Público Federal e Poder Judiciário e (e) ilegalidade no ato de delação. Pleito de nulidade de diversas ações penais.

1. Livre distribuição da medida cautelar de interceptação telefônica. Conexão e prevenção a determinar a distribuição, por dependência, de outros inquéritos e ações penais. Juízo que já havia conhecido do objeto das investigações, inclusive com a prática de ato decisório. Respeito ao princípio do juiz natural.

2. Amplitude das investigações que se justifica pela amplitude do próprio esquema criminoso.

3. Inexistência de conluio entre MPF e Poder Judiciário. Lisura na condução do feito. Irresponsabilidade dos impetrantes no exercício do direito à ampla defesa. Abuso de direito.

4. Delação realizada na presença do membro do MPF, do Delegado da Polícia Federal e do advogado do delator. Delação devidamente gravada pelas autoridades, a fim de ser legitimamente juntada aos autos. Ausência de qualquer mácula a viciar o ato.

Parecer pela denegação da ordem.

Às fls. 1.553-1.558, os Impetrantes alegam o “*impedimento*” (fl. 1.553) da Dra. *Cláudia Sampaio Marques*, pois

Conforme demonstram as anexas cópias, a ilustre Subprocuradora-Geral da República subscritora do indigitado parecer não só acompanhou os interrogatórios dos então presos, como bem exemplifica o Auto de Qualificação e Interrogatório de *José Ricardo de Siqueira Regueira*, como oficiou ativamente nos autos, requerendo providências à autoridade policial [...].

Ora, sem nenhuma dúvida, tais atuações, principalmente o requerimento de questionamento à autoridade policial, caracteriza pronunciamento de fato e de direito sobre a questão, guardadas as devidas peculiaridades que distinguem a função do Juiz e do Promotor de Justiça.

[] se a ilustre Suprocuradora-Geral da República funcionou como parte nos autos originários, personificando o Ministério Público Federal, evidentemente não poderia atuar, nesta instância, como *custus legis*, pois, obviamente, estaria a fiscalizar a própria atuação, não tendo, portanto, com todo respeito, a imparcialidade necessária ao desempenho da dita função. (fls. 1.555-1.556).

Requerem, por isso, ainda, seja determinado o desentranhamento do parecer, bem assim a designação de outro membro do Ministério Público para oferecer manifestação sobre a controvérsia.

Às fls. 1.567-1.571 formularam, ainda, pedido de reconsideração, o que indeferi à fl. 1.573.

Determinei, por fim, ao Ministério Público Federal, que se manifestasse acerca da petição de fls. 1.553-1.558.

Às fls. 1.580-1.583, a Subprocuradora-Geral da República *Cláudia Sampaio Marques* encaminhou então nova opinião, na qual esclarece que participou da oitiva de outros investigados que não os Pacientes, “com a finalidade exclusiva de garantir-lhes a observância dos seus direitos e prerrogativas constitucionais”, “tendo por objeto fato absolutamente estranho àqueles investigados cuja oitiva acompanhou” (fl. 1.583).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Inicialmente, quanto à questão preliminar de impedimento da subscritora do Parecer Ministerial de fls. 1.553-1.558, reproduzo o que esclarecido pela Ilustre Subprocuradora-Geral da República *Cláudia Sampaio Marques* especificamente acerca da questão (fls. 1.580-1.583):

O *Ministério Público Federal*, considerando a arguição de impedimento da presente subscritora formulada às fls. 1.553-1.558, vem expor o seguinte.

2. Afirmam os ilustres advogados subscritores da petição de fls. 1.553-1.558, que a Subprocuradora-Geral da República que manifestou o parecer de fls. 1.514-1.542 estaria impedida de atuar no presente feito, porque teria acompanhado, na Polícia Federal, “os interrogatórios dos então presos, como bem exemplifica o Auto de Qualificação e Interrogatório de *José Ricardo de Siqueira Regueira*, como oficiou ativamente nos autos, requerendo providências à autoridade policial, conforme também comprova o ofício-resposta cópia anexa” (fls. 1.555).

3. Para tanto, os requerentes invocam o art. 258 do Código de Processo Penal, que impõe aos membros do Ministério Público, *no que lhes for aplicável*, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes, constante do art. 252 do mesmo Código.

4. A arguição, *data venia*, é manifestamente improcedente. A signatária da presente manifestação não está impedida de funcionar no presente feito, porque não participou das investigações que tramitaram perante o Juízo da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, objeto do presente *habeas corpus*, nem da investigação que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, objeto do Inquérito n. 2.424.

5. Inicialmente, cumpre esclarecer que a subscritora da presente manifestação não participou da citada investigação objeto do Inquérito n. 2.424 que tramitou no Supremo Tribunal Federal. O referido Inquérito foi conduzido, no Ministério Público Federal, pelo então Procurador-Geral da República *Antonio Fernando Barros e Silva de Souza*, que subscreveu todas as manifestações naquele Inquérito.

6. A Subprocuradora Cláudia Sampaio Marques limitou-se a acompanhar, por designação verbal do próprio Procurador-Geral da República *Antonio Fernando Barros e Silva de Souza*, as oitivas, na Polícia Federal, dos investigados com prerrogativa de foro, mais especificamente, os Desembargadores *José Ricardo de Siqueira Regueira*, *José Eduardo Carreira Alvim* e *Ernesto da Luz Pinto Dória* e o Procurador Regional da República *João Sérgio Leal Pereira*, não tendo formulado perguntas aos investigados nem participado, de qualquer modo, do ato de inquirição dos mesmos. O seu comparecimento teve por objetivo, exclusivamente, garantir, aos então investigados, a observância dos seus direitos e prerrogativas constitucionais.

[...].

8. Mas esses fatos, registrados apenas para esclarecer a atuação da Subprocuradora argüida na investigação que se desenvolveu nos autos do Inquérito n. 2.424, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, não tem qualquer relevância para a solução da questão posta pelos requerentes.

9. E isto pela óbvia razão de que o ato impugnado no presente habeas corpus, do qual decorreria, segundo os ilustres Impetrantes, a nulidade da “distribuição da Medida Cautelar de interceptação telefônica n. 2005.51.01.539107-9, ilegalmente distribuída à 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro com base em inexistente dependência ao Inquérito Policial n. 2003.51.01.513657-6 (IPL n. 06/03), bem como também declarar a nulidade das Ações Penais n. 2007.51.01.802985-5, n. 2007.51.01.804865-5, n. 2007.51.01.806354-1 e n. 2007.51.01.807604-3, todas também por sua vez ilegalmente distribuídas por suposta dependência à Medida Cautelar de interceptação telefônica n. 2005.51.01.538207-9, da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, com patente violação da garantia constitucional do juiz natural e da regra processual da livre distribuição, consubstanciando verdadeiro tribunal de exceção, também proibido pela Constituição Federal, por ser medida de Justiça”, *não guarda relação com o Inquérito n. 2.424, sendo bem anterior ao fato do qual decorreria o suposto impedimento da Subprocuradora signatária.*

10. Com efeito, os Impetrantes insurgem-se contra a distribuição à 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, **em 2002**, do Inquérito Policial n. 2002.51.03.001916-9 (IPL n. 885/2002, convertido no IPL n. 95/2002, da DPF.B/GOY e, posteriormente, no IPL n. 001/2003-COGER), porquanto, segundo eles, este teria sido remetido à 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro em reconhecimento de dependência inexistente com a Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7. Insurgem-se, ainda, contra a distribuição, à 6ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, da Medida Cautelar n. 2005.51.01.538207-9, por dependência ao Inquérito Policial n. 2003.51.01.513657-6 (IPL n. 06/2003).

11. Assim, os atos impugnados pelos Impetrantes são anteriores ao Inquérito n. 2.424 e referem-se a investigados cujas oitivas, pela Polícia Federal, não tiveram qualquer participação da Subprocuradora signatária.

12. Ao contrário do que afirmam os Impetrantes na petição onde arguido o impedimento, não está em causa uma específica ação penal que teria sido desmembrada do Inquérito n. 2.424, mas todas as 23 (vinte e três) ações penais ajuizadas pelo Ministério Público Federal no Estado do Rio de Janeiro contra as 85 (oitenta e cinco) pessoas, sem prerrogativa de foro, envolvidas na exploração de jogos de azar naquele Estado.

13. Ademais, a circunstância de a signatária ter comparecido à Polícia Federal e assistido ao depoimento dos então investigados que detinham prerrogativa de foro, não configura, sob qualquer hipótese, as situações de impedimento constantes do art. 252 do CPP.

14. A própria Lei, art. 258, ressalva a aplicação ao Ministério Público dos casos de impedimento e suspeição previstos para os juízes, *no que lhes for aplicável*.

15. Obviamente, não há incompatibilidade entre a atuação do membro do Ministério Público que, na condição de *custos legis*, comparece à oitiva de investigados, com a finalidade exclusiva de garantir-lhes a observância dos seus direitos e prerrogativas constitucionais, e a atuação do mesmo membro do Ministério Público que, como *custos legis*, profere manifestação em habeas corpus impetrado em benefício de outros investigados, tendo por objeto fato absolutamente estranho àqueles investigados cuja oitiva acompanhou.

16. Com estas razões, a Subprocuradora signatária manifesta-se pela inexistência do alegado impedimento.

Com efeito, a questão acerca do impedimento da Subscritora do Parecer é simples e prescinde de maiores debates, pois, conforme por ela esclarecido, não oficiou no Inquérito n. 2.424, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal e teve por objetivo investigar o envolvimento de Ministro desta Corte no esquema.

Outrossim, a ilustre membro do Ministério Público Federal apenas acompanhou

as oitivas, na Polícia Federal, dos investigados com prerrogativa de foro, mais especificamente, os Desembargadores *José Ricardo de Siqueira Regueira*, *José Eduardo Carreira Alvim* e *Ernesto da Luz Pinto Dória* e o Procurador Regional da República *João Sérgio Leal Pereira*, não tendo formulado perguntas aos investigados nem participado, de qualquer modo, do ato de inquirição dos mesmos, tendo comparecido, exclusivamente, para “garantir, aos então investigados, a observâncias dos seus direitos e prerrogativas constitucionais. (fl. 1.581).

Nenhuma situação de impedimento, nos termos do art. 252, do Código de Processo Penal, ocorre na hipótese, pois sequer há relação de identidade entre os supostos membros do esquema, cujos testemunhos na fase policial foram acompanhados pela Procuradora, com os Pacientes da presente impetração.

Acrescente-se que, conforme esclarecido à fl. 1.581, a possibilidade da ilustre Subprocuradora oficial nos feitos relativos à presente operação e seus desdobramentos já havia sido questionada perante o Supremo Tribunal Federal, o que se vê da seguinte ementa:

Exceção de suspeição. Processual Penal. Participação da Subprocuradora-Geral da República no interrogatório de acusados no inquérito objeto do *habeas corpus*. Cônjuge do Subprocurador-Geral da República oficiante na impetração que se volta contra aquele. Suspeição não caracterizada.

1. Há precedente desta Suprema Corte, no qual, explicitamente, indica-se que não há impedimento na atuação sucessiva de cônjuges promotores de justiça, no curso do mesmo processo (HC n. 77.959-PB, Primeira Turma, Relator o Ministro Octávio Gallotti, DJ de 21.5.1999).

2. No caso presente, tem-se, nos autos, que a Subprocuradora-Geral da República fez apenas o acompanhamento das oitivas, sem ter adotado nenhuma intervenção no sentido de interferir ou tomado parte efetiva na investigação.

3. Exceção rejeitada. (ES n. 5, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão: Min. Menezes Direito, DJe de 20.6.2008 - sem grifos no original).

Nem se diga que, na hipótese, teria ocorrido eventual ofensa ao postulado do promotor natural – que, segundo esclarecimento do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal *Joaquim Barbosa*, nos autos do HC n. 103.038-PA (DJe de 17.3.2010), teria

por escopo impedir que chefias institucionais do Ministério Público determinem designações casuísticas e injustificadas, instituindo a reprovável figura do “acusador de exceção” (HC n. 67.759-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1º.7.1993; RHC n. 93.247, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 2.5.2008; HC n. 90.277-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe n. 142 de 31.7.2008; HC n. 84.468-ES, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe n. 047 de 28.6.2007).

Isso porque sequer ocorreu a elaboração de peça de acusação pela Procuradora.

Assim, afasto a alegação preliminar de impedimento do membro do Ministério Público Federal.

Passo ao mérito da impetração.

Na hipótese, todos os quatorze Pacientes são acusados de participação em suposto esquema destinado a averiguar supostas atividades ilegais no Estado do Rio de Janeiro, relacionadas a máquinas caça-níqueis e bingos.

Reproduzo, da circunstanciada peça processual produzida pelo Ministério Público Federal, os fatos referentes à impetração, para correta compreensão da controvérsia (fls. 1.518-1.526):

11. A narrativa dos fatos faz-se, basicamente, em torno de dois episódios principais que, por apresentarem elementos conexos, resultaram, após o enfrentamento de alguns percalços, na junção dos dados colhidos. Por óbvio, esta junção se deu, como só o poderia, perante o juízo que já exercia sua jurisdição sobre as investigações iniciais, isto é, perante o juízo preventivo.

12. São estes os dois episódios, que serão melhor explicitados a seguir: **(1) as investigações, que recaíam sobre parte da estrutura da Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro, levadas a cabo no âmbito da área criminal da Procuradoria da República daquele Estado e que resultaram, de início, no ajuizamento da Medida Cautelar de interceptação telefônica n. 2002.51.01.501746-7, que fora livremente distribuída, recaindo no Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, (2) a abertura do IPL n. 003/2002, em Campos dos Goytacazes, a fim de investigar o APF Heródoto Dorta do Amaral, o qual havia proposto, a colega daquela localidade, participação em esquema de falsificação de passaportes, tendo este episódio os seguintes desdobramentos:** (2.1) a abertura do IPL n. 885/2002, no Rio de Janeiro, com a prisão do APF José Ribamar Pereira, com o qual o APF Heródoto Dorta do Amaral mantivera contato, no período em que investigado, (2.2) a remessa do IPL n. 885/2002 do Rio de Janeiro para Campos dos Goytacazes, por se vislumbrar conexão entre este fato e aquele, objeto do IPL n. 003/2002, já em andamento em Campos dos Goytacazes, (2.3) o retorno do IPL n. 885/2002 ao Rio de Janeiro, convertido em IPL n. 001/2003-COGER e autuado, na Justiça Federal, sob o n. 2002.51.03.001916-9, agora distribuído por dependência à Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7, em trâmite na 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

13. O primeiro episódio:

O Ministério Público Federal, ciente de fatos que apontavam para a existência de uma organização criminoso entranhada na própria estrutura da Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro, desde o seu Superintendente, à época, bem como os chefes das delegacias especializadas, até os demais policiais federais, lotados na DEAIN, DELEFAZ, DELEMAF e DELEPREV, deu início, em 2001, no âmbito da área criminal da Procuradoria da República do Rio de Janeiro, a profundas investigações criminais (Procedimentos n. 1.30.011.000614/2001-67; n. 1.30.011.000580/2001-19 e n. 1.30.011.000690/2001-72).

14. Assim, em março de 2002, o Ministério Público Federal ajuizou a Medida Cautelar de interceptação telefônica n. 2002.51.01.501746-7, em relação a linhas

telefônicas instaladas nas unidades da Polícia Federal (DEAIN) e da Receita Federal, ambas no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro.

15. O Ministério Público Federal deixou claro, em sua inicial, estar ciente de fatos que contaminavam não só a Delegacia do Aeroporto Internacional - DEAIN, como várias outras delegacias especializadas da Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro, como a DELEFAZ, a DELEPREV e a INTERPOL, como se vê às fls. 90 a 103, das quais se extraem as seguintes informações:

1. Quando assumiu a Superintendência da Polícia Federal no Rio de Janeiro o Sr. Pedro Berwanger teria "loteado" a mesma, com vistas a obter vantagens financeiras em conluio com os nomeados, como o DPF Antônio Rayol, da DELEFAZ, e o DPF Maia, da DELEPREV. Ainda teria dado a estratégica chefia da Interpol ao DPF Paulo Maurício Valente Astolpho (...)

(...)

3. Após uma operação policial de repressão às Casas de Bingo pela DELEFAZ, o Sr. Pedro Berwanger teria acertado com o Presidente da Associação dos Bingos do Rio de Janeiro, de nome Amilcar, o pagamento de US\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil dólares), em três parcelas, além de uma quantia menor, tipo "caixinha", que seria paga mensalmente até hoje (também pelos donos e distribuidores de máquinas de jogos eletrônicos) (...)(Grifou-se)

16. Não obstante, registrou que as investigações teriam como foco, *naquele instante*, saliente-se, os delitos cometidos no âmbito do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, uma vez que quanto a estes havia "novos elementos de prova aptos a robustecer mecanismos mais impactantes de elucidação de crimes, tais como a medida cautelar". (fl. 99)

17. Estes "novos elementos de prova" foram extraídos do Ofício n. 495-CR/2001, de 29 de outubro de 2001, proveniente do Juízo da 3ª Vara Federal de Niterói-RJ.

18. O pedido cautelar foi *livremente distribuído*, recaindo na 6ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, sendo analisado e deferido pelo juiz federal substituto, Dr. Alfredo Jara Moura (fls. 104-110).

19. Tais especificações, como se verá adiante, mostram-se necessárias, no presente caso, porquanto a defesa, em sua inicial, pretendeu lançar dúvidas a respeito da isenção do magistrado e do membro do Ministério Público Federal que atuaram no feito.

20. O segundo episódio e seus desdobramentos:

Paralelamente, em junho de 2002, porque o APF Heródoto Dorta do Amaral, lotado na Superintendência da Polícia Federal do Rio de Janeiro, propusera, a um colega de Campos dos Goytacazes, a participação em um esquema criminoso de falsificação de passaportes, foi instaurado, nesta última localidade, o IPL n. 003/2002, DPF/GOY. Este inquérito resultou na Ação Penal n. 2002.51.02.001894-3

e na medida de busca e apreensão n. 2002.51.03.001480-9 (“Operação Moscou”), que tramitaram perante a 2ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes.

21. Durante o período em que investigado, o APF Heródoto Dorta do Amaral manteve contato com o APF José Ribamar Pereira, lotado na Delegacia de Polícia Marítima, Aeroportuária e de Fronteira - DELEMAF, no Rio de Janeiro, instaurando-se, ali mesmo, no Rio de Janeiro, o IPL n. 885/2002.

22. Referido IPL (n. 885/2002), não obstante investigar crime cometido no Rio de Janeiro, por agente lotado no Rio de Janeiro (APF José Ribamar Pereira), foi remetido a Campos dos Goytacazes, reconhecida que fora a prevenção do Juízo da 2ª Vara Federal para atuar no feito, em virtude do IPL n. 003/2002, DPF/GOY, sendo ali renumerado para IPL n. 95/2002, DPF.B/GOY.

23. Em 17.9.2002, o APF José Ribamar Pereira - que se encontrava preso temporariamente em decorrência de decreto do juízo da 2ª Vara de Campos dos Goytacazes, no bojo da “Operação Moscou” -, em interrogatório realizado na presença do Procurador da República em atuação junto à 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Dr. José Augusto Vagos, **por imposição dele, indiciado, frise-se (fls. 868)**, delatou, com detalhes, o esquema de falsificação de passaportes existente na DELEMAF-RJ, que contava com a participação dos policiais federais lotados na DEAIN (fls. 855-856; CD 1).

24. Oportuno explicar por que a audiência de José Ribamar Pereira se deu perante o Procurador da República em atuação na 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro e, não, perante aquele em atuação na 2ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes-RJ.

O primeiro vídeo ocorreu na sede da PF-RJ, no dia 17.9.2002, e retrata diálogo entre o DPF Ricardo Ennes e o APF José Ribamar, que estava preso temporariamente em decorrência de decreto do juízo de Campos, no bojo da Operação Moscou. Presente também a sua advogada, Juliana Camacho, que dá seu nome no áudio e diz ser do escritório do Dr. Mario Cesar Monteiro – aliás, um dos impetrantes.

Neste vídeo, o APF Ribamar manifesta vontade de ser interrogado por Procurador da República, visando justamente maiores garantias sobre os pedidos que seriam feitos à Justiça, razão pela qual o DPF interrompe o interrogatório e diz que vai providenciar um Procurador.

Tendo em vista que o promotor natural do feito, Dr. André Tavares, estava lotado em Campos, e sendo urgente a presença de um Procurador diante da exiguidade do prazo da prisão temporária e da exigência do réu, o DPF entrou em contato com o Procurador da República Dr. José Augusto Vagos, com o qual tinha contato tão somente por conta das investigações até então frustradas nos autos da fatídica Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7.

Assim, na tarde daquele dia, o interrogatório do APF Ribamar foi efetivado, no gabinete do Procurador da República Dr. José Vagos,

e devidamente gravado em áudio e vídeo. Importante destacar que a presença do Procurador da República não era indispensável para a validade do ato. Tratava-se de fase inquisitorial, com prisão temporária decretada. Portanto, o depoimento deveria ter sido colhido exclusivamente pela autoridade policial. A presença do Procurador foi exigida pelo depoente, que, por sua vez, se encontrava no Rio de Janeiro. Esta a razão de ter se realizado o ato na sala do Dr. Vagos e não em Campos.

(esclarecimento feito pela Procuradora Regional da República, Dra. Silvana Batini Cesar Góes, em sua manifestação perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região).

25. De imediato, o Procurador da República, ao vislumbrar a clara correlação entre os fatos delatados pelo APF José Ribamar Pereira e as investigações que deram origem à Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7, solicitou, ao Procurador da República em atuação perante a 2ª Vara de Campos dos Goytacazes, que requeresse a remessa dos autos do IPL n. 95/2002 (antigo IPL n. 885/2002) para a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro (fls. 867-869), o que se deu, por óbvio, de forma livre e consciente, segundo teor de fls. 859, sendo deferido pelo Juízo de Campos dos Goytacazes, em dezembro de 2002 (fls. 870).

26. Este, pois, o motivo pelo qual o Inquérito Policial n. 2002.51.03.001916-9 (IPL n. 001/2003-COGER; n. 95/2002, DPF.B/GOY ou n. 885/2002-RJ) não foi livremente distribuído, mas distribuído por dependência à Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7, que já tramitava na 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro e que, tal como aquele inquérito, teve como *alvo primeiro* os crimes cometidos no âmbito do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, sem jamais desconhecer os diversos outros âmbitos em que os crimes eram perpetrados.

27. A simples transcrição das informações contidas nos Processos n. 2002.51.01.501746-7 e n. 2002.51.03.001916-9 esclarece, ainda mais, a estreita relação existente entre eles, a impôr, não uma livre distribuição, mas uma distribuição por dependência, legitimamente assentada nos fundamentos que serão expostos ao longo desta manifestação:

Informações referentes ao Processo n. 2002.51.01.501746-7:

Entre outros, foram os seguintes os fatos trazidos:

1 - Quando assumiu a Superintendência da Polícia Federal no Rio de Janeiro o Sr. Pedro Berwanger teria "loteado" a mesma, com vistas a obter vantagens financeiras em conluio com os nomeados (...)

2 - (...)

3 - Após uma operação policial de repressão às Casas de Bingo pela DELEFAZ, o Sr. Pedro Berwanger teria acertado com o Presidente da Associação dos Bingos do Rio de Janeiro, de nome Amilcar, o pagamento de US\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil dólares), em três

parcelas, além de uma quantia menor, tipo “caixinha”, que seria paga mensalmente até hoje (...)

4 - No bojo dos IPL's n. 1.033/99 e n. 892/99, que tratam de Bingos, existiriam investigações protelatórias e desvirtuadas, fadadas ao insucesso, por conta de um “acerto” (...)

5 - Da mesma forma o IPL n. 62/99, cujo objeto seria fazendário embora estranhamente tramitasse pela Entorpecentes, também teria sido objeto de “acertos” (...)

6 - Haveria uma “lista de propinas dos Bingos” (...)

7 - (...)

8 - (...)

9 - Desde que o Chefe da Interpol assumiu – DPF Paulo Astolpho – não há muito ou diminuiu a apreensão de produtos de informática descaminhados, que chegam tanto pelo Porto, (...) como pelo Aeroporto (...)

10 - O serviço de inteligência (...) filtraria todos os casos de interesse para fins de “esquemas”.

11 - Haveria um esquema na DELEMAF (...) consistente na destruição de processos de deportados encaminhados à Polícia Federal pelas companhias aéreas (...)

Informações referentes ao Processo n. 2002.51.03.001916-9:

Pretende o procedimento apurar o envolvimento de particulares e de servidores federais nas mais diversas modalidades de crimes, dentre as quais podemos citar condutas que em tese se adequariam aos tipos de facilitação de contrabando, corrupção ativa e passiva, formação de quadrilha, prevaricação, divulgação de informações sigilosas, concussão, peculato, evasão de divisas, as mais diversas modalidades de falsificação, falsidade ideológica e quiçá tráfico ilícito de entorpecentes.

Já existem nos autos elementos fornecidos por pretensos colaboradores que noticiam que nos deparamos com verdadeiras organizações criminosas, pois, diligências indicam que os envolvidos estão posicionados nos diversos setores da Polícia Federal neste Estado, com ramificações em outros Órgãos como Receita Federal e Estadual, Secretaria de Segurança deste Estado, os quais demonstram por suas características e ramificações que flagrante está a prática de diversos delitos previstos na legislação penal pátria, como susomencionamos. Tal premissa é reforçada no fato de que o crime. (Grifou-se).

28. Já em janeiro de 2003, o APF Heródoto Dorta do Amaral expôs, em delação perante o Procurador da República que atuava perante a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, os crimes praticados não só no âmbito do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, como no âmbito da Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários - DELEFAZ e da Delegacia de Repressão a Crimes Previdenciários - DELEPREV.

29. Tantas as informações fornecidas pelo APF Heródoto Dorta do Amaral que, a partir delas, determinou-se a instauração de cinco inquéritos. Dois deles foram à livre distribuição, por não terem relação com a investigação originária. Os demais, foram distribuídos, por dependência, para a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, já que relatava fatos conexos com aqueles apurados na investigação que ali se desenvolvia.

30. O Inquérito Policial n. 2002.51.03.001916-9, por sua vez, determinou a distribuição, por dependência, para a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, do IPL n. 06/2003-COGER/DPF/RJ (n. 2003.51.01.513657-6), que tinha como escopo "apurar as participações, em tese, de policiais federais, demais servidores públicos da União e outros, nas práticas criminosas descritas no art. 288, art. 318, art. 319, art. 334, art. 332, todos do Código Penal, havidas na circunscrição da Delegacia de Polícia Federal do Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim-RJ (Galeão)." (fl. 527)

31. *Visando instruir o IPL n. 06/2003, o Ministério Público Federal requereu a medida cautelar de interceptação telefônica nº 2005.51.01.538207-9, que logrou comprovar fatos já conhecidos pelo MPF e pelo Juízo da 6ª Vara Federal, acerca do esquema criminoso envolvendo os Bingos; faltavam-lhes, até então, provas bastantes para fundamentar denúncias.*

32. *A partir daí, portanto, diversas ações penais foram ajuizadas – 2007.51.01.802985-5, 2007.51.01.0804865-5, 2007.51.01.806354-1 e 2007.51.01.807604-3 (referentes à "Operação Furacão") - e distribuídas, por dependência, para a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.*

Prosseguindo, conforme esclarecido no relatório, pretendem os Impetrantes seja declarada

a absoluta nulidade da distribuição da Medida Cautelar de interceptação telefônica n. 2005.51.01.538207-9, ilegalmente distribuída à 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro por suposta dependência ao Inquérito Policial n. 2003.51.01.513657-6 (IPL n. 06/03), bem como também declarar a nulidade das Ações Penais n. 2007.51.01.802985-5, n. 2007.51.01.804865-5, n. 2007.51.01.806354-1 e n. 2007.51.01.807604-3, todas também por sua vez ilegalmente distribuídas por suposta dependência à Medida Cautelar de interceptação telefônica n. 2005.51.01.538207-9, da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, com gritante violação do art. 5º, incisos LIII e XXXVII, da Constituição Federal, e da regra processual da livre distribuição.

Os Defensores inclusive resumiram suas alegações da seguinte maneira (fl. 06):

1. Princípio e garantia constitucional do juiz natural, art. 5º, inciso LIII, da CF. Conexão. Declínio de competência artificialmente requerido pelo Ministério Público Federal por alegada conexão, a qual, objetivamente, não existia. Incompetência do Juízo. Nulidade.

2. Generalização do objeto de apuração de medida cautelar de interceptação telefônica como o manifestado propósito, pelo Ministério Público Federal, de atrair toda e qualquer investigação do País para determinada Vara, com cuja Juíza Titular o MPF diz ter uma relação de “pede-defere”. Proibição de escolha do Juízo pelo MPF. Violação da garantia constitucional do juiz natural. Nulidade.

3. Delação premiada com natureza de verdadeira *notitia criminis*, sobre os mais diversos fatos criminosos, sem nenhuma conexão com o objeto dos autos do inquérito policial onde realizadas as denúncias. Instauração de inquéritos policiais, distribuídos “por dependência” à mesma Vara do inquérito onde realizadas as *notitia criminis*, sem existir razão para tanto. Violação do corolário da livre distribuição. Nulidade.

4. Nova *notitia criminis* sobre fato delituoso totalmente independente. Requerimento de interceptação telefônica mais uma vez distribuído “por dependência” à mesma Vara, assim como todos os demais procedimentos criminais decorrentes de tal interceptação telefônica. Criação de verdadeiro Tribunal de Exceção. Violação do art. 5º, inciso XXXLVII, da Constituição Federal. Nulidade.

5. Medida liminar requerida para sustar o andamento das ações penais.

O pedido de anulação dos diversos feitos, sob o fundamento de que teriam sido encaminhados à 6ª Vara Federal Criminal da Subseção do Rio de Janeiro/RJ com base em dependência inexistente, não pode prosperar.

Ora, não há maiores dificuldades em se admitir o acerto do acórdão impugnado, em que se reconheceu a competência da Subseção do Rio de Janeiro para o julgamento da controvérsia, ante a incidência do instituto da conexão.

Tem-se a conexão quando duas ou mais infrações estiverem entrelaçadas por relação fática que aconselhe a junção dos processos. O instituto visa a propiciar ao julgador a perfeita visão do quadro probatório, permitindo-lhe entregar a ideal e correta prestação jurisdicional.

E, no caso, as investigações ocorridas em Campos dos Goytacazes foram encaminhadas pelo Juiz Federal daquela Subseção, após requerimento do Procurador da República, em razão do instituto da conexão.

Segundo esclarecimentos dos próprios Impetrantes, as condutas investigadas sob a supervisão do Juízo da 2ª Vara de Campos dos Goytacazes referiam-se ao fato de que o Agente da Polícia Federal Luiz Sérgio de Souza Silva teria procurado o também Agente Heródoto Dorta do Amaral, para que emitisse, irregularmente, “passaportes brasileiros em nome dos estrangeiros *Alexandre Avachev* e *Wladimir Molodeskiy*” (fl. 27).

Ocorre que, segundo documentação dos autos, *a investigação sobre o Agente Heródoto esclareceu que este mantinha contato com um terceiro Agente da Polícia Federal, José Ribamar Pereira, lotado na Delegacia de Polícia Marítima, Aeroportuária e de Fronteira – DELEMAF, que era investigado, junto à 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, em Inquérito Policial também instaurado para fins de apuração de esquema de falsificação de passaportes existente na DELEMAF-RJ.*

Conforme revelação do próprio Agente Heródoto, ao Procurador da República que oficiava perante a 6ª Vara Federal da Subseção do Rio de Janeiro (para ser beneficiado pela delação premiada), no esquema havia, ainda, a participação de policiais federais lotados na Delegacia do Aeroporto Internacional, na Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários - DELEFAZ e na Delegacia de Repressão a Crimes Previdenciários - DELEPREV, todas na cidade do Rio de Janeiro.

Ora, não há maiores dificuldades em se verificar, portanto, *que tais fatos têm relação de conexão*, com base no inciso III, do artigo 76, do Código de Processo Penal, pois é evidente que a prova das condutas investigadas na cidade do Rio de Janeiro influem na prova das investigações de Campos de Goytacazes.

Repita-se: *os policiais federais Heródoto e José Ribamar, investigados, respectivamente, em Campos de Goytacazes e no Rio de Janeiro, mantinham contato, e ambos estavam sendo investigados pelo esquema ilegal de emissão de passaportes.*

Não só isso. A apuração dos fatos revelou a relação entre essas condutas e os diversos procedimentos já em tramitação na cidade do Rio de Janeiro, instaurados a partir de 2001, com a finalidade de investigar a suposta existência de organização criminoso estruturada dentro da Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro, desde o Superintendente à época, passando pelos chefes de delegacia, chegando a Agentes.

Dentre os desdobramentos, seguiu-se, em 2003, a instauração de inquérito, sob a supervisão da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, para a apuração de condutas de servidores da União, que supostamente teriam incorrido nos

crimes previstos no art. 288, art. 318, art. 319, art. 334 e art. 332, todos do Código Penal.

Posterior medida cautelar (interceptação telefônica) requerida no âmbito de tal inquérito (IPLn. 06/2003) apontou, então, para a existência de uma enorme e complexa organização criminosa relacionada a bingos e máquinas caça-níqueis, que culminou, assim *nas diversas ações penais referentes à operação da Polícia Federal conhecida como “Furacão”*.

Não há dúvidas de que os crimes de maior gravidade e o maior número de infrações, no caso, referem-se à complexa operação *Furacão* – na qual se investigou expressivo número delitos, supostamente cometidos por diversas autoridades públicas, civis e militares, bem assim particulares –, que tramita perante o Juízo da 6.^a Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, e é desdobramento das investigações em que proferidos os atos ora questionados.

Ora, considerando-se que as investigações apontavam para o relacionamento entre esses fatos, tem-se que o deslocamento da competência deu-se corretamente, com base no inciso II, do art. 78, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

I - [...].

II - *no concurso de jurisdições da mesma categoria*:

- a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;
- b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade.

Quanto à regra de conexão em razão de jurisdição de mesma categoria, assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Delitos contra o sistema financeiro nacional e a economia popular. Competência da Justiça Federal. Conexão de causas. Prisão preventiva decretada por juiz incompetente. Irratificabilidade. Habeas corpus deferido. A persecução penal sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, nesse contexto, uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado. A exigência de processo judicial traduz poderoso fator de inibição do arbítrio estatal. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a formula de salvaguarda da liberdade individual.

A configuração de conexão probatória ou instrumental impõe a unidade de processo e julgamento (CPP, art. 79) e induz a prorrogação legal ou

necessária da competência do magistrado. Tratando-se de crimes apenados com desigual intensidade, revela-se inteiramente aplicável ao caso o critério qualitativo referido pelo art. 78, II, a, do CPP, que faz preponderar, na espécie, a competência do Juízo Federal da Seção Judiciária de São Paulo, onde teria ocorrido a prática do delito mais grave (Gestão fraudulenta de instituição financeira - Lei n. 7.492/1986, art. 4º).

O decreto judicial de prisão preventiva, emanado de autoridade judiciária incompetente, configura situação de injusta constrição da liberdade individual. É insuscetível de ratificação, pelo fato de constituir ato revestido de caráter decisório. A jurisprudência do STF - fazendo aplicação do princípio de conservação dos atos e tendo presente a regra do art. 567 do CPP - só tem admitido a ratificabilidade do despacho de recebimento da denúncia e de atos outros quaisquer que não possuam conteúdo decisório (RTJ, 69/758 - 79/436 - 102/54). (HC n. 67.773-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28.08.1992 - sem grifos no original)

Daí as corretas observações da ilustre subscritora do Parecer Ministerial acerca da questão (fls. 1.526-1.533):

34. A defesa insurge-se contra a distribuição do Inquérito Policial n. 2002.51.03.001916-9, para a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, por dependência com a Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7, porquanto esta atração teria determinado a distribuição, por dependência, de vários outros inquéritos e ações que, mais tarde, dariam ensejo à “Operação Furacão”.

35. Imprescindível, portanto, demonstrar que o objeto das investigações desenvolvidas pela área criminal da Procuradoria da República do Estado do Rio de Janeiro, investigações que resultaram, a princípio, na Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7, era amplo o suficiente para abarcar o IPL n. 01/2003 (atuado, em Juízo, sob o n. 2002.51.03.001916-9). *Frise-se: amplo, sim; geral, não.*

36. A amplitude do objeto das investigações, longe de ser uma tentativa de trazer para si, Procuradoria da República do Rio de Janeiro, todo e qualquer crime cometido por Policial Federal, em qualquer parte do país, o que assaz indesejável, era consentânea com a amplitude da organização criminosa. Esta, sim, determinou a extensão do objeto a ser investigado, não o contrário. Daí a sua extensão.

37. Com efeito, o decorrer das investigações foi descortinando esquemas criminosos que pareciam não ter um fim, o que levou a ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Silvana Batini Cesar Góes, a referir-se aos acontecimentos como um novelo de lã, tendo-se, como fio da meada, as investigações do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro e, em sua ponta, as apurações de corrupção policial na Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários - DELEFAZ, culminando com as Operações *Cerol e Furacão*.

38. Impende dizer, contudo, que a Procuradoria da República do Rio de Janeiro tinha ciência, desde o início, através dos procedimentos instaurados

internamente, da extensão da corrupção – Superintendência Regional, DELEFAZ, DELEPREV, DEAIN, DELEMAF e INTERPOL –, desconhecia-se, porém, a sua profundidade. Talvez, por isto, tenha o IPL n. 885/2002 sido remetido a Campos dos Goytacazes, o que gerou uma série de percalços, por se entender, quiçá ingenuamente, que o IPL n. 03/2002, DPF/GOY pudesse dar “conta do recado”. Não o pôde, como o próprio deslinde dos fatos demonstrou, retornando ao Rio de Janeiro, onde as investigações assumiam proporções maiores.

39. ***Em verdade, na cidade do Rio de Janeiro é que estavam os fatos maiores (todo o esquema de falsificação de passaportes e facilitação de contrabando e descaminho de material de informática e equipamentos eletrônicos, quiçá, componentes de máquinas caça-níqueis utilizadas nos Bingos, envolvendo, ainda, várias outras delegacias especializadas), reservando-se o IPL n. 003/2002, DPF/GOY, a um fato isolado de falsificação de passaportes (emissão de documentos falsos para Alexandre Avachev e Wladimir Molodetskiy, provavelmente de origem russa, que resultou na denominada “Operação Moscou”).***

40. Daí porque o relator do habeas corpus no Tribunal Regional Federal da 2ª Região considerou equivocada, desde o início, a própria remessa do IPL n. 885/2002, do Rio de Janeiro para Campos dos Goytacazes. A transcrição de suas razões faz-se necessária, na medida em que é este IPL n. 885/2002 (95/2002, em Campos dos Goytacazes) que, quando retornou ao Rio de Janeiro, agora sob o n. 001/2003 COAIN/COGER, é que resultou na Ação Penal n. 2002.51.03.001916-9, distribuída à 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, por dependência com a Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7, que, como já registrado, investigava crimes cometidos no âmbito de várias delegacias especializadas, dentre elas a do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro.

[...].

41. Ainda quanto à generalidade das investigações, importante ter-se em mente que raras são as investigações policiais nas quais o seu objeto já está totalmente delimitado, tanto em sua extensão quanto em sua profundidade. Muitas vezes, sabe-se da sua extensão, mas não se sabe de sua profundidade; outras tantas, não se sabe nem de uma, nem de outra.

42. Exigir-se a delimitação do objeto, em todas as suas medidas, antes mesmo das investigações, seria o mesmo que inviabilizar a atividade persecutória.

43. Disto decorre não haver problema algum em se aprofundar as investigações, no curso destas, somando-se informações que, afastadas umas das outras, não forneceria, à autoridade que conduz a investigação, a real dimensão da atividade criminosa. Poderão, sim, dar algum resultado, mas não aquele alcançado quando todas as informações estão reunidas.

44. Justificada, portanto, a própria *ratio essendi* do instituto da conexão.

45. Neste sentido os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira que expõem, ainda com maior precisão, a utilidade de se valer o Estado do instituto da conexão, determinando-se a unidade de processo e julgamento, o que ocorreu, *in casu*, no juízo preventivo:

Identificadas a afinidade, ligação, influência ou identidade entre dois ou mais fatos, a lei haveria de atribuir alguma consequência a esta realidade, não podendo ignorar o enorme proveito que a apuração conjunta ou simultânea deles poderia gerar.

A principal delas, praticamente comum a todas as modalidades de conexão e continência, diz respeito à grande utilidade probatória que a reunião de processos conexos ou continentes permite. Isso no plano da utilidade estritamente processual.

Mas também em outra dimensão revela-se necessária a reunião de processos conexos ou continentes, como se pode constatar, por exemplo, na conexão por concurso, quando somente o julgamento conjunto de todas as infrações é que permitirá a demonstração completa da participação individualizada de todos os réus em todos os fatos delituosos, e não apenas naquele em que determinado acusado praticara atos típicos de execução. Aqui, o proveito situa-se no âmbito do direito material, no campo da punibilidade. (Curso de Processo Penal/Eugênio Pacelli de Oliveira. 7 ed., rev., atual. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 252) (Grifou-se)

46. Na presente hipótese tem-se como determinante, para a fixação da competência da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, não só a conexão entre os inquéritos e ações penais, como a prevenção daquele Juízo, quando do julgamento da Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7.

47. Com efeito, a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro já havia conhecido do objeto da investigação, quando do ajuizamento da Medida Cautelar de interceptação telefônica n. 2002.51.01.501746-7. O teor da medida ajuizada não nega, antes, confirma a ciência da extensão da atividade criminosa, tanto pelo Ministério Público Federal do Rio de Janeiro quanto pelo Juízo ao qual a medida foi livremente distribuída, saliente-se.

48. Discorre a medida cautelar, dentre outros fatos, sobre o denominado "loteamento" da Polícia Federal no Rio de Janeiro, pelo então Superintendente Regional; sobre o pagamento de propina, a policiais federais lotados na DELEFAZ, pelas Casas de Bingo; sobre a existência de inquéritos, que investigavam os Bingos, já fadados ao insucesso, por conta de acertos escusos com policiais federais e sobre a importação irregular de materiais de informática e equipamentos eletrônicos.

49. Ressalte-se que o Ministério Público Federal não só tinha o conhecimento destes fatos, conhecidos, também, pelo Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, pela livre distribuição da medida cautelar, como tomou providências no sentido de melhor elucidá-los (fls. 96-97):

Foi expedido – em verdade entregue pessoalmente – em abril do ano passado, o Ofício MPF/PRRJ/GJV n. 67/2001, ao Diretor Geral da Polícia Federal, Dr. Agílio Monteiro Filho, com diversos questionamentos eminente funcionais em relação ao então Superintendente Regional no Rio de Janeiro, Sr. Pedro Luiz Berwanger, e ao DPF Paulo Valente Astholfo.

(...)

Às fls. 82-111 foram expedidos pelo MPF diversos ofícios a órgãos da Polícia Federal (DELEFAZ, DEAIN, DELEMAF, NEPOM), Prefeitura Municipal do RJ, late Clube do RJ, Associação dos Bingos do RJ, Clube de Regatas Flamengo, INFRAERO, companhias aéreas, com diversos questionamentos acerca dos fatos em apuro, sendo certo que alguns deles, à míngua de resposta, serão oportunamente reiterados. (*Grifou-se*)

50. Assim, é realidade incontestável que os fatos vindos à tona na “Operação Furacão” eram conexos com aqueles investigados e levados ao conhecimento do Poder Judiciário por meio da medida cautelar que determinou a distribuição de processos e inquéritos, por dependência, para a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

51. Ao contrário do que sustenta a defesa ou da dúvida que pretende suscitar, nenhuma distribuição foi forjada. Segundo demonstrado, patente a conexão entre os fatos investigados, revelando-se o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro o juízo competente para o processo e julgamento dos fatos, porquanto foi ele quem primeiro conheceu dos fatos investigados, ao receber e deferir o pedido cautelar. (sem grifos no original).

Portanto, considerando-se tratar-se de hipótese da via estreita do *habeas corpus*, em que não é admitida dilação probatória, deve prosperar o entendimento de que é

evidente a conexão, o que foi percebido pelo Juiz Federal e o Procurador da República de Campos de Goytacazes, os autos que tratavam de fatos correlacionados com o objeto da primeira apuração a ser instaurada no Rio de Janeiro, na 6ª VFCRIM-RJ, foram para ela remetidos, não havendo nenhuma ilegalidade na aceitação da competência pelo Juízo impetrado (fls. 1.509-1.510).

Vê-se, assim, que os Impetrantes não conseguiram infirmar o fato de que, em razão da ocorrência da conexão instrumental ou probatória no caso (art. 76, inciso III, do Código de Processo Penal – “A competência será determinada pela conexão: [...] III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração”), e configurada a jurisdição de mesma categoria, prevaleceu a jurisdição do Juízo onde ocorreram as infrações mais graves e o maior número de infrações, *critérios que prevalecem até mesmo sobre a prevenção* (alínea c, do inciso II, do art. 78, do Código de Processo Penal).

Reproduzam-se, ainda, por necessário, os expressivos precedentes da Suprema Corte:

Habeas corpus. Processual Penal. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Competência. Justiça Federal de Curitiba X Justiça Federal de São Paulo. Definição pelo critério qualitativo [maior gravidade da pena].

Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional praticados em Curitiba-PR e São Paulo. Definição da competência entre a Justiça Federal de Curitiba-PR e a Justiça Federal de São Paulo. Crime de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º da Lei n. 7.492/1996), praticado em São Paulo, para o qual a pena é maior que as cominadas aos demais delitos.

Definição da competência pelo critério qualitativo (CPP, art. 78, inc. II, alínea **a**). Competência da Justiça Federal de São Paulo. Ordem concedida. (HC n. 85.796-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 28.10.2009)

Habeas corpus. Competência: *perpetuatio jurisdictionis*. A conexão entre os crimes de roubo e quadrilha implica na unidade do processo e julgamento e determina a competência (arts. 76 e 79 do Código de Processo Penal), **que, no concurso de jurisdições de diversas categorias, recai sobre a de maior categoria (art. 78, III, do mesmo Código)**. Competência do Tribunal de Justiça para julgar a apelação, apesar da absolvição do crime de quadrilha, que exerce *vis atractiva* sobre o crime contra o patrimônio, em face do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (art. 81 do mesmo Código). Impossibilidade de reexame de provas nos estreitos limites do *habeas corpus*. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido. (HC n. 68.139-RS, 2ª Turma, rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 12.10.1990 - sem grifos no original)

Na determinação da competência, por conexão ou continência e em concurso de jurisdições da mesma categoria, prevalecera a competência jurisdicional do lugar em que houver ocorrido o facto delituoso de mais grave cominação penal (Código de Processo Penal, artigo 78, II, **a**. Recurso a que se nega provimento. (RHC n. 59.408-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Firmino Paz, DJ de 4.12.1981)

E, deste Tribunal, as seguintes ementas:

Criminal. Conflito de competência. Conexão entre delitos de furto e receptação qualificada. Competência para processamento da comarca em que se consumou a infração com pena mais grave.

I - Havendo processos conexos de jurisdição de mesma categoria - furto e receptação qualificada - prevalecerá a competência do lugar da infração cuja pena cominada é mais grave.

II - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Passa Quatro-MG o suscitado. (CC n. 110.831-SP, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 17.2.2011)

Conflito negativo de competência. Penal. Competente o lugar da infração. Regra geral. Diversos crimes. Conexão. Jurisdições da mesma categoria. Competência do juízo onde se consumou a infração mais grave.

1. A competência, como regra geral, é a do local onde se consumar a infração, a teor dos artigos 69, inciso I, e 70, *caput*, ambos do Código de Processo Penal.

2. Tendo em vista que nenhum dos delitos descritos na denúncia foi cometido na Região Administrativa de Santa Maria-DF, não havendo sequer atos preparatórios nesta localidade, não há se falar na competência do Juízo suscitado.

3. Ainda que assim não fosse, é cediço que a competência, cuidando-se de crimes conexos, é firmada no Juízo da comarca onde se consumou a infração de maior gravidade (art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal), do que se extrai que, em se tratando de delitos de roubo, furto, receptação, adulteração de sinal identificador de veículo automotor e falsificação de documento público, a competência será do lugar onde se consumou o roubo.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Cristalina-GO, o suscitante. (CC n. 109.498-GO, 3ª Seção, Rel. Min. Haroldo Rodrigues - Desembargador convocado do TJ-CE, DJe de 4.6.2010)

Conflito negativo de competência. Roubo, adulteração de chassi de veículo automotor e receptação. Desconhecida e não apurada a autoria do crime de roubo. Competência definida pelos crimes subseqüentes. Conexão. Concurso de jurisdição da mesma categoria. Definição pelo crime de pena cominada mais grave.

1. Desconhecida a autoria do crime de roubo, a definição da competência deve ser apurada em relação aos crimes subseqüentes. Precedentes.

2. Há conexão quando o crime de adulteração de chassi facilita, oculta ou visa à impunidade do crime de receptação.

3. Tratando-se de jurisdições da mesma categoria, a competência é definida pelo local onde praticada, em tese, a infração à qual for cominada a pena mais grave, *in casu*, a adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311, CP).

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Taubaté-SP, suscitante. (CC n. 85.950-SP, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza, DJ de 27.9.2007).

Mas não é só isso.

Os diversos procedimentos instaurados são desdobramentos de fatos inicialmente verificados na cidade do Rio de Janeiro.

Explicitite-se: *todos os fatos verificados na localidade de Campos dos Goytacazes foram desdobramentos das investigações iniciais ocorridas na cidade do Rio de Janeiro. Ora, se há que se invocar a regra da prevenção, que fosse na capital Carioca.*

Ora, desde 2001, segundo documentação dos autos, havia procedimentos já em tramitação na cidade do Rio de Janeiro para fins de investigar

organização criminosa entranhada na própria estrutura da Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro, desde o seu Superintendente, à época, bem como os chefes das delegacias especializadas, até os demais policiais federais, lotados na DEAIN, DELEFAZ, DELEMAF e DELEPREV, deu início, em 2001, no âmbito da área criminal da Procuradoria da República do Rio de Janeiro, a profundas investigações criminais (Procedimentos n. 1.30.011.000614/2001-67; n. 1.30.011.000580/2001-19 e n. 1.30.011.000690/2001-72).

Por isso, correto o seguinte entendimento do voto condutor do julgado ora impugnado (fls. 1.528-1.530):

Não se perca de vista, ademais, que as cópias juntadas com a impetração revelam que, no IPL n. 885, de 30.07.2002, o APF *Ribamar* foi, na verdade, detido no Rio de Janeiro com documentos falsos, e o próprio IPL foi atuado originariamente nesta Cidade. *De fato, não é difícil perceber que, se havia um esquema de emissão de passaportes falsos, isso deveria mesmo estar concentrado no Rio de Janeiro e não em Campos.* E mais, a emissão desses documentos tinha por finalidade permitir que pessoas que não estivessem habilitadas a vistos pudessem embarcar para países de destino superando tal empecilho, o que também haveria de ter no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro local último do delito praticado no Brasil, o uso do passaporte.

Sendo assim, na verdade, o inquérito de Ribamar sempre deveria ter ficado no Rio de Janeiro, não se compreendendo por que razão, a fls. 121 desses autos, o DPF Paulo Roberto Ornelas de Linhares despachou naqueles autos mandando-os para Campos.

Então, não se entende por que o DPF *Paulo Roberto Ornelas de Linhares* despachou naqueles autos mandando-os para Campos. O ilustre DPF aduziu que aquele IPL se destinava à apuração de eventual responsabilidade de servidor da Superintendência Regional do Rio – foi preso no Rio com documentos – e na emissão irregular de passaportes, mas o remeteu para Campos porque lá corria investigação sobre tal fato, o que, a meu ver, é o que estava equivocado.

Será que o ilustre Delegado *Ornelas*, sabedor dos problemas de corrupção noticiados como existentes na DELEFAZ do Rio, entendeu melhor remeter a apuração do IPL n. 885 para Campos?

Note-se que, a fls. 127, na decisão aceitando a prevenção do IPL por conexão com o n. 2002.51.03.001480-9 (“Operação Moscou”), o Juiz Federal de Campos também não expressa os motivos da aceitação e do nexos de conexão. E muito menos se constata, às fls. 130-138, na promoção do MPF de Campos, o porquê de a investigação sobre a expedição de documentos falsos para viagem estar em Campos (Processo n. 2002.51.03.001480-9).

Muito embora o Juiz Federal de Campos deixe entrever, a fls. 140, que a investigação teve origem em representação do APF *Luiz Sérgio de Souza Silva*, que correu em Campos, o que melhor se nota do relato trazido no documento de

fls. 11 do apenso I, juntado com as informações, é que o Agente *Dorta*, que foi a Campos para propor o tal negócio escuso da emissão irregular de documentos, estava lotado no Rio de Janeiro e já vinha tentando confeccionar os documentos na capital do Estado.

O que se apurou, finalmente, na “Operação Planador”, graças à remessa regular e providencial do Inquérito n. 2002.51.03.001916-9 para o Rio de Janeiro (que inclusive começou na DELEFAZ com o n. 885), é que aquele fato isolado que originou a “Operação Moscou” em Campos a fim de apurar a emissão de documentos falsos de origem russa, era um fato isolado e que levou a “Operação Moscou” para lá, mas o contexto dos fatos maiores, como se vê, era o do Rio de Janeiro.

Há também o argumento de que a Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7, por estar arquivada, não poderia ter ensejado a distribuição, por dependência, para a Subseção do Rio de Janeiro, do IPL n. 01/2003.

Com efeito, os fatos não ocorreram dessa forma.

O Procurador da República que atuava no feito perante a primeira instância requereu, tão somente, fosse a medida arquivada “*provisoriamente*”, em razão dos entraves técnicos que impediram a operado de telefonia responsável, naquele momento, de proceder às interceptações, o que fora deferido pelo Juiz processante.

Foi o que corretamente esclareceu a Ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. *Cláudia Sampaio Marques*: “Extraí-se, das manifestações ministeriais, bem como da decisão judicial, que o feito foi arquivado não porque extinto, mas porque impossibilitada estava, naquele instante, sua implementação”.

Portanto, não ocorreu a “extinção” da medida, da forma como alegada pelos Impetrantes, mas tão somente “o arquivamento do feito, em secretaria”, com a ressalva de que, “transpostos os entraves técnicos, a ele seria dado normal andamento”.

Confrim, por necessário, a percuciente manifestação do *Parquet* federal quanto a este tocante (fls. 1.533-1.536):

52. A defesa afirma que a Medida Cautelar n. 2002.51.01.501746-7, que determinou a distribuição por dependência, para a 6ª Vara Federal, do IPL n. 01/2003, já estava, à época, arquivada, não podendo ser causa de atração de competência.

53. Eis o desenrolar dos fatos: conforme relatado, o Ministério Público Federal ajuizou a Medida Cautelar de interceptação telefônica n. 2002.51.01.501746-7

que, deferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal (fls. 104-110), ao qual o pleito fora remetido por livre distribuição, não foi implementada por motivos técnicos, descritos pela Telemar, às fls. 253-255.

54. Em face disso, o Ministério Público Federal assim se manifestou:

O DPF responsável pelo implemento da medida objeto deste feito, subscritor do relatório de fls. 165-166, está envidando seus esforços para transpor o sistema de bloqueio de linhas a serem monitoradas, cuja tecnologia ainda é desconhecida pela Telemar (of. Fls. 167).

Requeiro o acautelamento do feito e nova vista diante de outros documentos que vierem, sendo certo que o MPF está acompanhando extra-autos, junto à Autoridade Policial, o desenrolar do impasse técnico. (fl. 257).

(Grifou-se).

55. Mais tarde, nova manifestação:

Enquanto não superadas as dificuldades técnicas para a implementação da medida cautelar já deferida, requeiro a suspensão do feito, arquivando-o provisoriamente, recolhendo-se, por efeito, os mandados expedidos. (fl. 259).

(Grifou-se).

Sobrevindo decisão do juiz federal substituto da 6ª Vara Federal Criminal, Dr. Alfredo Jara Moura, nestes termos:

*Considerando a r. Promoção do MPF de fls. 171-verso, bem como o fato de que até o presente momento a medida de interceptação telefônica requerida não foi implementada, **revogo** a decisão de fls. 17-22.*

Recolham-se os ofícios expedidos para cumprimento da medida.

Oficie-se ao DPF Dr. Ricardo Ennes e à Telemar comunicando da revogação da medida cautelar.

Após, archive-se o feito em Secretaria. (fl. 262)

(Grifou-se).

56. Extrai-se, das manifestações ministeriais, bem como da decisão judicial, que o feito foi arquivado não porque extinto, mas porque impossibilitada estava, naquele instante, sua implementação.

57. Aliás, em nenhum momento falou-se em extinção do feito, mas em "suspensão", "acautelamento" e "arquivamento em secretaria".

58. Conclui-se, pois, que a revogação da decisão que deferiu a interceptação telefônica convive com o status de processo ativo da medida cautelar. Fosse

inexistente tal possibilidade, não teria o Ministério Público Federal se manifestado no sentido de se recolherem os mandados - por óbvio, revogados -, e suspender-se o feito, medida de caráter provisório.

59. A manifestação ministerial, acatada pelo Juízo, no sentido de se recolher os mandados expedidos, visava resguardar o próprio andamento das investigações. Não havia sentido em manter-se em aberto mandados que, naquele instante, estavam tecnicamente impossibilitados de serem cumpridos.

60. Não obstante, o Ministério Público Federal deixou claro o seu interesse na implementação da medida, registrando que esforços continuariam a ser enviados a fim de se solucionar o impasse técnico.

61. Ou seja, solucionado o impasse técnico, necessário seria, tão somente, a expedição de novos mandados, no bojo da medida cautelar já proposta.

62. Por este motivo determinou o juiz, em sua decisão, o *arquivamento do feito, em secretaria*, ressalte-se, ciente de que, transpostos os entraves técnicos, a ele seria dado normal andamento.

63. Ora, sabe-se que o que torna um juízo prevento não é a prática de ato decisório frutífero, antes de qualquer outro juízo, mas, simplesmente, a prática de ato decisório, tal como se deu.

64. Assim, nenhum elemento há do qual se possa inferir que a medida cautelar estava extinta; antes, aguardava, em secretaria, por determinação judicial, o deslinde da questão a ser resolvida, estritamente, no âmbito da Telemar, por se tratar de interceptação telefônica.

Há ainda mais. Se, como visto acima, pelas razões descritas, é correta a competência do Juízo Federal da Subseção do Rio de Janeiro, em razão do instituto da *perpetuatio jurisdictionis, nem mesmo a extinção da punibilidade relativamente aos fatos lá ocorridos poderia fazer com que retornassem os autos à Subseção de Campos dos Goytacazes*.

Nesse sentido, da Suprema Corte, *mutatis mutandis*:

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio. Alegação de incompetência da Justiça Federal. Inocorrência. Conexão com crimes de competência da Justiça Federal. *Perpetuatio jurisdictionis*. Art. 81 do CPP. Impossibilidade de análise aprofundada de fatos e provas em sede de *habeas corpus*. Ordem denegada.

I - A competência para julgamento do feito foi fixada na Justiça Federal pois no curso das investigações, que serviram de base para o oferecimento da denúncia, surgiram fortes indícios de que o homicídio estava relacionado com o tráfico internacional de drogas.

II - O paciente foi, ainda, denunciado em outra ação penal pela prática dos delitos de lavagem de dinheiro e sonegação fiscal supostamente relacionados ao tráfico internacional de drogas, o que reforçou a manutenção da competência da Justiça Federal.

III - Quando há crimes conexos de competência da Justiça Federal o processamento e julgamento dos feitos compete a esta.

IV - A posterior extinção da punibilidade de um dos feitos e o reconhecimento da incompetência do outro, que também atraíram a competência da Justiça Federal não extingue a competência desta em razão da perpetuação de jurisdição, nos termos do art. 81 do CPP. Precedentes.

V - A discussão acerca da correta fixação da competência, bem como da existência de conexão em razão da ligação do homicídio com o crime de tráfico internacional de drogas ou de outro delito apto a justificar a competência da Justiça Federal exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de habeas corpus, não se mostra possível, visto tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de, que não admite dilação probatória.

VI - Ordem denegada. (HC n. 100.154-MT, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 22.2.2011)

Recurso ordinário em *habeas-corpus*. Processo Penal. Criação de foro regional no local do fato delituoso, posteriormente ao recebimento da denúncia. *Perpetuatio jurisdictionis*. Inviabilidade do deslocamento da competência.

A criação de foro regional no local do fato, em data posterior a do recebimento da denúncia, não desloca a competência antes firmada. Aplicação subsidiária da regra *perpetuatio jurisdictionis* (CPC, artigo 87), autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento. (RHC n. 83.008-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 27.6.2003).

Habeas corpus.

Competência: *perpetuatio jurisdictionis*.

Denunciado o réu por delitos sujeitos a jurisdição federal e estadual, a competência do magistrado da União não se exaure pela absolvição dos crimes que atraem a competência da Justiça Federal.

Incidência do disposto no art. 81 do CPP.

Ordem denegada. (HC n. 67.874-BA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celio Borja, DJ de 16.03.1990).

E, desta Corte:

Habeas corpus. Processo Penal. Paciente (investigador da Polícia Civil) denunciado por facilitação de contrabando, abuso de autoridade e extorsão perante a Justiça Federal. Conexão. Posterior absolvição pelo crime que atraiu a competência para a Justiça Federal (facilitação de contrabando) e condenação pelo crime de concussão. Irrelevância. Art. 81 do CPP (*perpetuatio jurisdictionis*). Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. Estabelecida a competência da Justiça Federal em face da conexão entre crimes da competência estadual e federal, encerrada a instrução criminal, a absolvição ou a desclassificação quanto ao delito que atraiu a competência para a Justiça Federal não retira a sua competência para apreciar as demais imputações. Art. 81 do CPP.

Precedentes do STJ: CC n. 34.321-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 26.3.2007, CC n. 32.458-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 2.3.2005 e HC n. 72.496-SC, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 14.5.2007.

2. HC denegado, em consonância com o parecer ministerial. (HC n. 112.990-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe de 7.12.2009).

Processo Penal. *Habeas corpus*. Crime de extorsão praticado por policiais civis. Art. 158, § 1º do CP. Competência. Conexão probatória. Perpetuação da jurisdição. Art. 81, *caput*, do CPP. Condenação baseada apenas no inquérito policial. Não-ocorrência. Ausência de elemento constitutivo do tipo. Reexame da prova. Inadequação da via eleita.

Modificação de condenação transitada em julgado. Revisão da dosimetria da pena. Matéria imprópria para apreciação na via eleita. Ausência de fundamentação do *decisum*. Não-ocorrência. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

1. A absolvição em relação ao fato ocorrido na comarca que atraiu a competência, por força da conexão probatória prevista no art. 76, III, do CPP, não conduz à alteração da jurisdição, tendo em vista o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* contido no art. 81, *caput*, do CPP.

2. “Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos” (art. 81, *caput*, do CP).

3. [...]. (HC n. 132.189-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 16.11.2009).

Prosseguindo, nada há nos autos que permita inferir que a conexão foi requerida “*de forma artificiosa*”, não podendo prosperar a impetração, portanto, quanto a esse tocante.

Ora, não há nenhuma comprovação pré-constituída nos autos de que o comportamento de autoridades estatais responsáveis pela condução do feito não teria sido reta e escoreita. Por isso, é de se rechaçar tal alegação, não se constituindo o *habeas corpus* a via adequada para tal deliberação, nem competindo, constitucionalmente, a este Superior Tribunal, concluir, nesse sentido, sobre fatos que, em verdade, configurariam delitos.

Nesse sentido, a percuente manifestação do Ministério Público quanto a tal mérito (fls. 1.536-1.541):

65. Os impetrantes, na defesa do direito constitucionalmente conferido aos seus clientes, os ora pacientes, direito à ampla defesa, esqueceram-se de seus limites, julgando-se apto a disseminar dúvidas acerca da postura ética e profissional dos membros do Ministério Público Federal e do Poder Judiciário que atuaram no feito, valendo-se, para tanto, e o que é pior, de distorções da realidade.

66. Explique-se: o membro do Ministério Público Federal, Dr. José Augusto Vagos, quando tentava dissuadir o APF Heródoto Dorta do Amaral a delatar os fatos criminosos dos quais tinha ciência, disse que mantinha com a Juíza da 6ª Vara Federal, Dra. Ana Paula Vieira de Carvalho, uma relação de “pede-defere”.

67. Essa expressão, proferida e justificada por um contexto específico, por óbvio, não teve a eficácia de comprometer a distribuição do processo.

68. Ressalte-se, primeiramente, que este tema é objeto do HC n. 2006.02.01.002495-3-RJ, no qual reconheceu-se, à unanimidade, que, naquelas circunstâncias, o Procurador da República estava, claramente, tentando convencer o delator a falar o que sabia.

69. Segundo: dos CD's que gravaram a delação extrai-se que referida expressão foi explicada a seguir, dizendo o membro do Ministério Público Federal que isto se dava porque a juíza “confia no trabalho do Ministério Público”.

70. Terceiro: a ilustre Magistrada da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Dra. Ana Paula Vieira de Carvalho, citada pela defesa como que atuando em parceria com o membro do Ministério Público, não foi quem deferiu a medida cautelar e, sim, o juiz substituto, Dr. Alfredo Jara Moura.

71. Quarto: quem aceitou a prevenção em relação aos Autos n. 2001.51.03.001916-9 foi o Juiz substituto da 6ª Vara Federal, Dr. Alfredo Jara Moura.

72. Quinto: dos anos de 2002 a 2004, a Dra. Ana Paula Vieira de Carvalho não atuou perante a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, tendo havido dois juízes substitutos: o Dr. Alfredo Jara Moura e o Dr. Rodolfo Kronenberg Hartmann.

73. Sexto: quando o membro do Ministério Público Federal fez uso da expressão em comento, 23.1.2003, o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal já tinha reconhecido a sua competência, por conexão, para conhecer do Processo n. 2001.51.03.001916-9, ocasião em que lá atuava o Dr. Rodolfo Kronenberg Hartmann.

74. Logo, as declarações feitas pelo APF Heródoto Dorta do Amaral em nada contribuiriam para atrair as investigações para a 6ª Vara Federal, porquanto esta já tinha sido reconhecida desde o depoimento do APF José Ribamar Pereira.

75. Sétimo: o Procurador da República fez uso de tal expressão em gravação por ele mesmo realizada, juntamente com o Delegado de Polícia Federal, a fim de

documentar a delação, não sendo razoável supor que, se houvesse algum conluio, ele o expusesse de tal forma.

76. Conclui-se, portanto, que nenhum interesse havia, quer por parte do Ministério Público Federal, quer por parte do Poder Judiciário, em fazer da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro um “tribunal de exceção” - palavras da defesa - para lá remetendo os processos criminais oriundos de operações conduzidas pela Polícia Federal.

77. Como registrou o relator do acórdão impugnado, a magistrada da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro fez questão de salientar que ações envolvendo policiais federais não são privilégio, ou defeito, como queiram, daquele Juízo, citando, num quadro que vai da 1ª à 8ª Vara Federal Criminal, inúmeras outras ações relativas a operações da Polícia Federal.

78. Também não se pode falar em “Vara eleita pelo Procurador da República e Delegado de Polícia Federal”, uma vez que a distribuição da medida cautelar foi feita de forma livre e, posteriormente, em sendo reconhecida a conexão entre os fatos, a distribuição por dependência era medida que se impunha.

79. Oportuno transcrever o entendimento esposado pelo relator da decisão atacada que, após ouvir o áudio, concluiu :

Já no “CD *Dorta 1*” notam-se trechos em que o Procurador fala expressamente que teria uma relação de “pede-defere” com a Juíza da 6ª Vara, e outro trecho em que fala que não tem com o Juiz de Campos a mesma relação próxima que tem com a Juíza do Rio. Todavia, em nenhum momento, tais trechos traduzem alguma relação de prévio acerto com o juiz para efetuar atos que sempre seriam deferidos ou que estavam antes combinados com o Magistrado.

O contexto do áudio não dá nenhum contorno nesse sentido. Aliás, se fosse isso, não seria compreensível que o próprio Procurador e o Delegado documentassem isso da forma como fizeram. É preciso que se ouça e veja o vídeo para se chegar a essa conclusão, porquanto a transcrição nem sempre retrata todo o contexto em que foram proferidas as palavras, a entonação, os gestos, as circunstâncias, etc.

(...)

O que de real existe na presença desse áudio, é que ele retrata e documenta um ato previsto em lei, que é a delação premiada, para a qual não se previu sequer um procedimento, mas que, por razões óbvias, é um ato de persecução para o qual basta que o co-réu esteja disposto a participar livremente, como ocorreu, inclusive na presença de Advogado.

Foi isso o que aconteceu, e os diálogos retrataram a procura do Membro do MPF de conquistar a confiança do co-réu colaborador e mostrar a ele que poderia confiar no reconhecimento de seus direitos pela Juíza caso colaborasse efetivamente com a instrução. Nada mais se pode concluir do áudio. (Grifou-se)

80. Falar-se em conluio, portanto, diante da realidade acima traçada, somente expressa a irresponsabilidade dos impetrantes, no exercício de direito que, tal como usado, deixou de sê-lo e converteu-se em abuso.

81. Não é em vão que o Procurador da República José Augusto Vagos ofereceu representação criminal, contra os impetrantes, junto ao Coordenador Criminal da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, pela prática do crime de calúnia.

82. Também a rechaçar a conduta assumida pela defesa, cabe referir a trecho do voto proferido pela Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Dra. Maria Helena:

Eu não tenho outra palavra a dizer a não ser que eu concordo com o Ministério Público quando diz que foi um estratagema desleal para atingir as instituições. Isso foi feito à guisa de ausência de argumentos fortes a rebater toda aquela prova colhida, de toda a prova que está nos processos. Não nessa operação, mas na “Operação Cerol”, na “Operação Hurricane” ou “Furacão”, na “Operação Planador” e em várias outras operações.

Como não têm argumentos para rebater todos os fatos que foram apurados, resolveram: “Então, vamos atingir as instituições porque, com isso, saímos como vítimas dessa história toda. E vamos lançar agora nas Cortes Superiores uma tese jurídica”, porque as Cortes Superiores, em geral, atendem às teses jurídicas e não chegam ao exame dos casos – julgam pela tese jurídica. “Vamos lançar a tese jurídica do conluio”. Então, foi isso, no meu entender, o que aconteceu.

E digo mais uma coisa para Vossas Excelências: os impetrantes não estão preocupados com este julgamento de hoje. Este julgamento é apenas um passo para irem às Cortes Superiores e lançarem o conluio lá em cima. (Grifou-se)

II. 4 Da legalidade do ato de delação efetuado pelo APF José Ribamar Pereira

83. Diz a defesa que “ilegalmente, no dia seguinte, 17.9.2002, José Ribamar Pereira foi levado pelo Delegado de Polícia Federal Ricardo Garcia Ennes até o gabinete do Procurador da República - Augusto Simões Vagos, da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, onde propôs-se a Ribamar a realização de delação premiada.” (fl. 34)

84. O esclarecimento, constante de transcrição feita no item 24, é suficiente para dirimir qualquer ilegalidade na delação do APF José Ribamar Pereira.

85. Foi o próprio APF José Ribamar Pereira quem solicitou, em seu interrogatório, na fase inquisitiva, a presença de um membro do Ministério Público Federal. A presença do Procurador da República, nesta fase, saliente-se, não é necessária ou sequer exigida para considerar-se observado o devido processo legal. Assim, tem-se que a presença do membro do Ministério Público Federal no interrogatório é, em verdade, um *plus*, sendo desarrazoado, portanto,

considerar-se ilegal ou abusiva a sua presença. Ao contrário, a presença do membro do Ministério Público confere idoneidade ainda maior ao ato.

86. Convém destacar que, embora a delação premiada seja instituto previsto em lei, ao seu procedimento não há nenhuma referência, não há qualquer regulamentação. Não obstante, tiveram o Delegado da Polícia Federal e o Procurador da República o cuidado de procederem à oitiva da delação oferecida, estando o conduzido na presença de sua advogada, e, ainda, gravarem em áudio todo o procedimento, a fim de que fosse legitimamente jungido aos autos.

87. Extirpada, portanto, qualquer ilegalidade que pretenda se conferir ao ato.

Vê-se que os Impetrantes questionaram a lisura das determinações para que os diversos feitos passassem a ser processados perante a Subseção Judiciária do Rio de Janeiro-RJ.

Ocorre que, como longamente discorrido, nada a tal respeito restou provado, nem se demonstrou desrespeito a regras processuais referentes à conexão, em hipótese na qual ocorreu, tão somente, concurso de jurisdição de mesma categoria.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Senhor Presidente, de início, quero agradecer as manifestações do Dr. Alberto Zacharias Toron e do Dr. Nélio Seidel Machado. Dr. Nélio Machado, antigo conhecido desde a minha gestão na Vara de Execuções, e o Dr. Alberto Toron, conhecido de todos nós.

Saliento, como a Dra. Lindôra Maria Araújo se manifestou, que ouvir o Dr. Nélio e o Dr. Toron abalam qualquer convicção.

Mas, após o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, e é o que sempre sustento em termos de *habeas corpus*, no qual a amplitude do julgamento é parcial, não é total; não há uma incursão total na matéria fática, que tem repercussão jurídica, como é o caso da competência. E se é verdade aquilo que se afirma, a providência é certa ou errada.

Penso que em sede de *habeas corpus* a abordagem do julgador dever ser direcionada na linha da verificação de compatibilidade entre a situação fática e jurídica retratada na decisão e providência ou ato impugnado, ou seja,

considerando-se verdade o que se afirma na decisão, se a providência ou questão impugnada está correta ou errada.

Complementando, não é o *habeas corpus* a sede para discutir a veracidade dos fatos, mas sim apenas a compatibilidade da situação fático-jurídica retratada na decisão com a providência, questão ou decisão impugnada.

Então, sendo verdadeiro o que se afirma que as investigações decorreram de um mesmo fato, ou seja, sobre a existência de investigações sobre falsificação de passaporte em Campos ou no Rio de Janeiro, sendo verdade a precedência da medida cautelar para atrair o julgamento de fatos, seja uma parcela deles em Campos, envolvendo falsificação de passaporte com os inquéritos e as ações penais em curso, na capital, sobre o mesmo fato, sobre a atuação da Polícia Federal, de uma forma geral, na investigação da suposta ilicitude dessas concessões de visto no Aeroporto Internacional, em resumo, se tudo isso é verdadeiro, a consequência não pode ser outra que não o reconhecimento da conexão e a atração dos processos para julgamento conjunto.

Agora, a discussão sobre a veracidade de todas as afirmações deve ser travada na ação penal, nas instâncias ordinárias, na amplitude que lhe é permitida, na ampla devolução da matéria de fato e de direito ao Tribunal. O *habeas corpus* só é cabível diante de ilegalidade patente, que mereça ataque imediato, não é sede adequada para reapreciação valorativa desses fatos. Como a Sra. Ministra Laurita Vaz falou, não há nenhuma prova pré-constituída da suposta distorção, da suposição que se cogitou de uma armação para deslocar a competência. O Tribunal de origem afirmou na decisão, e a Ministra Laurita Vaz verificou, que nada nos autos impede essa conclusão; se é verdadeiro que os fatos têm conexão, que existia investigação ampla sobre falsificação, sobre a atuação irregular de policial na prática de atos competentes, outra solução não se cogitaria que não o deslocamento dos feitos para julgamento conjunto.

Nesse contexto, Sr. Presidente, que pese reconhecer o brilho da tese defensiva, que é sedutora, mas os fatos, pelo menos no campo do *habeas corpus* aqui apresentado, não autorizam a conclusão sustentada, com brilho, da tribuna pelos Drs. Toron e Nélío Machado.

Acompanho integralmente o voto da eminente Ministra Relatora, diante das próprias limitações do instrumento processual utilizado para a incursão no julgamento da autenticidade ou não de tais fatos. Afirmado e provado esse fato a conclusão da conexão, por ora, está correta, em que pese essa matéria poder ser reexaminada pelo juiz de primeiro grau e pelo Tribunal de origem.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de diversos corréus, denunciados pela prática de crimes contra a administração pública, investigados em operação da Polícia Federal.

Alega-se, neste *writ*, que os pacientes estariam sofrendo constrangimento ilegal, porquanto teria havido violação ao Princípio do Juiz Natural, com a quebra da competência originária para a determinação das medidas cautelares de interceptação telefônica realizadas na fase investigatória.

A eminente Relatora denegou a ordem, aos fundamentos de que (i) não haveria conflito jurisdicional, por se tratarem de juízos de mesma natureza e hierarquia, (ii) o juízo da vara federal da capital fluminense teria prevalência na fixação da competência em razão do cometimento de delitos mais graves, bem como, da maior quantidade de crimes ocorridos na sua jurisdição.

É, no essencial, o relatório.

Preliminarmente, cumpre ressaltar o entendimento pessoal de que o *habeas corpus* é instrumento hábil para a análise da matéria suscitada na impetração, pois trata-se de remédio constitucional que visa garantir a defesa dos Princípios consagrados pela Magna Carta, *in casu*, a preservação do Juiz natural.

Por outro lado, é factível que tenha havido direcionamento nas investigações a fim de conduzir os autos à Vara Federal do Rio de Janeiro, em detrimento da Vara Federal de Campos.

Todavia, determinar as condições em que foram analisadas as escutas telefônicas para considerar que seu conteúdo dizia respeito à investigação anteriormente realizada, bem como a forma como foi desarquivada a medida cautelar originária, está além dos limites da análise na estreita via do *habeas corpus*.

Ocorre que, na espécie, a efetiva verificação dessas peculiaridades e das condições intrínsecas aos atos praticados na instância de origem demandariam a aprofundada análise dos conteúdos fático e probatório, inviável na sede mandamental, que requer juízo de cognição sumária.

Assim, a despeito da possível irregularidade alegada pelos impetrantes, não vejo, *ictu oculi*, ilegalidade flagrante capaz de alterar os bem lançados termos do voto da eminente Ministra Laurita Vaz.

Pelo exposto, com as ressalvas pessoais declinadas, acompanho o voto da eminente Relatora.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 174.237-SP (2010/0096581-6)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Fernanda Corrêa da Costa Benjamim - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Maria Denise Rodrigues

EMENTA

Habeas corpus. Furto qualificado e estelionato tentado (artigo 155, § 4º, incisos II e IV, e artigo 171, *caput*, combinado com o artigo 14, II, todos do Código Penal). Sentença absolutória proferida pelo juízo singular. Apelação do Ministério Público restrita ao pedido de reforma do édito absolutório somente quanto ao estelionato. Expressa concordância com a absolvição da paciente pelo ilícito de furto. Condenação por ambos os crimes pelo Tribunal de origem. Inobservância do efeito devolutivo restrito à fundamentação do apelo. Constrangimento ilegal evidenciado. Concessão da ordem.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. No caso dos autos, a paciente foi absolvida dos crimes de furto qualificado e estelionato em primeiro grau de jurisdição, tendo o Ministério Público interposto recurso de apelação objetivando a reforma da sentença apenas quanto ao crime previsto no artigo 171, *caput*, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, concordando expressamente com a insuficiência de provas a embasar um édito repressivo no tocante ao ilícito previsto no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal.

3. Da leitura do acórdão impugnado, conclui-se que o Tribunal *a quo* extrapolou os limites de cognição do apelo interposto pelo órgão acusatório, pois condenou a paciente pelo delito de furto

qualificado, que sequer havia sido objeto de insurgência pelo *Parquet* nas suas razões recursais, ampliando o efeito devolutivo do reclamo, e agravando, independentemente de provocação, a situação da acusada, procedimento que vai de encontro ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus*. Doutrina. Precedentes.

4. Ordem concedida para anular a condenação da paciente no que se refere ao crime de furto qualificado, mantendo-se o édito repressivo proferido em seu desfavor no tocante ao delito de estelionato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 19.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Maria Denise Rodrigues*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à Apelação Criminal n. 990.09.222400-0, interposto pelo Ministério Público.

Noticiam os autos que a paciente foi denunciada pela prática dos delitos previstos no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, e no artigo 171, *caput*, combinado com o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, tendo sido absolvida diante da fragilidade do conjunto probatório.

Irresignado, o *Parquet* interpôs recurso de apelação, pretendendo a condenação da acusada pelo delito de estelionato, uma vez que, quanto ao delito de furto, não haveria provas suficientes para atribuir-lhe a autoria.

Ao recurso de apelação foi dado provimento, para condenar a paciente à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, e ao pagamento de 18 dias-multa, nos termos da denúncia.

Sustenta a impetrante que a paciente é alvo de constrangimento ilegal em virtude da ocorrência de julgamento *extra petita* quando da apreciação da apelação.

Afirma que o pedido do Ministério Público restringiu-se à condenação pelo delito de estelionato, tendo sido admitido pela acusação nas razões do recurso a inexistência de provas suficientes para a condenação quanto ao crime de furto.

Requer a concessão da ordem a fim de que seja reconhecida a nulidade do aresto objurgado em face do julgamento *extra petita*.

A liminar foi deferida, nos termos da decisão de fls. 44-45.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 52-53), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 81-86, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação do acórdão referente à apelação interposta pelo Ministério Público, ante a apontada ocorrência de julgamento *extra petita*.

Segundo consta dos autos, a paciente foi denunciada pelos crimes de furto qualificado e estelionato, extraindo-se da peça acusatória os seguintes trechos:

Consta do incluso inquérito policial que no dia 27 de fevereiro de 2003, por volta das 23:00 horas, na Rua Hadock Lobo, no interior do restaurante Margherita, nesta cidade e comarca, **Maria Denise Rodrigues**, qualificada a fls. 31, agindo em concurso e unidade de propósitos com "Carmem", "Soledad" e "Rosário", não identificadas, subtraiu para si, um cartão de crédito American Express e uma cédula de identidade, pertencentes a Roseli Fernandes de Freitas.

Apurou-se que a indiciada acompanhada de "Carmem", "Soledad" e "Rosário", estava no restaurante Margherita, quando percebeu a distração da vítima que ali também estava. aproveitando-se daquela situação, abriu a bolsa que a vítima portava e dela subtraiu um cartão de crédito American Express e uma cédula de identidade, ambas pertencentes a Roseli Fernandes.

Consta, ainda, do incluso auto de prisão em flagrante que, no dia 27 de fevereiro de 2003, por volta das 23:30 horas, na Rua João Cahoeira, número 899, nesta cidade e comarca, **Maria Denise Rodrigues**, qualificada a fls. 31, agindo em concurso e unidade de propósitos com “Carmem”, “Soledad” e “Rosário”, ainda não identificadas, tentou obter, em proveito próprio, vantagem ilícita, consistente em comprar uma impressora HP-Office-jet PSC 750 utilizando-se do cartão de crédito furtado, em prejuízo de Roseli Fernandes de Freitas, induzindo José Augusto Damasceno de Sena, caixa do Extra Hipermercados em erro, mediante fraude.

Após a subtração dos pertences de Roseli Fernandes, a indiciada decidiu adquirir uma impressora para revender na Praça da República. “Carmem”, “Soledad” e “Rosário” a auxiliaram na empreitada e, para tanto, receberiam R\$ 200,00 (duzentos reais) para ser dividido em as três caso o golpe desse certo.

Dirigiram-se ao Extra Hipermercados, onde já havia praticado vários golpes similares, tendo “Soledad” ficado dentro de um táxi, que era conduzido por ‘Oliveira’. Quando estava no caixa, efetuando a compra com o cartão de crédito furtado, “Carmem” e “Rosário” evadiram-se do local no táxi acima mencionado.

Quando da compra da impressora, o caixa do hipermercado percebeu que a assinatura do cartão não era compatível com a assinatura feita pela suposta cliente e chamou a fiscal de caixa Helen Kalyone Ferreira Araújo. Helen, por sua vez, concordando com o caixa, chamou o fiscal Charles Pereira, que perguntou à indiciada acerca dos fatos, tendo ela confessado o furto do cartão de crédito e da cédula de identidade, bem como a tentativa de estelionato. (e-STJ fls. 54-55).

Após regular instrução, sobreveio sentença na qual a paciente restou absolvida de ambos os delitos que lhe foram imputados.

Confira-se:

A ação é improcedente. Ouvida em juízo, a ré negou parcialmente a imputação que lhe é feita, aduzindo que foi “Soledad” quem subtraiu o cartão de crédito referido na denúncia e que, ‘juntamente com as outras três pessoas indicadas na denúncia, esteve em uma loja minutos após visando adquirir uma impressora com o cartão furtado’. E as demais provas produzidas na instrução processual mostraram-se insuficientes para embasar um decreto condenatório. Com efeito, a vítima Roseli Fernandes de Freitas não notou o furto de seu cartão de crédito e, portanto, nada soube dizer sobre a autoria deste crime (fls. 208-209). As testemunhas João, Charles, Carlos e José Augusto, funcionários do “Extra Hipermercados”, não mais se recordaram dos fatos narrados na denúncia e nada puderam esclarecer sobre a autoria da tentativa de estelionato em questão. Apenas José Augusto reconheceu a ré como sendo a pessoa que tentou ali efetuar uma compra mediante a utilização de um cartão de crédito, mas não soube dizer exatamente qual o problema que ensejou a abordagem da denunciada. Chegou a dizer ao magistrado, equivocadamente, que a ré não estaria portando a sua

identificação pessoal. E essa foi toda prova oral produzida durante a instrução processual, a qual, como se vê, é insuficiente a embasar um decreto condenatório. Realmente, conforme prova oral acima analisada, nenhuma das cinco pessoas ouvidas puderam esclarecer a autoria do furto ou da tentativa de estelionato. Restou isolada nos autos, deste modo, a confissão parcial da denunciada, que teria admitido apenas a prática da tentativa de estelionato, porém, ainda assim, de forma vaga, já que se restringiu a dizer à magistrada que, “juntamente com as outras três pessoas indicadas na denúncia, esteve em uma loja minutos após visando adquirir uma impressora com o cartão furtado”, o que, ao entender desse magistrado, consiste em prova precária. Não bastasse e socorrendo-se da prova prestada perante a autoridade policial, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, aqueles funcionários do referido mercado, quando ainda tinham os fatos gravados em suas memórias, esclareceram ao delegado que a ré foi impedida de efetuar a aludida compra quando assinou a nota de compra de forma absolutamente diversa daquela assinatura que constava do cartão de crédito subtraído. Portanto, além de serem insuficientes as provas produzidas também quanto o delito de estelionato, aquela conduta praticada pela denunciada, destinada à compra da referida impressora, conforme respeitável entendimento doutrinário e jurisprudencial, consistiria em meio inidôneo para enganar o homem comum, apresentando o crime impossível. (...) Como se vê, absolutamente frágeis as provas produzidas pela acusação, devendo prevalecer na espécie o consagrado princípio *in dubio pro reo*, principalmente para que não se incorra no risco de se levar ao cárcere pessoa inocente. Nesse sentido o entendimento do próprio Ministério Público, ao menos quanto ao delito de furto. (e-STJ fls. 59-60).

Irresignado, o órgão ministerial apelou, “postulando a reforma da r. sentença a fim de que seja o apelado condenado como incurso no artigo 171, *caput*, do Código Penal”, consignando que “quanto ao crime de furto, não há prova suficiente de que tenha sido a acusada sua autora” (e-STJ fls. 62-65).

A 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à irresignação da acusação para condenar a paciente à pena total de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, e ao pagamento de 18 dias-multa, por infração aos artigos 155, § 4º, incisos II e IV, e 171, *caput*, combinado com o artigo 14, inciso II, na forma do artigo 69, todos do Código Penal (e-STJ fls. 70-76).

Pois bem. De tudo quanto consta dos autos, tem-se que a impetração merece acolhida.

Inicialmente, cumpre ressaltar que quando se trata de recursos no processo penal, é certo que as insurgências podem ser dotadas de efeito suspensivo, a depender da via recursal e da decisão que é alvo de impugnação. Todas, porém,

são munidas do efeito devolutivo, por meio do qual toda a matéria posta em discussão perante o Poder Judiciário, ou apenas parte dela, é levada à apreciação do órgão recursal competente, consagrando-se a garantia ao duplo grau de jurisdição. Trata-se da aplicação do princípio resumido no brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, que se refere à extensão do conhecimento da irresignação.

Como é cediço, o efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A respeito do tema, eis a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

O princípio da dialeticidade - que impregna todo o iter procedimental - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal. (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.).

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício. O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório. (*Op. cit.*, p. 121.).

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal (artigo 3º da Lei Processual Penal), devolve para o órgão *ad quem* apenas o

exame da matéria impugnada, que se restringe aos limites da irresignação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não poderia condenar a paciente pelo crime de furto qualificado sem pedido expresso do órgão acusatório nesse sentido, como fez.

Com efeito, da leitura do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, verifica-se que o *Parquet* concordou com a sentença absolutória no tocante ao ilícito disposto no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal, consignado inexistirem provas suficientes a embasar um édito condenatório contra a paciente nesse ponto.

Veja-se:

Quanto ao crime de furto, não há prova suficiente de que tenha sido a acusada sua autora, entretanto, no que tange ao crime de estelionato tentado, a ação deve ser julgada procedente uma vez que a acusada confessou os fatos e foi presa em flagrante quando tentava passar o cartão no caixa do estabelecimento vítima. (e-STJ fl. 65).

Contudo, a Corte de origem, a despeito da inexistência de irresignação da acusação quanto à absolvição da paciente pelo delito de furto, acabou por condená-la também por esta infração penal, consoante se extrai da passagem abaixo, retirada do aresto objurgado:

Condenação necessária, *data venia* do entendimento do d. Juízo sentenciante.

De início, pela *materialidade* constatada no (i) boletim de ocorrência, f. 11-14, (ii) auto de exibição e apreensão, f. 18-19; (iii) auto de avaliação, f. 20; (iv) autos de entrega, f. 21 e 42; e (v) laudo pericial grafotécnico, f. 89-92.

E a autoria também é *incontroversa*.

De efeito.

A acusada foi detida em plena *flagrância delitiva*, coisa que é inegável e inquestionável, nos autos.

Esse fato, só por si, caracteriza por sem dúvidas e de pronto a autoria, uma vez que não há lógica capaz de fugir a essa interpretação.

Quem é apanhado em pleno "*iter criminis*", ou imediata e conseqüentemente a ele, como aqui, não tem como justificar a situação.

Além disto, a *posse da "res furtiva"*.

E sabe-se que a apreensão de coisa subtraída, só por si, em poder do agente, é prova firme e convincente de autoria, porque inverte o ônus da prova, cumprindo ao acionado oferecer razões pelas quais aquilo que não lhe pertence foi consigo encontrado.

O que aqui não se fez.

E mais há.

Assim, também, as firmes e contundentes palavras das testemunhas presenciais (i) *Charles*, f. 5 e 188, (ii) *José Augusto*, f. 6 e 221, e (iii) *Carlos*, f. 7 e 220.

Quando ouvidas em Juízo - mais de 6 anos após os fatos - afirmaram não mais se recordar dos fatos e da acusada, devido ao decurso do prazo.

Entretanto, seus depoimentos em Polícia devem ser considerados, uma vez que, prestados horas após os fatos, ao calor, ainda, dos acontecimentos, portanto, estoriam exatamente a ação, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.

E de qualquer forma, os depoimentos judiciais *não negam* a autenticidade, pelo menos, daqueles produzidos em seara extrajudicial.

As testemunhas afirmam que a acusada tentava adquirir uma impressora multifuncional, quando o operador de caixa do estabelecimento estranhou a divergência entre a assinatura constante do cartão e a assinatura aposta pela acusada no comprovante da compra.

Assim, a acusada foi abordada pelos fiscais da loja, e acabou por *confessar* o furto do cartão de crédito e do documento de identidade.

Coincidência tremenda de narrativas isoladamente e se confrontadas, só pode levar à certeza do quadro.

E todos reconhecem sem titubeios a acusada, dando ao julgador a certeza necessária a um julgamento de prudência.

Finalmente, a *confissão* da acusada, em Polícia - f. 8 - e em Juízo - f. 134 e 224 -, admitindo os fatos, sem titubeios.

O que constitui, por si só, prova suficiente para um decreto condenatório.

Ainda que em Juízo a acusada afirmasse que a autora da subtração seria uma de suas comparsas, o crime foi praticado em comparsaria, tornando necessária sua responsabilização.

E, quanto ao crime de estelionato, acrescenta-se ainda o *laudo de exame grafotécnico*, f. 89-92, concluindo ser de autoria da acusada a assinatura lançada no comprovante de transação eletrônica fiscal do cartão de crédito, cuja cópia encontra-se a f. 23.

Responsabilização, portanto, necessária, *data venia*, novamente, do entendimento do d. Juízo sentenciante. (e-STJ fls. 72-75).

Assim, da leitura do acórdão impugnado, conclui-se que o Tribunal *a quo* extrapolou os limites de cognição do apelo interposto pelo órgão acusatório, pois condenou a paciente por delito que sequer havia sido objeto de insurgência pelo *Parquet* nas suas razões recursais, ampliando o efeito devolutivo do

reclamo, e agravando, independentemente de provocação, a situação da acusada, procedimento que vai de encontro ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus*.

Com efeito, na hipótese dos autos, ao se deparar com a insurgência ministerial pugnando pela reforma da sentença apenas no que se refere ao crime de estelionato, o Tribunal de origem não poderia condenar a paciente pelo crime de furto qualificado. Ou acolhia o reclamo e lhe dava provimento apenas para modificar a sentença quanto ao delito previsto no artigo 171, *caput*, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, ou mantinha, na íntegra, o édito absolutório, em respeito ao princípio que veda a *reformatio in pejus*.

A propósito, vale colacionar outro trecho da lição doutrinária de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

De forma geral, não pode o tribunal, em face do princípio da personalidade dos recursos, fixado no art. 574 CPP, combinado com o art. 599, decidir além do que foi pedido pela parte e em seu prejuízo. Com isso impede-se, em recurso da defesa, que venha a sua situação a ser agravada (art. 617 CPP). Também não pode o tribunal julgar além do que foi pedido em recurso da acusação, prejudicando o acusado. (*Op. cit.*, p. 122).

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte de Superior Justiça:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Evasão de divisas. Trancamento de inquérito policial. Ordem concedida pelo Tribunal de origem. Embargos de declaração opostos pelo Ministério Público sem efeitos modificativos. Inversão do julgado. Decisão *extra petita*. Impossibilidade. Princípio da taxatividade. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. É vedado, em sede de recurso interposto pelo Ministério Público, o agravamento da situação do réu, se não houve pedido taxativo nesse sentido.

2. Na hipótese em exame, configura constrangimento ilegal a inversão do julgado proferido em sede de *habeas corpus* concessivo, por meio de embargos de declaração, se não houve pedido expresso de efeitos modificativos no recurso.

3. Ordem concedida para anular o acórdão proferido nos embargos de declaração opostos no HC n. 2001.02.01.033915-2.

(HC n. 84.216-RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 23.2.2010, DJe 7.6.2010).

Habeas corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado. Sentença de impronúncia. Vários réus. Recurso em sentido estrito não referente ao ora paciente. Pronúncia de todos co-réus. Impossibilidade. Julgamento *extra petita*. Não-observância do princípio: *tantum devolutum quantum appellatum*.

1. O Tribunal *a quo*, ao pronunciar o ora Paciente, proferiu julgamento extra petita, bem como inobservou o princípio: *tantum devolutum quantum appellatum*, uma que o Ministério Público afirmou explicitamente em suas razões recursais que se insurgia, somente, contra a impronúncia dos co-réus do ora Paciente e, quanto a este, a sentença recorrida estava correta.

2. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença de impronúncia na parte relativa ao ora Paciente.

(HC n. 69.270-MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 9.8.2007, DJ 10.9.2007, p. 261).

Na mesma esteira, cumpre colacionar o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

- *Habeas corpus*. Pena. Cumprimento. Decisão de primeiro grau que reduziu a pena e deferiu livramento condicional. Recurso do MP que atacou, tão-só, redução da pena. 2. Acórdão que proveu o recurso, para cassar a decisão, inclusive quanto ao livramento condicional, não objeto do recurso. 3. Decisão "extra petita". Precedentes do STF. 4. *Habeas corpus* deferido para restabelecer a decisão de primeiro grau relativa ao livramento condicional, expedindo-se alvara de soltura, se por "al" não houver o paciente de permanecer preso. (HC n. 71.439, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 25.10.1994, DJ 16.12.1994 PP-34.887 Ement vol-01771-02 PP-00225).

É evidente, portanto, o constrangimento ilegal a que está sendo submetida a paciente, uma vez que em primeiro grau de jurisdição foi absolvida do delito de furto qualificado, restando por ele condenado sem que houvesse pedido expresso do Ministério Público nesse sentido, tendo o Tribunal de origem extrapolado os limites de cognição do recurso da acusação.

Ante o exposto, *concede-se* a ordem apenas para anular a condenação da paciente no que se refere ao crime de furto qualificado, mantendo-se o édito repressivo proferido em seu desfavor no tocante ao delito de estelionato.

É o voto.



HABEAS CORPUS N. 192.659-ES (2010/0225927-3)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo

Advogado: Samantha Pires Coelho - Defensora Pública
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
Paciente: Vera Lucia Chaves de Oliveira

EMENTA

Habeas corpus. Falso testemunho (artigo 342 do Código Penal). Paciente que teria prestado falsas declarações em ação de indenização movida por seu irmão. Pessoa impedida de depor como testemunha (artigos 228 do Código Civil e 405, inciso II e § 4º, do Código de Processo Civil). Oitiva como mera informante. Impossibilidade de figurar como sujeito ativo do delito. Atipicidade da conduta. Concessão da ordem.

1. No caso dos autos, a paciente foi acusada de praticar o crime de falso testemunho porque teria narrado “fatos que não correspondem à verdade, prejudicando a correta distribuição da justiça” em ação indenizatória movida por seu irmão em face das Lojas Americanas S.A.

2. Não se desconhece a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da imprescindibilidade ou não de a testemunha estar compromissada para a caracterização do crime previsto no artigo 342 do Código Penal, tendo esta Corte Superior de Justiça se orientado no sentido de que o compromisso de dizer a verdade não é pressuposto do delito. Precedentes do STJ e do STF.

3. Contudo, na hipótese em análise, a circunstância de a paciente haver prestado depoimento após ter aceitado o compromisso de dizer a verdade mostra-se irrelevante para o deslinde da controvérsia, uma vez que ela sequer poderia ser considerada testemunha nos termos da legislação civil pátria, aplicável à espécie pelo fato de a afirmação em tese falsa haver sido fornecida em processo de natureza cível.

4. Com efeito, de acordo com o artigo 228, inciso V, do Código Civil, e com o artigo 405, inciso I, do Código de Processo Civil, não podem ser admitidos como testemunhas os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

5. Entretanto, o § 4º do artigo 405 da Legislação Processual Civil permite que o juiz ouça as pessoas impedidas ou suspeitas de

testemunhar, sendo os seus depoimentos prestados independentemente de compromisso, e devendo o magistrado lhes atribuir o valor que possam merecer.

6. No caso em exame, a paciente foi inquirida na qualidade de irmã do requerente da ação indenizatória, motivo pelo qual o fato de haver se comprometido a dizer a verdade do que sabia e lhe foi perguntado não possui qualquer relevo, já que pelo inciso II e pelo § 4º do artigo 405 do Código de Processo Civil estava impedida de testemunhar no caso, só podendo ser ouvida como informante, sem prestar o compromisso previsto no artigo 415 do mencionado diploma legal.

7. O crime disposto no artigo 342 do Código Penal é de mão própria, só podendo ser cometido por quem possui a qualidade legal de testemunha, a qual não pode ser estendida a simples declarantes ou informantes, cujos depoimentos, que são excepcionais, apenas colhidos quando indispensáveis, devem ser apreciados pelo Juízo conforme o valor que possam merecer.

8. Desse modo, sendo incontroverso que a paciente foi ouvida como informante, justamente pelo fato de ser irmã do autor da ação de indenização na qual o falso testemunho teria sido prestado, não pode ser ela sujeito ativo do citado ilícito.

9. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo-se a sentença por meio da qual a paciente foi absolvida sumariamente do crime de falso testemunho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 19.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de *Vera Lucia Chaves de Oliveira*, apontando como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que ao julgar a Apelação Criminal n. 24.070.576.699, interposta pelo Ministério Público Estadual, deu provimento ao recurso para cassar a decisão que absolveu sumariamente a paciente da suposta prática do delito de falso testemunho.

Segundo consta dos autos, a paciente, juntamente com outros dois corréus, foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 342, *caput*, do Código Penal, porque teria narrado fatos que não correspondem à verdade em ação indenizatória ajuizada por seu irmão.

A magistrada singular absolveu sumariamente a paciente pelo fato de ela ter sido ouvida como informante, por ser irmã do autor da ação indenizatória na qual o falso testemunho teria sido prestado, razão pela qual não poderia ser sujeito ativo do crime em apreço.

Irresignado, o Ministério Público Estadual apelou, tendo a Corte de origem dado provimento ao reclamo para determinar o prosseguimento da ação penal instaurada contra a paciente.

Sustenta a impetrante que a paciente é vítima de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não poderia ser sujeito ativo do delito de falso testemunho, já que teria prestado depoimento na qualidade de informante.

Assevera que ainda que a paciente tenha prestado compromisso de dizer a verdade, não poderia cometer o crime em questão, já que não teria o dever legal de depor, tratando-se de pessoa suspeita, interessada no litígio, nos termos dos artigos 206 e 208 do Código de Processo Penal.

Consigna, ainda, que caso este Sodalício não compartilhe o entendimento pelo qual a conduta imputada à paciente seria atípica, a inicial ainda assim não poderia ser recebida porque não lhe teria sido dada a oportunidade de se retratar, consoante o disposto no § 2º do artigo 342 do Código Penal.

Requer a concessão da ordem a fim de que seja reformado o aresto objurgado, absolvendo-se a paciente do crime de falso testemunho. Subsidiariamente, requer que a denúncia não seja acolhida, uma vez que não foi oportunizada à paciente a possibilidade de se retratar.

A liminar foi indeferida pelo eminente Ministro Presidente, nos termos da decisão de fl. 322.

Prestadas as informações (e-STJ fl. 330), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 465-467, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o restabelecimento da sentença que absolveu a paciente da prática do delito de falso testemunho ou, subsidiariamente, que não seja recebida a inicial antes de oportunizada à acusada a possibilidade de se retratar.

Segundo consta dos autos, a paciente, juntamente com outros dois corréus, foi acusada da prática do crime previsto no artigo 342 do Código Penal, extraindo-se da vestibular as seguintes passagens:

Infere-se das fotocópias dos autos do Processo Judicial n. 37.561/2002, remetidos do 1º Juizado Especial Cível de Vitória, que o primeiro denunciado, *Roberto Nerval* moveu, em face das *Lojas Americanas S.A*, ação de indenização por danos morais.

A causa de pedir da referida ação de indenização residia no fato de que o **denunciado Roberto e sua irmã, a denunciada Vera**, no dia 12.12.2002, fizeram compras nas Lojas Americanas S.A do Shopping Vitória; todavia, segundo *Roberto*, no momento em que pagava pelos produtos adquiridos, percebeu faltar R\$ 5,00 (cinco reais) de troco, contudo, ao questionar esse erro ao caixa, foi agredido pelo gerente da loja, o qual insinuou que ele havia se apropriado do troco que alegava não ter recebido.

Ao deporem em Juízo, Roberto e sua irmã *Vera* afirmaram que uma pessoa que estava no caixa ao lado presenciou o fato, sendo essa pessoa, o denunciado *Haroldo*, o qual foi arrolado por *Roberto* como testemunha dos fatos na mencionada ação de indenização por danos morais.

Ocorre que o Juiz do 1º Juizado Especial Cível de Vitória percebeu existir frontal contradição entre o depoimento da testemunha *Haroldo*, ora denunciado, e o depoimento dos funcionários das Lojas Americanas S.A. Diante dessa percepção, julgou improcedente o pedido do autor sob o fundamento de não existir provas dos fatos alegados, bem como remeteu cópia dos autos da ação indenizatória para o Ministério Público, para apurar-se responsabilidade criminal por crime de falso testemunho.

Aflora das peças de informações fornecidas pelo Juízo do 1º Juizado Especial de Vitória, que os testemunhos coesos dos funcionários que depuseram em favor das Lojas Americanas desmascararam as mentiras contadas pelos denunciados em Juízo.

Isso porque, tais funcionários foram enfáticos e não titubearam ao afirmarem que, em verdade, o denunciado *Haroldo* era a pessoa que acompanhava a denunciada *Vera* no dia dos fatos, e não o denunciado *Roberto*, como alegado na inicial da ação indenizatória e por todos denunciados quando prestaram declarações em Juízo.

Em suma, os denunciados, de comum acordo, narraram fatos que não correspondem à verdade, prejudicando a correta distribuição da justiça. (e-STJ fls. 11-12).

A peça acusatória foi recebida (e-STJ fl. 179), tendo a defesa ofertado resposta escrita (e-STJ fls. 197-199), sobrevivendo sentença por meio da qual a paciente foi absolvida sumariamente das imputações que lhe foram feitas, sob o fundamento de que “o fato narrado na denúncia, evidentemente não constitui crime (inciso III, artigo 397 do CPP), concernente à suposta prática de falso testemunho praticada pela acusada, uma vez que a mesma foi ouvida como informante, por ser irmã do autor da ação tombada sob n. 37.561/2002 do 1º Juizado especial Cível de Vitória e, a figura do informante não está inserta no rol de pessoas previstas no artigo 342 do Código Penal, tornando a conduta atípica” (e-STJ fl. 203).

Irresignado, o Ministério Público Estadual apelou, tendo a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo dado provimento ao recurso, em acórdão que restou assim ementado:

Apelação criminal. Crime de falso testemunho. Depoimento prestado por irmã de réu. Situação que não elide a existência do crime. Compromisso legal colhido, ainda que de forma impertinente, pelo juiz. Absolvição sumária em face de entendimento sobre atipicidade do fato: art. 397,III, CPP. Exigência de possível juízo de valor e de definição fundamentada quanto à opção por uma das vertentes doutrinárias sobre tema juridicamente relevante. Prescindibilidade ou imprescindibilidade de prestação do compromisso legal. Eventual necessidade de dilação probatória. Atipicidade relativa. Situação que desaconselha um julgamento antecipado. Elementar de cunho normativo, somente autorizando a absolvição *in limine* na hipótese de o fato, de forma evidente (inciso III) não constituir crime. Recurso a que se dá provimento para cassar a decisão absolutória liminar.

1. No que pertine ao crime previsto pelo art. 342 do CP, há séria divergência doutrinária quanto à prescindibilidade de ter sido o depoimento precedido de compromisso legal.

2. Dúvida em tal sentido exige demonstração da opção, pelo juiz, de uma das vertentes doutrinárias e possível dilação probatória a respeito das circunstâncias fáticas em que foi prestado o depoimento.

3. Dependendo a definição jurídica de determinado tema da possível necessidade de uma dilação probatória, é mais prudente que não se valha do disposto no art. 397, III, CPP, em cuja redação, aliás, se faz presente a condição de que a atipicidade do fato seja de todo evidente.

4. Recurso a que se dá provimento para cassar a decisão absolutória liminar. (e-STJ fl. 257).

Vislumbrando omissão no julgado, a Defensoria Pública opôs embargos de declaração, os quais foram desprovidos, em aresto que recebeu a ementa abaixo transcrita:

Embargos de declaração. Alegação de vício no acórdão. Omissão. Inocorrência. Matéria tratada nas notas taquigráficas e no acórdão. Rediscussão da matéria e atribuição de efeitos infringentes ao recurso. Reexame de mérito. Impossibilidade. Princípio do livre convencimento motivado do juiz. Embargos desprovidos.

1. Como é cediço, os embargos de declaração têm por objetivo, consoante o disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, tão-somente expungir do acórdão ambigüidade, contradição, obscuridade ou, ainda, suprir omissão sobre tema de pronunciamento obrigatório por parte do juiz ou Tribunal.

2. Se o voto condutor do julgado analisou todas as questões suscitadas pelo Embargante e, ao resolvê-las, por meio do mérito, apontou de modo claro e fundamentado os motivos que levaram a solução constante no decisório, não pendendo qualquer dúvida sobre o conteúdo do aresto, nem existindo nele qualquer omissão, bem como ofensa à legislação federal, não há que se falar em acolhimento dos Embargos de Declaração.

3. Inocorrente a hipótese de omissão, não há como prosperar o inconformismo, cujo real intento é a obtenção de reexame da matéria, o que é totalmente vedado em sede de Embargos de Declaração.

4. Embargos de declaração desprovidos. (e-STJ fl. 276).

Pois bem. De tudo quanto consta dos autos, tem-se que a impetração merece acolhida.

Como visto, a paciente foi acusada de praticar o ilícito de falso testemunho, que se encontra assim redigido no Código Penal:

Falso testemunho ou falsa perícia

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

A infração penal em apreço pode ser cometida por qualquer pessoa que, na qualidade de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete faça afirmação falsa, negue ou cale a verdade em processo judicial ou administrativo, em inquérito policial ou em juízo arbitral.

Confira-se, por oportuno, a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

Sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa que, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete realize a ação descrita no tipo penal, desde que não esteja legalmente impedido ou dispensado de fazê-lo. Em termos esquemáticos, sujeito ativo é quem, chamado a depor, na forma legal, presta testemunho falso, seja fazendo afirmação falsa, seja negando ou calando a verdade. (Código Penal Comentado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.151).

Na mesma ordem de ideias, Guilherme de Souza Nucci explica que “os sujeitos passivos são especiais, podendo ser somente a testemunha, o perito, o contador, o tradutor e o intérprete”, tratando-se de “crime de mão própria, só podendo ser cometido por tais sujeitos diretamente, sem interposta pessoa” (Código Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1.147).

No que se refere especificamente ao crime praticado por testemunha, não se desconhece a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da imprescindibilidade ou não de ela estar compromissada para a caracterização do crime previsto no artigo 342 do Código Penal, tendo esta Corte Superior de Justiça se orientado no sentido de que o compromisso de dizer a verdade não é pressuposto do delito.

Acerca do assunto, merecem menção os seguintes julgados:

Penal e Processual. Falso testemunho. Ação penal. Trancamento. Relação de afetividade. Réu marido da depoente. Precedente do STJ.

1 - Para a caracterização do crime de falso testemunho não é necessário o compromisso. Precedentes.

(...)

4 - *Habeas corpus* deferido para trancar a ação penal.

(HC n. 92.836-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27.4.2010, DJe 17.5.2010).

Penal. Processual. Falso testemunho. Irrelevância quanto ao resultado do processo principal e da formalidade do compromisso. Delito não caracterizado por outro fundamento.

1. A caracterização do crime de falso não está condicionada à decisão judicial condenatória no processo principal em que se verificou. Precedentes do STJ.

2. É irrelevante a formalidade do compromisso para a caracterização do crime de falso testemunho. Precedentes do STF.

3. Nos termos de recente precedente do STF, o crime de falso testemunho não se configura quando com a declaração da verdade o depoente assume o risco de ser incriminado. (HC n. 73.035-DF, *in* DJ de 19.12.1996, p. 51.766).

4. *Habeas corpus* concedido para trancar a ação penal.

(HC n. 20.924-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11.3.2003, DJ 7.4.2003, p. 302).

No mesmo sentido, colhe-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: *Habeas-corpus*. Crime contra a administração da justiça: falso testemunho, art. 342 do Código Penal. 1. Testemunha que não prestou compromisso em processo civil por ser prima da parte, mas que foi advertida de que suas declarações poderiam caracterizar ilícito penal. 2. A formalidade do compromisso não mais integra o tipo do crime de falso testemunho, diversamente do que ocorria no primeiro Código Penal da República, Decreto n. 847, de 11.10.1890. Quem não é obrigado pela lei a depor como testemunha, mas que se dispõe a fazê-lo e advertido pelo Juiz, mesmo sem ter prestado compromisso pode ficar sujeito as penas do crime de falso testemunho. Precedente: HC n. 66.511-0, 1ª Turma. *Habeas-corpus* conhecido, mas indeferido.

(HC n. 69.358, Relator(a): Min. Paulo Brossard, Segunda Turma, julgado em 30.3.1993, DJ 9.12.1994 PP-34082 Ement vol-01770-02 PP-00339).

Contudo, na hipótese em análise, a circunstância de a paciente haver prestado depoimento após ter aceitado o compromisso de dizer a verdade mostra-se irrelevante para o deslinde da controvérsia, uma vez que ela sequer poderia ser considerada testemunha nos termos da legislação civil pátria, aplicável à espécie pelo fato de a afirmação em tese falsa haver sido fornecida em processo de natureza cível.

Com efeito, da leitura da inicial acusatória depreende-se que a paciente teria narrado “fatos que não correspondem à verdade, prejudicando a correta distribuição da justiça” em ação indenizatória movida por seu irmão em face das Lojas Americanas S.A.

O artigo 228 do Código Civil elenca as pessoas que não podem ser admitidas como testemunhas:

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;

III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

Por sua vez, o § 2º do artigo 405 do Código de Processo Civil enumera aqueles que são impedidos de testemunhar:

Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

(...)

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

Da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, percebe-se que o legislador recusou a qualidade de testemunha àqueles que possuem parentesco

com alguma das partes, uma vez que tais indivíduos sofrem influência no modo de narrar ou descrever os fatos objeto de apuração.

No entanto, o § 4º do artigo 405 da Lei Processual Civil permite que o juiz ouça as pessoas impedidas ou suspeitas de testemunhar, sendo os seus depoimentos prestados independentemente de compromisso, e devendo o magistrado lhes atribuir o valor que possam merecer.

Veja-se:

§ 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

No caso em exame, observa-se que embora tenha prestado compromisso, na forma da lei, a paciente foi ouvida na qualidade de informante do requerente da ação indenizatória, justamente pelo fato de ser sua irmã.

Confira-se:

Proc. n.: 37.561/2002

Informante do requerente:

Vera Lúcia Chaves de Oliveira, brasileira, casada, residente na Rua Belfort Kennedy, s/n, Itararé, Vitória (ES).

Compromissada na forma da lei, *às perguntas feitas pelo MM Juiz respondeu*: que no dia dos fatos, a informante encontrava-se em companhia do seu irmão, que é o autor, e de dois filhos da mesma; que a informante conhece o Sr. Haroldo Oliveira Júnior como “Júnior”; que a informante conheceu o mesmo na loja; que a informante “esbarrou” com o Sr. Haroldo várias vezes dentro do supermercado; que a informante não sabe dizer onde o Sr. Haroldo mora, acreditando ser em Vila Velha; que depois desse dia a informante não mais encontrou com a testemunha Haroldo Oliveira Júnior. *Dada a palavra ao advogado da requerida, às perguntas formuladas respondeu*: que oi o autor quem deu o dinheiro para fazer a compra; que quem entrou no caixa foi o autor; que o Sr. Haroldo ou estava no caixa ao lado ou estava logo atrás, a informante não tem certeza. *Ato contínuo, foi dada a palavra ao requerente, que nada perguntou.* (e-STJ fl. 17).

Tem-se, assim, que o fato de a paciente haver se comprometido a dizer a verdade do que sabia e lhe foi perguntado não possui qualquer relevo, já que pelo inciso II e pelo § 4º do artigo 405 do Código de Processo Civil estava impedida de testemunhar no caso, só podendo ser ouvida como informante, sem prestar o compromisso previsto no artigo 415 do mencionado diploma legal.

Por conseguinte, sendo a paciente colateral do autor do processo civil no qual o crime de falso testemunho teria sido praticado, tendo prestado declarações na qualidade de informante, uma vez que impedida de depor como testemunha nos termos da legislação civil, não pode ser ela sujeito ativo do delito em apreço.

Isso porque, consoante consignado alhures, o crime disposto no artigo 342 do Código Penal é de mão própria, só podendo ser cometido por quem possui a qualidade legal de testemunha, a qual não pode ser estendida a simples declarantes ou informantes, cujos depoimentos, que são excepcionais, apenas colhidos quando indispensáveis, devem ser apreciados pelo Juízo conforme o valor que possam merecer.

Nessa ordem de ideias, Cezar Roberto Bitencourt alerta que “toda construção legislativa está muito clara no sentido de que o legislador diferenciou testemunha do mero declarante ou informante”, atestando que “o valor probante da testemunha é um, e o resultado das declarações obtidas pelo juiz de meros informantes ou declarantes é recebido e avaliado sempre com muita reserva pelo julgador, ou seja, não tem o mesmo valor probatório da testemunha, porque não são testemunhas, porque não têm a obrigação e o compromisso com a verdade, não estão sujeitas às conseqüências do falso testemunho, porque estão emocionalmente vinculadas a uma das partes, porque, por própria natureza humana e laços familiares, não podem ser imparciais e racionalmente neutras no desenrolar do processo, como é dever da testemunha” (*Op. cit.*, p. 1.156-1.157).

Não é por outra razão que Nucci adverte que “testemunha é a pessoa que viu ou ouviu alguma coisa relevante e é chamada para depor sobre o assunto em investigação ou processo”, sendo “indispensável que se lhe dê tal condição quando for inquirida, isto é, é indispensável que seja reconhecida como testemunha, e não como simples declarante ou informante, pessoas estas que narram seu entendimento sobre algo sem o compromisso de dizer a verdade” (*Op. cit.*, p. 1.150).

Desse modo, sendo incontroverso que a paciente foi ouvida como informante, justamente pelo fato de ser irmã do autor da ação de indenização na qual o falso testemunho teria sido prestado, não pode ser ela sujeito ativo do citado ilícito, como bem destacou a magistrada singular, ao proferir sentença absolutória no feito.

Resta patente, portanto, o constrangimento ilegal a que está sendo submetida a paciente, uma vez que está sendo acusada de delito que sequer

poderia ter praticado, revelando-se flagrante a atipicidade da conduta que lhe foi imputada, motivo pelo qual impõe-se a cassação do aresto que determinou o prosseguimento da ação penal contra ela instaurada.

Ante o exposto, *concede-se* a ordem para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo-se a sentença por meio da qual a paciente foi absolvida sumariamente do crime de falso testemunho.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 205.981-DF (2011/0102995-0)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Impetrante: Everardo Sales Correia e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Paciente: Sergio Vieira Campos (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Formação de quadrilha e corrupção passiva. Paciente agente penitenciário. 1. Excesso de prazo. Instrução encerrada. Súmula n. 52 do Superior Tribunal de Justiça. Pedido prejudicado. 2. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Paciente apontado como líder e principal articulador da quadrilha. Gravidade concreta dos atos. Reiteração na prática de condutas criminosas. Constrangimento ilegal não configurado. 3. Ordem conhecida em parte e denegada.

1. Encerrada a instrução criminal, fica superado o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo (Súmula n. 52-STJ).

2. A prisão preventiva não é incompatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, mormente quando a aplicação da medida está alicerçada em elementos concretos, conforme demonstrado no quadro fático delineado nestes autos.

3. As instâncias ordinárias fundamentaram o ato construtivo da liberdade de ir e vir do paciente com esmero insuplantável. Justificou o magistrado a medida cautelar como garantia da ordem pública. Sobre tal pressuposto, o decreto acha-se atrelado à gravidade concreta dos fatos e à possibilidade de reiteração na prática delituosa.

4. Houve a indicação de que o paciente era incumbido de liderar e de organizar as práticas delituosas, estabelecendo contato telefônico com os internos e com os demais agentes penitenciários, elaborando listas de pessoas a serem favorecidas e fixando os preços. Era também responsável pela exclusão de registros de irregularidades constatadas durante a ronda externa do Centro de Progressão, rasurando ou modificando o horário de entrada e saída de internos e repartindo a vantagem indevida com os demais agentes penitenciários. De especial relevo é a indicação de que a atuação do grupo viabilizou a dispensa de inúmeros internos do Centro de Progressão Penitenciária, gerando o descumprimento de sentenças condenatórias, pondo em risco a credibilidade do Poder Judiciário.

5. O *habeas corpus* é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável, que se mostra de plano ao julgador. Não se destina à correção de controvérsias ou de situações que, embora existentes, demandam para sua identificação, aprofundado exame de fatos e provas.

6. Nesse contexto, a análise dos fundamentos indicados pelas instâncias ordinárias a fim de justificar a segregação preventiva deve ser feita com abstração das possibilidades, à luz dos elementos de convicção contidos no decreto de prisão. Em outras palavras, na via estreita do *writ*, a abordagem do julgador deve ser direcionada à verificação da compatibilidade entre a situação fática retratada na decisão e a providência jurídica adotada. Dessa forma, se os fatos mencionados na origem são compatíveis e legitimam a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser sanada nesta via excepcional.

5. No caso, tendo em vista a gravidade concreta da conduta e sendo verdadeiro o que se afirma do decreto construtivo - possibilidade de reiteração criminosa - a consequência não pode ser outra que não o reconhecimento da legalidade da prisão preventiva.

6. *Habeas corpus* conhecido em parte e denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 13.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Sérgio Vieira Campos, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Foi o paciente - e outros trinta e sete corréus - denunciado, em 15 de fevereiro de 2011, em razão dos seguintes fatos (fls. 253-306):

De Março a o a Outubro de 2010, os Agentes Penitenciários da Polícia Civil do DF, lotados no Centro de Progressão Penitenciária - CPP - da Subsecretaria de Sistema Penitenciário do DF, *Sérgio Vieira Campos*, vulgo "*Highlander*", *Antonio Amilton Marinho Crema* e *Luiz Pereira de Souza*, juntamente com o interno do CPP, *Reginaldo Dantas da Silva* com vontade livre e consciente, mediante divisão e repartição de tarefas, se associaram, em quadrilha, para o fim de cometer crimes de corrupção passiva (art. 317, *caput* e parágrafo 1º), mediante a liberação do recolhimento do fim de semana ou do repouso noturno semanal, e a flexibilização de horários de apresentação, entrada e saída de inúmeros internos do CPP, em troca de vantagem indevida.

Como restou devidamente provado nas investigações realizadas no bojo dos IP's n. 008/2010 e n. 029/2010, ambos da Corregedoria Geral de Polícia, e nos autos de Interceptação das comunicações telefônicas n. 2010.01.1 073692-4, todos em trâmite na 2ª Vara Criminal de Brasília, os denunciados se associaram, de forma estável, permanente, mediante divisão de tarefas, para a prática de diversos crimes de corrupção passiva no CPP.

A estabilidade e permanência da quadrilha deu-se com a ocupação de funções-chave na estrutura de vigilância de presos no CPP, nas Equipes

de Plantão, no controle da entrada, saída, recolhimento noturno e/ou de fim semana dos internos do CPP, pelos Agentes Penitenciários *Sérgio Vieira Campos*, vulgo "*Highlander*", *Antonio Amilton Marinho Crema* e *Luiz Pereira de Souza*, e pela proximidade e influência que o interno *Reginaldo* passou a exercer junto a massa carcerária daquele presídio. Ao longo de todo esse período, a atuação da quadrilha viabilizou a dispensa de inúmeros internos do CPP, gerando o descumprimento do regime de progressão das penas, pondo em xeque a credibilidade, solidez e efetividade da Justiça Criminal do DF e de todo o seu Sistema Penitenciário, deixando em situação de enorme insegurança a sociedade, crente que os condenados nesta unidade federativa efetivamente cumpriram suas penas no CPP.

Como demonstram as escutas captadas com autorização judicial, na estrutura da quadrilha, incumbia ao *denunciado Sérgio*, escalado na Equipe A de Plantão do CPP, liderar e organizar as práticas delituosas, estabelecendo os contatos telefônicos como interno e *denunciado Reginaldo* e demais agentes penitenciários, elaborando listas de internos a serem favorecidos com as liberações e estabelecendo "tabelas" de preços da vantagem indevida - que variava conforme a natureza da liberação (repouso noturno ou fim de semana), a flexibilização de horário (entrada e/ou saída) ou de extração das ocorrências registradas pelas rondas externas; cobrando e arrecadando a vantagem indevida, diretamente ou por intermédio *denunciado Reginaldo*, apagando ocorrências ou registros de irregularidades constatadas pela ronda externa do CPP na fiscalização de rua, rasurando ou modificando horários de entrada ou saída de internos e repartindo as vantagens indevidas com os demais Agentes Penitenciários *Antônio Amilton Marinho Crema* e *Luiz Pereira de Souza*.

[...]

B) Dos Crimes de Corrupção Passiva

De Março a Outubro de 2010, os Agentes Penitenciários da Polícia Civil do DF, lotados no Centro de Progressão Penitenciária - CPP, da Subsecretaria de - Sistema Penitenciário do DF, *Sérgio Vieira Campos*, vulgo "*Highlander*", *Antônio Amilton Marinho Crema* e *Luiz Pereira de Souza*, juntamente com o interno *Reginaldo Dantas da Silva*, com vontade livre e consciente, mediante divisão e repartição de tarefas, receberam e/ou aceitaram promessa de recebimento de vantagem indevida, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, em razão da função pública.

Em consequência da vantagem ou promessa, os Agentes Penitenciários retardaram ou deixaram de praticar qualquer ato de ofício ou o praticaram infringindo dever funcional.

[...]

Assim agindo, estão os denunciados:

a) *Sérgio Vieira Campos*, vulgo "*Higlander*", incurso nas penas dos arts. 288, *caput*, 317, *caput*, por 28 (vinte e oito) vezes; artigo 317, parágrafo 1º, por 01 (uma) vez; artigo 317, parágrafo 2º, por 12 (doze) vezes.

Em 21 de fevereiro de 2011, a Juíza de Direito da Segunda Vara Criminal de Brasília decretou a prisão preventiva do paciente e dos corréus Antônio Amilton Crema, Luiz Pereira de Souza e Reginaldo Dantas da Silva.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, impetrou-se *habeas corpus* com o fim de ser revogar a prisão preventiva. Foi lá a ordem denegada nos termos desta ementa (fls. 224-237):

Habeas corpus. Quadrilha. Corrupção passiva. Agentes penitenciários. Índícios de autoria e materialidade. Garantia da ordem pública. Aplicação da lei penal. Denegação.

I. Presentes indícios de autoria e materialidade do crime, bem como a necessidade de garantia da ordem pública, a prisão cautelar deve ser mantida.

II. O fato de o paciente ser primário e possuir residência fixa não leva necessariamente à revogação da prisão preventiva.

III. Torna-se imperiosa a custódia como medida de defesa social quando a ousadia do grupo e a prática reiterada dos delitos revelam o descaso à ordem jurídica e apontam para possibilidade de novas transgressões.

IV. Ordem denegada.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante a ilegalidade, ante a falta de fundamentação idônea, da decisão que manteve a prisão cautelar. Ressalta a primariedade e os bons antecedentes do paciente. Menciona que o paciente possui ocupação lícita - funcionário público - e que “não causará prejuízos à instrução criminal ou a aplicação da lei penal, visto que tem estrutura familiar funcional em Brasília, imóveis próprios, residência, familiares, inclusive não há nada no processo que indique que em liberdade voltará a delinquir” (fl. 24).

Segundo a impetração, a suposta participação do paciente nos fatos investigados seria isolada, pontual, meramente acessória. Afirma que não se demonstrou a necessidade do acautelamento, e que o decreto de prisão se fundamenta apenas na gravidade abstrata do delito, o que afronta o princípio da presunção de inocência.

Pondera que a prisão preventiva viola os princípios da igualdade e da proporcionalidade, por não ter estendido ao paciente o benefício concedido aos corréus - internos do Centro de Progressão Penitenciária. Assere que os indícios de autoria e a materialidade do crime não bastam para a decretação da medida excepcional, e que o argumento de que o paciente poderia voltar a delinquir não

se sustenta, uma vez que foi transferido para o Setor de Transporte - Garagem da Polícia Civil do Distrito Federal.

Destaca, ainda, que o paciente se encontra preso há mais de 9 (nove) meses e que não há previsão para o término da instrução criminal. No pormenor, ressalta que o processo foi desmembrado em relação ao paciente e a outros três corréus, sendo que não há complexidade ou multiplicidade de réus apta a justificar a demora na conclusão do feito.

Conclusivamente, requer o impetrante, em tema liminar e no mérito, seja concedido ao paciente o benefício de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, mediante termo de comparecimento a todos os atos, com a consequente expedição de alvará de soltura.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 243).

Prestadas as informações (fls. 251-340), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (fls. 345-349).

As últimas informações, extraídas do endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, dão conta de que, em 2 de dezembro de 2011, foi realizada audiência de instrução e julgamento.

Em contato telefônico com a Segunda Vara Criminal obteve-se a informação de que, em 5 de dezembro de 2011, foram os autos remetidos ao Ministério Público para elaboração de memoriais (Analista Judiciário João Pedro, Matrícula n. 1.672.810).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Há informação de que a audiência de instrução e julgamento foi encerrada, abrindo-se, após, vista dos autos ao Ministério Público para a apresentação de memoriais. Ora, com o encerramento da instrução criminal, fica superado o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo (Súmula n. 52-STJ).

Além disso, deu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios atenção, unicamente, ao decreto prisional, considerando-o suficientemente fundamentado. Não dedicou palavra alguma à alegação de excesso de prazo. Desse modo, esta Corte Superior fica impedida de manifestar-se sobre a questão, sob pena de indevida supressão de instância.

O presente *habeas corpus* foi impetrado também sob a alegação de ser a prisão preventiva desnecessária, além de ter sido imposta sem efetiva fundamentação. Foram estes, em resumo, os fundamentos da decisão (fls. 308-312):

Compulsando-se os autos, verifico que, de fato, há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria dos representados em delitos de altíssima gravidade, então apenados com pena de reclusão.

Exsurge dos autos que os quatro primeiros representados associaram-se, de forma estável e permanente, mediante divisão de tarefas, para a prática de crimes de corrupção ativa e passiva no Centro de Progressão Penitenciária - CPP.

Com efeito, a partir das investigações deflagradas nos Inquéritos Policiais n. 8/2010 - CGP e n. 29/2010 - CGP, restou apurado que os três primeiros representados valem-se da função pública para solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida dos demais representados, fornecendo a estes benefícios ilícitos de descumprimento do regime de progressão das sentenças penais condenatórias.

Segundo consta, tais agentes públicos associaram-se ao interno Reginaldo Dantas da Silva, para, juntos, de forma permanente, praticarem diversos crimes contra a Administração Pública.

Não bastasse, tais práticas têm supostamente fomentado a prática de diversos outros crimes no âmbito do CPP, o que evidencia flagrante dano à ordem pública.

Há, portanto, prova inequívoca da materialidade e fortes indícios de autoria dos crimes em comento, em desfavor de todos os representados, elementos que, aliados as demais circunstâncias que delineiam o caso concreto, autorizam a custódia cautelar diante do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti*.

Todavia, tenho que em face das circunstâncias norteadoras do caso presente, impõe-se a prisão cautelar, unicamente dos quatro primeiros representados como garantia da ordem pública, notadamente frente a gravidade em concreto de suas condutas delituosas (formação de quadrilha e corrupção passiva, por várias vezes).

É que, como salientado, emana dos autos que os três primeiros representados, agentes públicos, valendo-se da função pública, associaram-se ao quarto representado, interno, para, juntos, praticarem crimes no âmbito do CPP. A partir de tal associação criminosa é que supostamente emanaram os crimes de corrupção passiva, então atribuídos aos demais representados.

Nesse diapasão, a despeito dos fortes indícios de autoria dos demais representados, indiciados por corrupção ativa, no meu sentir, a ordem pública, especialmente no âmbito do próprio CPP, restará resguardada tão só pelas prisões dos quatro primeiros representados.

É que, repito, os crimes de corrupção ativa atribuídos aos demais representados, são mera decorrência da formação de quadrilha efetivada pelos quatro primeiros denunciados e pelas corrupções passivas atribuídas aos três primeiros.

Daí porque com a prisão dos quatro primeiros denunciados, é de se presumir a cessação dos crimes de corrupção ativa no âmbito do CPP, bem como de outras ações delituosas porventura decorrentes da má influência dos agentes públicos e do interno Reginaldo.

[...]

Entretanto, relativamente aos representados *Sérgio Vieira Campos, Antônio Amilton Marinho Crema, Luiz Pereira de Souza, Reginaldo Dantas da Silva*, tem-se que os delitos objeto da representação são daqueles que atemorizam a sociedade e abalam de forma significativa o sossego das pessoas, representando a permanência de suas solturas inegável risco à ordem pública.

In casu, frente as circunstâncias do caso concreto, restam presentes todos os requisitos da prisão preventiva para os quatro primeiros denunciados, haja vista que a segregação cautelar possui o escopo de garantir a ordem pública (art. 312 do CPP). Não bastasse, a constrição fora objeto de representação pela autoridade policial (art. 311 CPP), em feito no qual se apura crimes apenados com reclusão (art. 313, I, CPP), restando atendidos todos os requisitos legais.

Disse o Tribunal de Justiça, por sua vez (fls. 230-237):

O decreto de prisão decorreu de prévia e intensa investigação policial e interceptação telefônica. Os fatos são graves. O paciente é acusado de integrar quadrilha direcionada à prática de crimes de corrupção passiva, mediante a liberação do recolhimento do fim de semana ou do repouso noturno semanal; flexibilização de horários de apresentação, entrada e saída de inúmeros internos em regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, em troca de vantagem indevida. O grupo era composto por Agentes Penitenciários da Polícia Civil do DF, lotados no Centro de Progressão Penitenciária - CPP - da Subsecretaria de Sistema Penitenciário do DF, e pelo interno *Reginaldo Dantas*.

Embora não tenha havido violência à pessoa, a prática reiterada da corrupção passiva revela o descaso à ordem jurídica e, ao apontar para possibilidade de novas transgressões, torna-se imperiosa a custódia como medida de defesa social. O fato de o paciente ter sido transferido para o Setor de Transporte - Garagem da PCDF pode obstar o acesso físico aos estabelecimentos prisionais, mas não impede a continuidade dos delitos, pois há indícios de que possui uma rede de "colaboradores" dentro do sistema penitenciário.

O princípio da inocência, ou da não-culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo,

sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte do nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição não fala em presunção de inocência, mas garante que toda e qualquer prisão anterior à condenação definitiva deve se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

A prisão para a garantia da ordem pública dirige-se à proteção da comunidade, no pressuposto de que ela seria duramente atingida no caso de não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. Em regra, está relacionada à periculosidade do réu, sendo necessária à preservação da boa convivência social e a fim de prevenir a reprodução de outros fatos criminosos.

A expressão garantia da ordem pública é de difícil definição.

Antônio Scarance Fernandes entende que a prisão para a garantia da ordem pública justificar-se-ia naqueles casos em que o acusado reitera a ofensa à ordem constituída, como “forma de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos” (Fernandes, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 302).

A jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão.

Ressalto, entretanto, que a gravidade abstrata do delito, por si só, não justifica a prisão. Conforme lição do Ministro Gilson Dipp, “o juízo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao réu, a existência de indícios de autoria e materialidade do crime, a credibilidade do Poder Judiciário, bem como a intranquilidade social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para a garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fato concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa” (HC n. 48.381-MG, DJ de 1º.8.2006).

Por oportuno, haverá, como já houve, situações em que a gravidade concreta do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo bem jurídico atingido, reclama uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se por em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição.

Os veículos de comunicação tem noticiado, com frequência assustadora, fatos que envolvem atos de corrupção. Pessoas encarregadas de trazer a paz social são apontadas como corruptas, envergonhando nosso país. As consequências do crime de corrupção não são somente econômicas. O crime também enfraquece os valores sociais e a legitimidade das instituições públicas e acomete contra a ordem moral e a justiça.

É verdade que o crime de corrupção passiva não envolve violência ou grave ameaça à pessoa. Acontece, todavia, que suas consequências são nefastas e devastadoras, uma vez que, mesmo atingindo diretamente a Administração Pública, causa danos a um número indeterminado de pessoas, lesionado bens públicos de interesse geral. Sobre o tema, confirmam, entre as lições, a de Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal. Volume 9, p. 362):

O afarismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, os interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o contínuo, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépido, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia do Aracne. O estado maior da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições.

A meu ver, as instâncias ordinárias fundamentaram o ato constrictivo da liberdade de ir e vir do paciente com esmero insuplantável. Relativamente ao paciente, vimos, justificou o magistrado a medida cautelar como garantia da ordem pública. Sobre tal pressuposto, o decreto acha-se atrelado à gravidade dos fatos e à possibilidade de reiteração na prática delituosa, o que, a meu ver, justifica a prisão.

São mesmo geradoras de perplexidade as minúcias retratadas na peça acusatória. Veja-se que estamos falando de crime de corrupção passiva praticado por agente penitenciário dentro do Centro de Progressão Penitenciária - CPP -, objetivando obter vantagem indevida dos próprios internos, a quem lhe caberia a função de vigilância e de custódia durante a execução da pena.

E mais: houve a indicação de que, segundo as informações fornecidas pela autoridade policial - em especial, as interceptações telefônicas realizadas -, o paciente, era incumbido de liderar e de organizar as práticas delituosas, estabelecendo contato telefônico com os internos e com os demais agentes penitenciários, elaborando listas de pessoas a serem favorecidas e fixando os preços. Era também responsável pela exclusão de registros de irregularidades constatadas durante a ronda externa do Centro de Progressão, rasurando ou modificando o horário de entrada e saída de internos e repartindo a vantagem indevida com os demais agentes penitenciários. De especial relevo, entretanto, e que evidencia, ainda mais, a gravidade concreta da conduta, é a indicação de que a atuação do grupo viabilizou a dispensa de inúmeros internos do Centro de Progressão Penitenciária, gerando o descumprimento de sentenças condenatórias, pondo em risco a credibilidade do Poder Judiciário.

Friso não se estar diante de situação a revelar capacidade intuitiva, supondo-se práticas possíveis de serem realizadas, mas sim de dados concretos a evidenciarem desvios de condutas a atingirem a ordem pública. A medida acauteladora destacou a existência de grande rede de colaboradores inserida no sistema penitenciário, sendo que a liberdade do paciente pode comprometer a coleta das provas, bem assim acarretar na repetição da ação delituosa, implicando, não apenas em lesão direta à Administração Pública, como também em potencial aumento da criminalidade geral, na medida que vários detentos seriam indevidamente colocados em liberdade.

O que sempre sustentei e sustento é que o *habeas corpus* é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável, que se mostra de plano ao julgador. Não se destina à correção de controvérsias ou de situações que, embora existentes, demandam para sua identificação, aprofundado exame de fatos e provas.

Nesse contexto, a análise dos fundamentos indicados pelas instâncias ordinárias a fim de justificar a segregação preventiva deve ser feita com abstração das possibilidades, à luz dos elementos de convicção contidos no decreto de prisão. Em outras palavras, na via estreita do *writ*, a abordagem do julgador deve ser direcionada à verificação da compatibilidade entre a situação fática retratada na decisão e a providência jurídica adotada. Dessa forma, se os fatos mencionados na origem são compatíveis e legitimam a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser sanada nesta via excepcional.

O que importa neste momento são as afirmações do juiz, sendo vedado, por via transversa, debater em tema de *habeas corpus*, matéria de fato discutida na causa e decidida com base na prova dos autos.

Assim, sendo verdadeiro, no pormenor, o que se afirma do decreto construtivo - possibilidade de reiteração criminosa - a consequência não pode ser outra que não o reconhecimento da legalidade da prisão preventiva. Deveras, as recomendações, todas, a meu ver, são no sentido de que se proceda à verificação da idoneidade dessas afirmações no juízo de maior alcance - juízo de primeiro grau.

Presente se fez de forma clara, precisa e, portanto, concreta a prática de atos graves visando a obtenção de vantagem indevida, atraindo a incidência do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a revelar a possibilidade da prisão preventiva, em virtude da necessidade de preservar-se a ordem pública.

Nesse sentido:

A - Habeas corpus liberatório. Crimes contra a administração pública (fraude à licitação, emprego irregular de verbas públicas, peculato, corrupção ativa e passiva, entre outros). Prisão preventiva. Garantia da ordem pública, da ordem econômica e da instrução criminal. Existência de fortes indícios de que o paciente seria o líder e principal articulador da organização criminosa, atuante em inúmeros municípios do interior baiano e com trânsito entre o empresariado e as prefeituras envolvidas. Gravidade concreta dos fatos. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. Em razão de investigação conduzida pela Polícia Federal em diversos Municípios Baianos, amparada em relatórios da Controladoria Geral da União e em escutas telefônicas autorizadas judicialmente, em que se apurou a existência de fortes indícios de atuação de organização criminosa voltada para a prática de diversos ilícitos contra a Administração Pública (fraude a licitações, emprego irregular de verbas públicas, peculato, corrupção, etc), foram requeridas e deferidas, entre outras medidas, o sequestro de bens de alguns investigados, a busca e apreensão de documentos, a prisão temporária e a prisão preventiva, esta, deferida apenas com relação ao ora paciente, identificado como o coordenador da atividade delituosa.

2. Não se ignora, minimiza ou despreza a necessidade, em casos excepcionais, de prisões processuais, isto é, aquelas que de modo extraordinário antecedem ao trânsito em julgado das decisões penais condenatórias, mas os provimentos judiciais com esse teor devem obrigatoriamente trazer no seu próprio contexto a indicação segura, precisa e exata da indispensabilidade da medida drástica, pois que sem isso se estará apenas diante de um ato de força, e não de um ato judicial, no sentido em que a doutrina do Processo Penal emprega esta locução.

3. Na hipótese, a decisão impugnada apontou a existência de fortes indícios da prática dos crimes, elencando fatos concretos que demonstram a magnitude da empreitada criminosa - que envolve inúmeros Municípios Baianos e um leque impressionante de empresas e pessoas ligadas às Prefeituras, segundo consta dos elementos indiciários já colhidos, sendo certo que as fraudes dirigiam-se até mesmo para áreas sensíveis da vida comunitária, como a merenda escolar e a compra de medicamentos.

4. *O objetivo principal dos envolvidos era a obtenção de proveito pessoal econômico a partir da lesão ao erário público e, para a consecução desse objetivo principal, outras práticas ilícitas eram necessárias (corrupção ativa e passiva, por exemplo), de modo que a gravidade concreta dos fatos certamente ampara a medida extrema para a garantia da ordem pública e da ordem econômica, evitando a continuidade das atividades delituosas.*

5. *A posição de liderança do paciente, apresentando-se como um dos principais interlocutores e articuladores da empreitada criminosa, com trânsito fácil tanto dentro da área empresarial como da Administração Pública, justifica a custódia preventiva ora combatida também para garantia da instrução criminal, dada a sua influência junto aos poderes públicos municipais.*

6. Precedentes do STJ: HC n. 110.704-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 9.3.2009 e HC n. 70.560-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 6.8.2007.

7. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

8. Ordem denegada. (HC n. 190.017-DF, Relator o Ministro Napoleão Nunes Mais Filho, DJe de 21.3.2011.).

B - Habeas corpus. Processual Penal. Organização criminosa. Corrupção ativa e passiva. Advocacia administrativa. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Fundamentação adequada. Ausência de ilegalidade.

I - Demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as circunstâncias concretas ensejadoras da decretação da prisão preventiva dos pacientes, quais sejam: indícios suficientes de autoria e materialidade do delito e a garantia da ordem pública, esta em razão do modus operandi na prática das condutas, valendo-se os pacientes do aparelho estatal, bem como de suas funções públicas - policial civil e policial rodoviário federal - para, em tese, perpetrar diversos crimes contra a Administração Pública, gerando prejuízo ao erário e causando clamor público, tendo sido enfatizados, ainda, o grau de lesividade e a torpeza dos delitos, bem assim a necessidade da manutenção da credibilidade da Justiça. (Precedentes do STF e do STJ).

II - Condições pessoais favoráveis do paciente não tem, por si só, o condão de revogar a segregação cautelar, se o decreto prisional está convincentemente fundamentado (Precedentes). *Writ* denegado. (HC n. 42.734-RJ, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 29.8.2005.).

Já me encaminhando para o desfecho do voto, averbo que, com relação à suposta violação do princípio da igualdade pela não extensão do benefício

de responder ao processo em liberdade concedido aos corréus, é certo que a situação pessoal do paciente é distinta. Observem que o Juízo Criminal, claramente, apontou a maior reprovabilidade da conduta daqueles contra quem fora decretada a prisão preventiva - agentes penitenciários. Além disso, não restam dúvidas de que o delito de corrupção ativa supostamente praticado pelos detentos - corréus - decorreu diretamente da associação criminosa do paciente aos demais funcionários públicos, de modo que não há falar em identidade de situações processuais.

De mais a mais, a decisão objeto do pedido de extensão foi proferida pelo Juízo da Segunda Vara Criminal e, segundo a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, “competente para apreciar o pedido de extensão é o órgão jurisdicional que concedeu o benefício ao outro corréu” (HC n. 82.582-RJ, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 4.4.2003).

Ante o exposto, conheço em parte da impetração e, nessa extensão, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 210.892-SC (2011/0145851-8)

Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ)

Impetrante: Lazaro Bittencourt

Advogado: Lázaro Bittencourt

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Gilmar Rocha (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Crime contra o patrimônio. Roubo majorado. Alegação de constrangimento ilegal. Pleito pela revogação da prisão preventiva. Requisitos autorizadores. Presentes. Condições pessoais favoráveis. Decisão fundamentada. Precedentes.

1. As Turmas componentes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já cristalizaram o entendimento de inexistir constrangimento ilegal quando a prisão, suficientemente fundamentada, retratar a necessidade da medida para as garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

2. No caso concreto, a prisão do paciente encontrava-se fundamentada na periculosidade do agente, caracterizada pelo *modus operandi* do delito.

3. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 CPP), despiendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis.

4. Ordem denegada, com a ressalva do ponto de vista do Relator, quanto à eventual aplicação das medidas cautelares previstas na Lei n. 12.403/2011.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em denegar a ordem, com a ressalva do ponto de vista do Relator, quanto à eventual aplicação das medidas cuatelares previstas na Lei n. 12.403/2011.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2011 (data do julgamento).

Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ),
Relator

DJe 2.9.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ): Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado

em favor de *Gilmar Rocha*, ao argumento que ele sofre constrangimento ilegal porque o Tribunal *a quo* denegou a ordem em que se pleiteava a revogação da prisão cautelar diante da ausência dos requisitos da preventiva.

Consta nos autos que o paciente foi preso em flagrante em 15.5.2011 pela prática, em tese, dos delitos previstos nos arts. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e 14 da Lei n. 10.826/2003, em concurso material de delitos, vez que, em concurso de agentes e mediante emprego de arma de fogo e grave ameaça, subtraiu a quantia de R\$ 800,00 (oitocentos) reais do caixa de um estabelecimento empresarial.

Aduz o impetrante que a segregação do paciente deve ser desconstituída, pois a decisão que determinou sua prisão cautelar é desprovida dos requisitos autorizadores preconizados no art. 312, do Código de Processo Penal, bem como pelo fato de ele ser possuidor de condições pessoais favoráveis. Assevera, ainda, que com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011 dever-se-ia aferir a possibilidade de substituir o aludido ergástulo, por medidas diversas.

Postulou o provimento do *mandamus*, a fim de ser concedida a ordem liberatória.

Informações prestadas às fls. 205-229.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 233-235).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) (Relator): O pedido, em suma, expõe a tese da ausência dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar.

Todavia, ao paciente não assiste razão.

No caso concreto, consignou o acórdão que a manutenção da custódia cautelar do paciente, naquele momento, se encontrava fundamentada na sua periculosidade, demonstrada pela gravidade diferenciada do delito, diante da prática de roubo em concurso de agentes e mediante emprego de arma de fogo, conforme extrai-se do seguinte trecho:

Pertinente registra que na provas suficientes da materialidade e indícios de autoria. Neste ponto, bem asseverou o douto Parecerista:

Quanto á autoria, é necessário ressaltar que o Paciente e seu comparsa foram presos no interior do veículo Fiat Uno, placas BJA 6305, de cor branca, momentos após a prática do roubo, em face de perseguição realizada pelos Policiais Militares *Joacir Gomes* e *Marival Warling*, veículo este referido pelas funcionárias da loja *Macro Mundy Atacado*, vitimada pela ação delitiva. [...] (fl. 27).

[...]

Portanto, há indícios suficientes de que o Paciente participou do roubo, os quais, mais especificamente, apontam que ele deu fuga ao seu comparsa, o codenunciado *Jonas Brasileiro Almeida Ribeiro*, usando, para isso, o Fiat Uno, branco, de placas BJA 6305, que foi visto nas imediações do estabelecimento vítima antes dos fatos. Esse veículo foi o mesmo que foi perseguido por uma guarnição da Polícia Militar, porquanto estava transitando em alta velocidade, com as luzes traseiras apagadas. Após abordado e revistado esse veículo, que estava sendo conduzido pelo Paciente e ocupado, também, pelo Codenunciado antes mencionado, foi encontrado, no seu interior, não somente uma arma de fogo, mas, também, a touca “balaclava” usada no assalto, (fl. 28 - grifado) (fls. 19).

A segregação questionada foi devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, face às circunstâncias concretas que caracterizaram o delito, o que tornava patente a periculosidade do agente, justificando, na ocasião, a manutenção da custódia cautelar. Nesse diapasão, não havia que se falar em ausência de fundamentação quando o decreto de prisão preventiva apresentava motivos apoiados na prova coletada no inquérito ou no processo, como no caso *sub judice*.

Ressalto que, naquele contexto, o paciente não afastou, de forma inequívoca, as razões da ordem judicial que determinou sua segregação, diante da necessária garantia da ordem pública.

Desta forma, verifico que o acórdão hostilizado se firmou no mesmo sentido da orientação contemporânea do Superior Tribunal de Justiça, que perfilhava o entendimento de ser legal a ordem mandamental de privação de liberdade quando suficientemente fundamentada, retratando, *in concreto*, a necessidade da medida para as garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

Em conformidade, o precedente:

Habeas corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado e tentativa de homicídio. Alegação de ausência dos requisitos da prisão preventiva. Segregação cautelar sobejamente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública e na periculosidade concreta do paciente. Paciente foragido. Reforço

de fundamentação pelo Tribunal que, por si só, não influencia a controvérsia. Primariedade e bons antecedentes. Condições que também não podem justificar a revogação da prisão processual na hipótese. Ordem denegada.

1. Hipótese em que o Paciente praticou os delitos de homicídio e tentativa de homicídio contra sua ex-companheira e seu filho, com utilização de uma faca, tendo a prisão processual sido decretada pelo magistrado de Instância Prima para a garantia da ordem pública e periculosidade concreta do Paciente. Anotado na fundamentação do *decisum* que o Paciente teria 2. Incide no caso o entendimento dos Tribunais Pátrios de que “há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. Nesse caso, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário” (STF - HC n. 83.868-AM, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie, DJe de 17.4.2009).

3. A manutenção da custódia preventiva do Paciente encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso pois, pelas características delineadas, configura-se *in concreto* a periculosidade do agente. Necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública.

4. Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa não têm o condão de, por si só, desconstituírem a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

5. Acrescente-se, ainda, que o fundamento do Tribunal *a quo* de que o Paciente encontrou-se foragido por determinado período, ainda que signifique reforço de fundamentação, por ser questão não tratada no decreto prisional, por si só, não influencia a presente controvérsia.

6. O princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade é um dos mais importantes na Carta Magna, porque protege o cidadão de bem contra o abuso e a arbitrariedade da repressão Estatal. No entanto, não se pode erguer barreira intransponível quanto à adoção de medidas cautelares necessárias ao resgate da higidez das instituições públicas e da ordem social.

7. Feito juízo de valor estabelecido entre interesses postos em conflito, sobreleva muito acima a necessidade de pronta resposta estatal para o resguardo da ordem pública, frontalmente ameaçada com prática de crimes graves, o que demonstra forma de agir atentatória às instituições que dão suporte à existência de um Estado Democrático de Direito.

8. Ordem denegada.

(HC n. 141.788-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23.11.2010, DJe 13.12.2010).

Com o mesmo teor: HC n. 163.597-RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 5.5.2011, DJe 11.5.2011; HC n. 185.450-PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 3.5.2011, DJe 19.5.2011.

Quanto ao argumento de o paciente possuir condições pessoais favoráveis, encontra-se pacificado neste Sodalício que as referidas características não são garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, quando os motivos que ensejaram a prisão cautelar são suficientes para respaldá-la.

Destaque-se:

Criminal. *Habeas corpus*. Associação para o tráfico de drogas. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Paciente que seria membro de organização criminosa. Reiteração delitiva. Periculosidade demonstrada. Condições pessoais favoráveis que isoladamente não justificam a soltura da acusada. Ordem denegada.

I. Paciente que restou denunciada, juntamente com nove corréus, por suposta associação para o tráfico de drogas e seria membro de organização criminosa, responsável pelo comércio ilegal em diversas cidades do interior do Estado de São Paulo, composta também por outros indivíduos já presos.

II. Tendo em vista a existência de indícios que revelam a prática permanente do crime, e, sobretudo, evidenciam o fato de a ré ser membro de facção criminosa especializada no crime de tráfico de drogas em larga escala e que seria responsável por outros crimes graves, há que se manter a prisão preventiva contra ela decretada, em garantia da ordem pública.

III. Condições pessoais favoráveis que não permitem a revogação da prisão preventiva, considerando a existência de elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar e que denotam a periculosidade da ré.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 186.172-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.2.2011, DJe 9.3.2011).

No mesmo sentido: HC n. 160.556-BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19.8.2010, DJe 4.10.2010; HC n. 117.572-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23.2.2010, DJe 15.3.2010.

Por fim, no que tange à ausência de fundamentação do *decisum* em face das novas disposições trazidas pela Lei n. 12.403/2011, a alegação não prospera, posto que não foi debatida na origem, o que inviabiliza o exame da matéria por este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância de um dos graus de jurisdição.

É certo que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo, de maneira uniforme, que a irresignação não submetida à instância *a quo* torna inviável o seu

conhecimento em sede de *writ* impetrado perante a Excelsa Corte, sob pena de supressão de instância.

Habeas corpus. Penal. Furto. Alegação de incidência do princípio da insignificância: tese não debatida na instância anterior. Compatibilidade entre o privilégio e a qualificadora do crime de furto: possibilidade. Precedentes. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta parte, concedido.

1. Se a alegação da eventual incidência do princípio da insignificância não foi submetida às instâncias antecedentes, não cabe ao Supremo Tribunal delas conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância.

2. As causas especiais de diminuição (privilégio) são compatíveis com as de aumento (qualificadora) de pena previstas, respectivamente, nos parágrafos 2º e 4º do artigo 155 do Código Penal. Precedentes.

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta parte, concedido.

(HC n. 100.307, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10.5.2011, DJe-106 Divulg 2.6.2011 Public 3.6.2011 Ement Vol-02536-01 PP-00119).

Do mesmo modo, em harmonia com a orientação da Corte Suprema, as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça vêm exarando, em seus julgados, a compreensão de que a tese apresentada pelo impetrante, sem a devida apreciação pela autoridade apontada como coatora, provoca a incompetência deste Sodalício quanto ao exame da referida alegação, diante da indevida supressão de instância.

Habeas corpus. Homicídio duplamente qualificado. Prisão em flagrante mantida em sede de pronúncia. Ilegalidade na captura. Saneamento. Pressupostos da construção cautelar da liberdade não verificados em segundo grau. *Writ* anterior não analisado na instância de origem. Impossibilidade de manifestação por esta Corte Superior. Supressão de instância. Ordem não conhecida. Equívoco constatado. *Mandamus* concedido de ofício para que seja proferida decisão no *writ* obstaculizado.

1. Eventual nulidade existente na prisão em flagrante restou superada com a prolação da sentença de pronúncia, que teria discorrido acerca dos pressupostos da prisão processual da agente.

2. Não compete a este Tribunal de Justiça apreciar a questão referente a manutenção da prisão em sede de pronúncia, sem que tenha havido anterior manifestação da instância *a quo*, sob pena de incidir na vedada supressão de instância.

3. A egrégia Corte de origem, equivocadamente, negou seguimento ao pleito da pronunciada, sem dirimir-lhe a questão posta, ao considerar que a vedação de

sua liberdade já havia sido decidida em outro processo, enquanto, na verdade, da sua constrição nada examinou.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, determinando-se a Corte de origem que aprecie o mérito do *Writ* n. 0005458-04.2010.8.17.0000 (211796-2).

(HC n. 171.959-PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 31.5.2011, DJe 3.6.2011).

De idêntico teor: HC n. 194.649-MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.5.2011, DJe 1º.6.2011; HC n. 171.183-MS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 3.5.2011, DJe 19.5.2011).

Em face da competência constitucional desta Corte Superior, é impossível a análise dos argumentos ora trazidos, pela não provocação do Tribunal *a quo*, quer pela ausência de debates, quer pelo indeferimento, na origem, do remédio heroico.

Assim sendo, tomando por orientação o entendimento reiterado deste Colegiado, à época, o ato ora impugnado, ao reconhecer a necessidade da manutenção da prisão preventiva, não pode receber a pecha de constrangimento ilegal ao paciente.

Ressalvo o meu ponto de vista, porquanto, de ofício, recomendava ao Juízo competente que avaliasse como entendesse de direito, no caso concreto e à luz dos elementos contidos nos autos, a possibilidade de adoção de uma das medidas cautelares elencadas no art. 319, do Código de Processo Penal, em substituição à prisão.

Assinalo, outrossim, que, no sistema penal brasileiro, a custódia constitui uma exceção, a exemplo do que ocorre na maioria dos ordenamentos jurídicos de vários países, ainda mais, por tratar-se do direito de ir e vir do paciente, sendo certo que sua situação prisional, a princípio, merece ser reavaliada, em atendimento aos ditames legais da sistemática das novas medidas acautelatórias introduzidas pela Lei n. 12.403/2011, mais benéfica, a ser aplicada, retroativamente, incidindo nos processos em curso, segundo os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Diante do exposto, conheço do *habeas corpus* e *denego* a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 215.765-RS (2011/0191919-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Carlos Menegat Filho

Impetrado: Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Rômulo Marcelo de Paula (preso)

EMENTA

Criminal. *Habeas corpus*. Crime militar. Execução da pena em estabelecimento penal militar. Progressão de regime. Ausência de previsão na legislação castrense. Princípio da individualização da pena. Aplicação subsidiária da lei de execução penal nos casos omissos. Possibilidade. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Requisitos objetivos e subjetivos examinados pelo juízo das execuções. Ordem concedida.

I. Hipótese em que o paciente, cumprindo pena em estabelecimento militar, busca obter a progressão de regime prisional, tendo o Tribunal *a quo* negado o direito com fundamento na ausência de previsão na legislação castrense.

II. Em que pese o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, indicar a aplicação da lei apenas para militares “quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”, o art. 3º do Código de Processo Penal Militar determina a aplicação da legislação processual penal comum nos casos omissos.

III. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 104.174-RJ, afirmou que a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade no regime integralmente fechado em estabelecimento militar contraria, não só o texto constitucional, como todos os postulados infraconstitucionais atrelados ao princípio da individualização da pena.

IV. Pela observância deste princípio, todos os institutos de direito penal, tais como, progressão de regime, liberdade provisória, conversão de penas, devem ostentar o timbre da estrita personalização, quando de sua concreta aplicabilidade.

V. Deve ser cassado o acórdão combatido para reconhecer o direito do paciente ao benefício da progressão de regime prisional, restabelecendo-se a decisão do Juízo de 1º grau, que verificou a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei e fixou as condições para o cumprimento da pena no regime mais brando.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Carlos Menegat Filho (p/ pacto).

Brasília (DF), 8 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJe 17.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de *Rômulo Marcelo de Paula* contra acórdão do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

O paciente, após resgatar mais de 1/6 de cumprimento da pena que lhe foi imposta, requereu sua progressão ao regime aberto.

O magistrado singular, por sua vez, deferiu o pleito, entendendo pela aplicação, subsidiária, da legislação comum aos crimes militares, permitindo, assim, a progressão de regime.

Irresignado, o Ministério Público apresentou pedido de correção parcial junto ao Tribunal de origem, que deferiu o pedido para negar ao paciente o direito à progressão de regime, com fundamento na impossibilidade de aplicação da Lei de Execuções Penais para os crimes militares.

Daí a presente impetração, na qual se requer, já em sede liminar, a cassação do acórdão recorrido, para permitir ao paciente a progressão de regime.

Aduz-se, para tanto, que o Supremo Tribunal Federal, julgando caso análogo, permitiu a concessão da progressão para crimes militares.

O pedido de liminar foi indeferido à fl. 125.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 251-253).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de *Rômulo Marcelo de Paula* contra acórdão do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

O paciente, após resgatar mais de 1/6 de cumprimento da pena que lhe foi imposta, requereu sua progressão ao regime aberto.

O magistrado singular, por sua vez, deferiu o pleito, entendendo pela aplicação, subsidiária, da legislação comum aos crimes militares, permitindo, assim, a progressão de regime.

Irresignado, o Ministério Público apresentou pedido de correção parcial junto ao Tribunal de origem, que deferiu o pedido para negar ao paciente o direito à progressão de regime, com fundamento na impossibilidade de aplicação da Lei de Execuções Penais para os crimes militares.

Daí a presente impetração, na qual se requer, já em sede liminar, a cassação do acórdão recorrido, para permitir ao paciente a progressão de regime.

Aduz-se, para tanto, que o Supremo Tribunal Federal, julgando caso análogo, permitiu a concessão da progressão para crimes militares.

Passo à análise da irresignação.

Cinge-se a controvérsia em estabelecer se é possível a progressão de regime de cumprimento de pena em estabelecimento militar.

No vertente caso, o paciente foi condenado, pela prática do delito descrito no art. 310, *caput*, do Código Penal Militar, à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses e cumpria esta em estabelecimento penal militar.

O Juízo de 1º grau concedeu ao paciente a progressão de regime, aplicando, subsidiariamente, o art. 33 do Código Penal e o art. 115 da LEP. Foram ressaltados os seguintes argumentos na sentença (fls. 76-79):

Conforme decisão recente juntada pela nobre defesa, observa-se que o Supremo Tribunal Federal concluiu pela aplicação da LEP nos processos de execução referentes a militares recolhidos a Presídios Militares.

Analisando os argumentos apresentados pelo ilustre Relator Min. Ayres Britto, restei convencido de que o pleito da defesa merece acolhimento, uma vez que na lacuna da lei castrense com referência a citada matéria, deve-se aplicar subsidiariamente a legislação comum. No caso em tela a LEP.

Não há outro caminho. É o momento da JME se ajustar a esta nova realidade. Já é hora do preso militar receber um tratamento digno na execução da pena, conforme bem frisou Maurício Matos Rosa e Rodrigo Tadeu Pimenta de Oliveira em seu artigo "A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA PROGRESSÃO DE REGIME, DA REMIÇÃO E DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS AOS MILITARES ESTADUAIS CONDENADOS PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988", publicado na Revista DIREITO MILITAR n. 88, páginas 05-12.

Logo, adotando como razão de decidir a fundamentação do citado acórdão, defiro a solicitação da defesa.

Levando em consideração o que prevê a legislação (art. 33, do CP c.c. o art. 115, da LEP), a documentação juntada, a sanção imposta (2 anos e 2 meses de reclusão) e a pena já cumprida, fixo o regime *aberto* para o cumprimento da pena restante.

O beneficiário atenderá as condições previstas no artigo 115, da LEP, destacando que deverá trabalhar em Unidade Militar, a ser definida, pelo período de seis horas, além de ser apresentar neste Juízo de dois em dois meses, sob pena de regressão a regime mais rigoroso. (fl. 62-63).

Contudo, a decisão de 1º grau foi cassada pelo Tribunal Militar Estadual, utilizando-se o acórdão dos seguintes fundamentos, na parte que interessa (fls. 104-111):

Superada a questão preliminar, no mérito, justamente por aceitar o entendimento desta Corte é que *deferir o pedido de liminar*, para o fim de suspender a decisão do eminente Juiz de Direito do juízo militar da 1ª Auditoria de Porto Alegre, que autorizou o regime aberto para o cumprimento do restante da pena ao Capitão Rômulo Marcelo de Paiva (fls. 27-28), conforme decisão das fls. 31-35, cujos fundamentos adoto no presente voto.

Com efeito, no julgamento da Correição Parcial n. 1.491-36.2010.9.21.00, no dia 26.5.2010, em caso semelhante, exatamente do mesmo juízo, que tratava de

saída temporária, também prevista na LEP, em que me declarei como suspeito, o Tribunal de Justiça Militar, à unanimidade, indeferiu o pedido, mantendo a decisão daquele mesmo eminente Juiz de Direito do juízo militar, cujo acórdão assim está ementado:

(...)

Portanto, a posição do Tribunal de Justiça Militar é bastante clara: *não se aplica a LEP na execução penal militar*, muito embora pessoalmente entenda ser possível em caso de saídas temporárias, por absoluta omissão na legislação processual penal militar.

Por outro lado, não se pode desconhecer a erudição e profundidade do voto do eminente Ministro Ayres Brito, no julgamento do *HC n. 104.174-RJ* (cópia às fls. 14-23), trazido à colação pela defesa, o qual impressiona.

No entanto, naquele caso, o apenado fora condenado à pena definitiva de *nove anos de reclusão*, o que implicaria em iniciar a cumprir a pena em regime fechado, admitindo a progressão de regime, de acordo com o Código Penal Brasileiro e a LEP.

No caso dos autos, a pena é de *dois anos e dois meses* de reclusão, o que implicaria em sua substituição por penas restritivas de direitos, porque inferior a quatro anos, ou no seu cumprimento em regime aberto, de acordo com o Código Penal Brasileiro e a LEP, não se podendo falar, portanto, em *progressão de regime*, como decidido. Esse é o grande equívoco silogístico do pedido da defesa e da decisão judicial recorrida.

Na verdade, a decisão do eminente Juiz de Direito do juízo militar da 1ª Auditoria de Porto Alegre não trata de *progressão de regime*, do que trata o acórdão do STF trazido à colação, já que o regime deveria ser o aberto, desde o início, de acordo com o Código Penal Brasileiro e a LEP, mas de alteração do próprio regime de cumprimento da pena, ou seja, aplicando não a LEP, mas as disposições sobre regimes de penas privativas de liberdade previstas na parte geral do Código Penal Brasileiro (artigos 33 a 42) em substituição às disposições previstas de modo diferente no Código Penal Militar (art. 61), o que não é admissível, como já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

(...)

Em suma, o caso paradigmático em nada se assemelha ao caso dos autos. Não obstante, o próprio Código Penal Brasileiro excepciona o regime de cumprimento das penas privativas de liberdade previsto no Código Penal Militar, cuja especialidade já foi referendada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

Conforme assinalou o eminente Juiz de Direito do juízo militar da 1ª Auditoria de Porto Alegre, na decisão das fls. 27-28, *“é o momento da JME se ajustar a*

esta nova realidade e *“já é hora do preso militar receber um tratamento digno na execução da pena”*, referindo-se ao acórdão do STF, podendo iniciar com a saída temporária, instituto da LEP perfeitamente compatível com a omissão da legislação processual penal militar, mas não na alteração do regime de cumprimento de pena, em absoluto desacordo com a lei penal, comum e militar, reservando-se este Tribunal a enfrentar a questão concreta quando for submetido a julgamento caso semelhante, pela defesa, momento em que poderá *“rever a sua própria jurisprudência e acompanhar o STF”*, se for o caso, como afirmado nos pedidos de reconsideração das fls. 43-45 e 47-49.

Pelo todo exposto e na esteira do judicioso parecer escrito da eminente Procuradora de Justiça, Doutora Maria Ignez Franco Santos (fls. 39-42), o Tribunal de Justiça Militar, a unanimidade, defire o pedido de correção parcial apresentado pelo Ministério Público em atuação na 1ª Auditoria de Porto Alegre, *“a fim de negar ao apenado a concessão do benefício pretendido”*, confirmando a medida liminar deferida.

Ab initio, cumpre ressaltar que a legislação castrense é silente no sentido da possibilidade de progressão de regime para os condenados que cumprem pena em penitenciária militar.

Em que pese o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, indicar a aplicação da lei apenas para militares *“quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”*, o art. 3º do Código de Processo Penal Militar determina a aplicação da legislação processual penal comum nos casos omissos.

Ante o vácuo legislativo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 104.174-RJ, DJe 18.5.2011, entendeu que, em face da garantia constitucional do princípio da individualização da pena, todos os institutos de direito penal, tais como, progressão de regime, liberdade provisória, conversão de penas, devem ostentar o timbre da estrita personalização, quando de sua concreta aplicabilidade.

Dessa feita, afirma o Pretório Excelso que a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade no regime integralmente fechado em estabelecimento militar contraria, não só o texto constitucional, como todos os postulados infraconstitucionais atrelados ao princípio da individualização da pena.

Verifica-se, portanto, ser indevida a afirmação da Corte Estadual Militar no sentido de que não se pode aplicar a Lei n. 7.210/1984 na execução penal militar.

A propósito, cumpre trazer à lume a ementa do acórdão do sobredito *Habeas Corpus*, de relatoria do Min. Ayres Britto:

Ementa: *Habeas corpus*. Constitucional. Penal e Processual Penal Militar. Execução da pena. Progressão de regime prisional em estabelecimento militar. Possibilidade. Projeção da garantia da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/1988). Lei Castrense. Omissão. Aplicação subsidiária do Código Penal Comum e da Lei de Execução Penal. Ordem parcialmente concedida.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. É dizer: a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, não lhe é permitido se desgarrar do núcleo significativo que exsurge da Constituição: o momento concreto da aplicação da pena privativa da liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da “justa medida” entre a ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo para outro menos rigoroso.

2. Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Nova amostragem está no preceito de que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares” (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142).

3. De se ver que esse tratamento particularizado decorre do fato de que as Forças Armadas são instituições nacionais regulares e permanentes, organizadas com base na hierarquia e disciplina, destinadas à Defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (cabeça do art. 142). Regramento singular, esse, que toma em linha de conta as “peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra” (inciso X do art. 142).

4. *É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal*

na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense.

5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do paciente, e que aplique, para tanto, o Código Penal e a Lei n. 7.210/1984 naquilo que for omissa a Lei castrense. (*Habeas Corpus* n. 104.174-RJ, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 18.5.2011).

A corroborar esse entendimento, ainda relativamente ao princípio da individualização da pena, cumpre lembrar que o Pleno do STF, por maioria, deferiu o pedido formulado no *Habeas corpus* n. 82.959-SP e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, que tratava da obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos.

Os motivos apresentados pelo Pretório Excelso naquele julgamento devem nortear as demais decisões a respeito da progressão de regime. Assim constou no Informativo/STF n. 417, de 20 de fevereiro a 3 de março de 2006:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal – v. Informativos n. 315, n. 334 e n. 372. *Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional.* Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei n. 8.072/1990, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 pela Lei n. 9.455/1997, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo § 7º do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento da pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso

a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. HC n. 82.959-SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.2.2006.

Dessa forma, deve ser reconhecido ao paciente o direito à progressão de regime prisional, cassando-se o acórdão combatido e restabelecendo-se a decisão do Juízo de 1º grau, que verificou a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei e fixou as condições para o cumprimento da pena no regime mais brando.

Diante do exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.
É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 30.734-DF
(2009/0204848-9)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Paulo Ricardo Silva de Almeida
Advogado: Eduardo da Silva Cavalcante e outro(s)
Recorrido: Distrito Federal
Procurador: Isabel Paes de Andrade Banhos e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Concurso público. Inabilitação na fase de investigação social. Existência de inquéritos policiais, ações penais em andamento ou inclusão do nome do candidato em serviço de proteção ao crédito. Princípio da presunção de inocência.

1. Não havendo sentença condenatória transitada em julgado, o princípio da presunção de inocência resta maculado, ante a eliminação de candidato a cargo público, ainda na fase de investigação social do certame, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal.

2. É desprovido de razoabilidade e proporcionalidade o ato que, na etapa de investigação social, exclui candidato de concurso público

baseado no registro deste em cadastro de serviço de proteção ao crédito.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que negava provimento ao recurso.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Sustentou oralmente: Dr. René Rocha Filho (p/ recdo).

Brasília (DF), 20 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 4.10.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto, por *Paulo Ricardo Silva de Almeida*, calcado na alínea **b** do inciso II do art. 105 da Constituição Federal de 1988, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado, *litteris*:

Direito Constitucional e Administrativo. Concurso público. Técnico penitenciário. Candidato não-recomendado. Sindicância de vida pregressa e avaliação social. Inquéritos policiais e registros no serviço de proteção ao crédito. Exclusão. Previsão legal e editalícia. Inexistência de direito líquido e certo. Ordem denegada.

I - Mostra-se razoável que a Administração, cuja finalidade é manter um sistema prisional eficiente e menos vulnerável à corrupção, busque selecionar candidatos que possuam idoneidade moral irrepreensível a fim de comporem a carreira da

atividade penitenciária do Distrito Federal, priorizando-se o bem comum e o interesse público.

II - Estando a sindicância de vida pregressa e investigação social subsumida ao princípio da legalidade estrita e expressamente prevista no edital do certame, mostra-se correta a exclusão de candidato que não preencheu os requisitos constantes da norma editalícia.

III - Segundo a jurisprudência do Col. STJ, “A investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial” (RMS n. 22.980-MS, Rel.^a Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), DJe 15.9.2008). (fl. 245).

A essa decisão foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados.

Sustenta o Recorrente que “[...] ao contrário do que sustentado pela autoridade coatora, o autor não respondia a 4 inquéritos, sendo um deles pelo art. 155 do CPB. Na verdade, o autor responde por 2 inquéritos, que recentemente tiveram a denúncia ofertada pelo MP, conforme foi demonstrado nos autos e ora se reforça pela juntada do andamento do site do TJDF, onde constam apenas 02 (duas) ocorrências em nome do impetrante, sendo uma pelo art. 180 §§ 1º e 2º, e outra pelos arts. 278 e 288, ambos do CPB, cujos feitos, repita-se, sequer tenham ainda defesa do impetrante, quiçá uma sentença condenatória transitada em julgado que lhe impossibilite avançar nas demais etapas do certame.” (fl. 294)

Alega que é “[...] completamente desarrazoado o ato que considera quatro inscrições do autor nos serviços de proteção ao crédito como fatores de reprovação de sua conduta e de sua vida pregressa social, vez que os quatro registros datam de um intervalo de tempo de quatro anos, entre 2005 e 2008, o que resulta numa média de uma inscrição por ano, o que, em nenhuma hipótese, deflagra um caráter de caloteiro ou inidôneo do candidato, reflete, apenas, situações em que o candidato, como a maioria dos cidadãos, enfrentou condições financeiras adversas e que, mesmo diante de tais adversidades, empenhou-se e dedicou-se a se preparar para o concurso reclamado, vislumbrando neste, a única saída para suas dificuldades.” (fl. 295).

Afirma que “[...] a contra-indicação e conseqüente eliminação do candidato do certame pela existência de tais inquéritos e negativas creditícias

pairando sobre seu nome, significa o mesmo que imputar-lhe os efeitos da pena de interdição temporária de direitos, tipificada no art. 47, I, do Código Penal [...]” (fl. 297).

Pondera que o ato impugnado “[...] violou o princípio da presunção de inocência consagrado no art. 5º, da Carta Maior, justamente por significar a aplicação de uma pena, aquela estampada no art. 47, I, do Código Penal, ao impetrante, sem que sequer existisse uma ação penal, tampouco com condenação transitada em julgado.” (fl. 298)

Apresentadas contrarrazões (fls. 322-329), e admitido o recurso ordinário em mandado de segurança na origem (fls. 321-333), ascenderam os autos a esta Corte.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal apresentou parecer (fls. 341-344), da lavra do Subprocurador-Geral da República Flávio Giron, opinando pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O Impetrante submeteu-se a concurso público promovido pela Secretaria de Estado de Segurança Pública do Distrito Federal – Edital n. 01/2007, publicado no Diário Oficial daquela Unidade Federativa de 22.11.2007 (fls. 23-32) – para o provimento de vagas e formação de cadastro de reserva atinentes ao cargo de Técnico Penitenciário.

O candidato foi aprovado nas duas primeiras fases do certame, quais sejam, a prova objetiva (fl. 49) e o exame de aptidão física (fl. 66), sendo, então, iniciada a sindicância de vida pregressa e investigação social (fls. 72-82) – 3ª etapa –, na qual restou contra-indicado (fls. 84-91) e, portanto, foi impedido de participar do estágio seguinte, isto é, do exame psicotécnico.

Segundo alega o Impetrante, as razões de não ter sido considerado apto a continuar no concurso foram: (i) estar respondendo a inquéritos policiais; e (ii) constar 04 (quatro) registros em seu nome como inadimplente perante serviço de proteção ao crédito nos anos de 2005, 2007 e 2008.

Inconformado, interpôs recuso administrativo (fls. 93-101), o qual, conforme os termos contidos na exordial, não teve seus argumentos analisados, tendo em vista que foi publicado o edital de convocação para última etapa do concurso público.

Impetrou, então, *writ of mandamus* com o fito de impugnar o ato acima mencionado, objetivando a ordem para participar das demais etapas do concurso público sob comento.

A liminar foi deferida (fls. 158-160), mas o Tribunal *a quo*, posteriormente, denegou a ordem. Daí, a interposição do presente apelo nobre.

Feita essa breve resenha fática, passo ao exame da controvérsia.

O acórdão recorrido, na parte que interessa, possui a seguinte fundamentação, *litteris*:

[...]

Com efeito, pela prova pré-constituída trazida aos autos não se evidencia qualquer violação a direito líquido e certo do Impetrante.

A Lei Distrital n. 3.669/2005, que criou a Carreira de Atividades Penitenciárias e respectivos cargos no Quadro de Pessoal do Distrito Federal, estabeleceu, em seu artigo 4º, que a forma de ingresso na carreira se daria por concurso público composto por cinco fases (§ único), a saber:

Parágrafo único. O concurso público de que trata o *caput* será realizado em cinco etapas:

I - prova objetiva, de conhecimentos gerais e específicos, de caráter eliminatório e classificatório;

II - teste de aptidão física, de caráter eliminatório;

III - prova de aptidão psicológica, de caráter eliminatório;

IV - *comprovação de idoneidade e conduta ilibada na vida pública e na vida privada, de caráter eliminatório;*

V - curso de formação profissional, de caráter eliminatório. (Sem grifos no original).

Em obediência a referido dispositivo legal, dispôs expressamente o edital no item 9.1: "Os candidatos serão submetidos à sindicância da vida pregressa e investigação social, de caráter unicamente eliminatório, para fins de avaliação de sua conduta pregressa e idoneidade moral, requisitos indispensáveis para aprovação no concurso público" (fl. 27).

[...]

Nessa conformidade, *não me afigura ilegal, sequer desarrazoada, a exigência editalícia a qual estabelece como requisitos indispensáveis a idoneidade moral e a conduta social irrepreensível do candidato para fins de aprovação em concurso público para o cargo de Técnico Penitenciário.*

[...]

Dentro desse quadrante, *informa a d. Autoridade impetrada que o Impetrante foi contra-indicado na fase de sindicância da vida pregressa e investigação social por figurar como indiciado em quatro inquéritos policiais (artigos 278, caput, 288, caput, 155, § 4º, inciso III e 180, §§ 1º e 2º c.c. art. 69, caput), bem como possuir quatro registros de inadimplência no Serviço de Proteção ao Crédito nos anos de 2005, 2007 e 2008.*

Assim, mostra-se bastante razoável a motivação adotada pela Administração a fim de excluir o candidato do certame, haja vista a essencialidade da idoneidade moral e de conduta ilibada do servidor que estará em contato direto com os internos do Sistema Prisional do Distrito Federal.

[...]

Por fim, insta ressaltar que a fase de avaliação de vida pregressa e investigação social constou expressamente do edital, que por sua vez se lastreou na Lei Distrital n. 3.669/2005, sendo correta, portanto, a exclusão de candidato que não preencheu os requisitos constantes de norma editalícia. Ademais, "apenas com a demonstração efetiva de uma ilegalidade ou abuso de poder, de fácil constatação e perceptível de plano, poderia justificar a sobreposição da decisão do Poder Judiciário sobre a questão", conforme bem observou o il. *Parquet*, em seu ilustrado parecer.

[...]

Pelos motivos expostos, e evidenciada a inexistência de qualquer direito líquido e certo a ser protegido, *denego* a segurança vindicada. Revogo a liminar. (fls. 248-251; sem grifos no original.)

De plano, esclareço que, conforme dados obtidos no endereço eletrônico do Tribunal *a quo* – os quais ora faço juntar ao presente processo –, dos inquéritos policiais citados no aresto atacado, 2 (dois) deram origem a ações penais, as quais foram autuadas sob os n. 2006.01.1.060718-8 e n. 2009.01.1.182204-5, ambas em curso perante a 1ª Vara Criminal de Brasília.

Na primeira, o ora Recorrente responde pelo delito de receptação qualificada, na forma do art. 180, §§ 1º e 2º do Código Penal. Na segunda, pelos crimes capitulados nos arts. 278 e 288 também do Código Penal. Entretanto, verifico que essas as ações penais ainda estão em curso e, por via de consequência, ainda não conduziram o Impetrante à condenação.

Nessas condições, a decisão a que chegou o Tribunal de origem não está em sintonia com a compreensão do Pretório Excelso, segundo a qual a eliminação de concurso público, amparada no fato de, na fase de investigação social, ter sido verificado que o candidato responde a inquérito ou ação penal, sem sentença condenatória transitada em julgado, fere o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Administrativo. Concurso público. Polícia Civil do Distrito Federal. Maus antecedentes. Presunção de inocência. Precedentes.

O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a eliminação do candidato de concurso público que esteja respondendo a inquérito ou ação penal, sem pena condenatória transitada em julgado, fere o princípio da presunção de inocência.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AI n. 741.101-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 28.5.2009).

Constitucional. Administrativo. Concurso público. Polícia Militar. Candidato. Eliminação. Investigação social. Art. 5º, LVII, da CF. Violação.

I - Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes.

II - Agravo regimental improvido. (AgRg no RE n. 559.135-DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 12.6.2008.).

Na esteira do entendimento esposado pelo Pretório Excelso, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Concurso público. Cabos da PMDF. Candidato que responde a processo criminal. Indeferimento de matrícula no curso de formação. Inexistência de condenação definitiva. Afronta ao princípio da presunção de inocência. Agravo regimental desprovido.

1. Ofende o princípio da presunção de inocência a exclusão do concurso público de candidato que responde a processo criminal, sem sentença condenatória transitada em julgado. Precedentes do STF e do STJ.

2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.127.505-DF, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.3.2011.).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Polícia Militar. Candidato. Eliminação. Investigação social. Ação penal sem trânsito em julgado. Art. 5º, LVII, da CF/1988. Princípio da presunção de inocência. Violação. Precedentes do c. STF e deste c. STJ. Ressalva do entendimento pessoal do relator.

I - O e. Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que viola o princípio constitucional da presunção de inocência a exclusão de candidato em concurso público, que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em

julgado da sentença condenatória. Precedente: AgRg no AI n. 769.433-CE, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 12.2.2010.

II - Em decorrência da independência entre as instâncias, de todo modo, ainda assim seria possível a apuração administrativa do fato objeto da ação penal e, por consequência, a adoção das medidas correspondentes. Precedente do c. STJ.

III - Fundando-se, porém, a eliminação do candidato exclusivamente na existência da ação penal contra ele instaurada, na qual sequer haja decisão condenatória proferida, o ato de exclusão do certame há de ser anulado.

IV - Ressalva do entendimento pessoal do relator.

Recurso ordinário provido. (RMS n. 29.024-BA, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 3.11.2010.).

Administrativo. Processual Civil. Concurso público. Alegação de ofensa à Instrução Normativa ANP n. 03/98. Inviabilidade. Investigação social. Processo administrativo disciplinar. Inocência do candidato. Ação penal. Inépcia da denúncia. Princípio da presunção de inocência. Dissídio jurisprudencial. Incidência da Súmula n. 83 desta Corte.

1. A alegação de ofensa a instrução normativa não enseja a abertura da via do apelo nobre, porquanto tal ato normativo não se enquadra no conceito de lei federal para a finalidade prevista no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Carta Magna.

2. Não havendo sentença condenatória transitada em julgado, o princípio da presunção de inocência resta maculado, ante a eliminação de candidato a cargo público, ainda na fase de investigação social do certame, por ter sido verificada a existência de inquérito ou ação penal.

3. Estando o acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência desta Corte, incide, na espécie, o óbice da Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (REsp n. 795.174-DF, 5ª Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJe de 1º.3.2010).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Exclusão de candidato, em virtude de ação penal contra ele instaurada. Ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Art. 5º, inc. LVII, da CF/1988.

1. O Supremo Tribunal Federal formou compreensão segundo a qual: "Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória". (AgRg no RE n. 559.135-DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 12.6.2008).

2. Seguindo a mesma linha de raciocínio, em acórdão relatado pela em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura nos autos do Recurso em Mandado de Segurança n. 11.396-PR (DJe 3.12.2007), asseverou este Superior Tribunal de

Justiça que: “Por força do disposto no artigo 5º, inc. LVII, da CR/1988, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado”.

3. Desse modo, incorre em manifesta inconstitucionalidade o ato que, por motivos de inidoneidade moral lastreados na existência de ação penal, afastou o impetrante do concurso de que participava, impedindo-o de prosseguir nas etapas restantes.

4. Registre-se, por necessário, que, no caso específico dos autos, subsiste nos autos a comprovação de que a referida ação penal foi julgada, tendo o juízo criminal proclamado a absolvição do impetrante, sem qualquer insurgência recursal do Ministério Público.

5. Sendo assim, como bem pontuou o em. Ministro Marco Aurélio de Mello, ao relatar o Recurso Extraordinário n. 194.872-8-RS (DJ 2.2.2001), “Vê-se, portanto, o quanto é sábia a cláusula constitucional que reflete a presunção do ordinário, ou seja, da ausência de culpa”.

6. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento, para conceder a ordem e, nessa medida, garantir ao impetrante a participação nas restantes etapas do concurso público a que se submeteu, devendo a Administração providenciar os atos necessários a esse propósito. (RMS n. 13.546-MA, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 30.11.2009.).

Assim, à luz do princípio da presunção de inocência, tenho por censurável a decisão da Corte *a quo* que corroborou a mácula relacionada aos antecedentes do ora Recorrente e, por via de consequência, a sua exclusão do certame em razão da existência de inquéritos ou ações penais os quais ainda não resultaram em condenação.

Por outro lado, passo à análise da possibilidade de, nos termos do art. 4º, parágrafo único, inciso IV, da Lei Distrital n. 3.669/2005, considerar-se como circunstância hábil a descaracterizar a idoneidade e conduta ilibada do candidato, a circunstância de constar o nome deste no cadastro de inadimplentes de serviço de proteção ao crédito.

Pois bem. De início, esclareço que não se está a desconsiderar a existência de julgado desta 5ª Turma, no qual firmou-se entendimento que se coaduna com aquele esposado no aresto objurgado. Senão, vejamos:

Administrativo. Concurso público. Técnico penitenciário. Sindicância de vida pregressa e investigação social. Inscrição em cadastro de restrição ao crédito. Emissão reiterada de cheques sem fundo. Contraindicação do candidato. Poder discricionário da administração. Recurso ordinário improvido.

I - A questão está em apurar se as condutas – caracterizadas por 5 registros de inadimplência no serviço de proteção ao crédito; 8 registros de inadimplência em cheque lojista e 32 registros no cadastro de emitente de cheque sem fundo – que a administração tem por inidôneas para fins de nomeação para o cargo de agente penitenciário, são ou não incompatíveis com a natureza do cargo.

II - Remanesce, contudo, a questão em distinguir da coisa julgada ou da conduta penalmente punida, aquela que, não constituindo crime ainda, assim revela comportamentos potencialmente incompatíveis com a natureza, importância ou sensibilidade do cargo disputado.

III - Se o candidato, no período de 2004 a 2008 envolveu-se em tantos episódios que redundaram nas ocorrências mencionadas pelo acórdão local, primeiro não parece possível – já que se trata de mandado de segurança cuja prova é por definição preconstituída – reabrir-se a instrução para contestar as referências ou circunstâncias dos eventos, e, depois, se ao administrador cabe avaliar as exigências da atividade de agente penitenciário por poder discricionário legalmente admissível, não pode o Tribunal substituir-se nesse juízo para o qual lhe falta tanto o poder de discricção quanto a oportunidade do exame da prova necessária.

IV - Recurso ordinário improvido. (RMS n. 30.326-DF, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 1º.2.2011).

Entretanto, refletindo melhor sobre a *questio iuris*, tenho que o melhor direito está no entendimento segundo o qual, se, conforme consignado alhures, nem as ações penais em curso podem alicerçar o ato de eliminação em concurso público na fase de investigação social, mostra-se desprovido de razoabilidade e proporcionalidade permitir-se que essa medida possa ser tomada com base no registro – 04 (quatro) nos anos de 2005, 2007 e 2008 – do nome do candidato em cadastro de serviço de proteção ao crédito.

A propósito, os termos da decisão monocrática proferida pelo i. Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do AI n. 763.270-MG, *litteris*:

[...]

Da leitura do acórdão recorrido extrai-se que não foi ventilada no Tribunal *a quo* a necessidade de a matéria ser disciplinada por lei infraconstitucional.

De qualquer sorte, ainda que superado o óbice da Súmula n. 280, o apelo extremo não deve ser processado em razão de outro fundamento, qual seja, a decisão recorrida amolda-se à jurisprudência desta Suprema Corte.

Com efeito, reiteradas decisões deste Supremo Tribunal Federal – em prestígio ao princípio da presunção de inocência – inadmitem a exclusão de candidato que responde a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado.

[...]

Portanto, *com maior razão, seria desproporcional se obstar a participação do candidato ao certame por mera inscrição no cadastro de devedores.* (AI n. 763.270-MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 4.4.2011; sem grifos no original).

No mesmo sentido, os termos do judicioso voto proferido pelo i. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, quando do julgamento do REsp n. 1.143.717-DF (DJe de 17.5.2010.), *in verbis*:

[...]

1. O recorrente insurge-se contra sua exclusão, às vésperas de completar o Curso de Formação, do Concurso Público Nacional para o Cargo de Agente da Polícia Federal, em virtude dos fatos apontados na fase de investigação social, quais sejam:

a) Inadimplência relativa a três cheques nos valores de R\$ 139,65, R\$ 133,00 e R\$ 232,40;

b) Condenação por estelionato no Processo n. 024.03.018569-9, da 7ª Vara Criminal de Vitória-ES.

2. Ocorre que, no tocante ao fato mais grave, ou seja, a condenação por estelionato, bem destacou o Magistrado sentenciante que, no transcurso do presente processo, o impetrante comprovou – docs. de fls. 138-162 –, que fora absolvido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, nos termos do art. 386, VI do CPP, já tendo o acórdão transitado em julgado em 27.2.2008.

3. Vê-se que a Ação Penal não conduziu o impetrante à condenação, configurando, portanto, afronta ao princípio da inocência a exclusão do candidato do concurso público amparada no fato de, na investigação social, ter sido verificado que o impetrante responde a processo penal, sem sentença condenatória transitada em julgado.

[...]

6. *Por maior razão não se mostra razoável a exclusão do impetrante do concurso público em virtude da inadimplência em relação aos cheques devolvidos nos valores de R\$ 139,65, R\$ 133,00 e R\$ 232,40, já tendo decorrido alguns anos dos fatos (fls. 89), bem como tendo demonstrado o impetrante, nos dados emitidos pelo Serasa, que atualmente nada consta contra ele (fls. 163).* Vale destacar, ainda, que se trata de um candidato que logrou êxito na 1ª fase do certame, tendo participado de quase todo o Curso de Formação, haja vista que sua exclusão deu-se às vésperas da sua conclusão.

7. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido, restabelecendo *in totum* a sentença monocrática. (sem grifos no original).

Ante o exposto, *conheço e dou provimento* ao recurso ordinário para, cassando o acórdão recorrido, conceder a segurança pleiteada.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Sr. Presidente, peço vênua à eminente Ministra Relatora e a V. Exa. para divergir. Em que pese a controvérsia sobre a extensão desse princípio da não culpabilidade, da presunção de inocência, para além do Direito Penal, penso que, na hipótese dos autos, pelo que vi dos votos e até da jurisprudência da Corte, do Sr. Ministro Gilson Dipp, citada no voto da eminente Ministra Relatora, não se trata aqui de culpá-lo sem o devido processo. O fato é que ele responde a ações penais por crimes, não é apenas a questão da dívida, pois isso pode acontecer com todo mundo, não é crime. Mas o Administrador pode e deve exercer seu poder discricionário, a meu juízo, exatamente para examinar a natureza do crime, se é compatível com o cargo pretendido, se é crime culposo ou doloso. A Administração poderia reconhecer a existência até da condenação e entender que a condenação, por exemplo, por crime culposo, não afetaria o direito de ingressar no serviço público. Mas não tenho dúvida de que é um grande risco admitir em cargos sensíveis de segurança pública alguém que já chega com um histórico de envolvimento com atividades ilícitas. Ele responderia pelos crimes do art. 278, fabricar substância nociva à saúde pública; do art. 288, associação ou quadrilha, crime de furto e apropriação indébita, segundo entendi do voto da Eminente Relatora.

É evidentemente incompatível com o cargo de agente penitenciário o ingresso de servidor com essas credenciais. Mas ele pode ser absolvido, é verdade. Pode ser absolvido, mas temos que lembrar que, em sessão recente, nós admitimos em relação ao policial militar, e não seria diferente para o servidor penitenciário, que a falta residual, ainda que não caracterizasse crime, se ele praticasse essa conduta, no exercício do cargo, seria legítima a atividade administrativa que o afastasse da função. Então, ao policial militar, no exercício do cargo, que respondesse por um desses crimes e fosse absolvido por falta de provas, ainda assim seria legítimo à administração a retomada desse cargo a bem da coletividade.

Penso que não pode ser diferente. Lamento muito, não pela questão do débito -, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é tranquila no sentido de que o simples fato de constar em cadastro negativo civil em relação à falta de pagamento não seria suficiente para impedir o acesso ao cargo público -, mas para ingressar no serviço penitenciário com essas credenciais a conclusão tem que ser diferente. Imaginem se ele vier a ser condenado pelos crimes, o problema que será, ele efetivado, com posse, nomeação e sobrevém a condenação, estando

ele no exercício do cargo. Já não mais seria possível afastá-lo do cargo. Para a perda do cargo público a sentença deve ser motivada, aquela perda do art. 92, do Código Penal, tem que ser motivada na sentença para aquele crime, não para outro. Então, ele vai continuar preso, não vai poder trabalhar e vai continuar a receber seus vencimentos.

Da mesma forma, vejo o precedente do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, num recurso em mandado de segurança, na Primeira Seção, em que S. Exa., afirma:

Agente penitenciário. Aprovação em concurso público mediante omissão.

Nesse caso não interessou nem mesmo o fato ao qual ele estava respondendo, mas sim a simples omissão de informar. Ele já nomeado, empossado e foi constatado que a simples omissão de informações sobre inquéritos e anotações e débitos anteriores, situação parecida, a simples omissão, e este Tribunal reconheceu em acórdão, no Recurso em Mandado de Segurança n. 33.387-SP, que era direito da administração rever seus atos administrativos para anular nomeação e posse. Então, não deu provimento ao recurso ordinário da parte que questionava a administração, que exercitando o poder de autotutela, anulou nomeação e posse de um determinado candidato a cargo dessa natureza. Pelo simples fato de omitir informação. O fato é que diante das peculiaridades do cargo disputado, e que não se trata de antecipar a culpabilidade ou não, é evidente a inadaptação desse candidato ao perfil exigido pelo cargo público.

O poder discricionário foi bem exercitado, a administração bem se portou no seu exercício, motivando o ato. Ela tem o poder e o dever de verificar a ficha pregressa e valorar se determinados atos são compatíveis ou não com aquele cargo pretendido pelo agente.

A administração, usando bem desse poder discricionário e motivando a decisão, não foi um ato arbitrário, excluiu o agente.

Parece-me totalmente pertinente a advertência do Sr. Ministro Gilson Dipp, no acórdão citado no próprio voto da Ministra Relatora, de que o Poder Judiciário não está autorizado a ingressar no mérito do ato administrativo, até porque ensejaria invasão em atributos privativos do administrador e fora do campo de atuação da instância especial, que não viabiliza a incursão de matéria fática.

Peço vênias à Sra. Ministra Relatora e aos Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu, para negar provimento ao recurso em mandado de segurança.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 34.607-MS
(2011/0125257-7)**

Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ)

Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: Sérgio Willian Annibal e outro(s)

EMENTA

Processual Penal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Crime de lesão corporal de natureza leve. Violência doméstica e familiar. Audiência do art. 16, da Lei Maria da Penha. Realização *ex officio*. Impossibilidade. Necessidade de prévia manifestação da ofendida no sentido de retratar-se da representação. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. Conforme entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a ação penal, nos casos de lesão corporal de natureza leve em violência doméstica e familiar contra a mulher, é de natureza pública condicionada à representação. REsp n. 1.097.042-DF.

2. Acerca da representação apresentada pela vítima para a condição de procedibilidade da *persecutio criminis*, tem-se que tal ato prescinde de formalidades, bastando o registro da notícia-crime perante a autoridade policial. Precedente.

3. A audiência de que trata o art. 16, da Lei n. 11.340/2006, não deve ser realizada *ex officio*, como condição da abertura da ação penal, sob pena de constrangimento ilegal à mulher, vítima de violência doméstica e familiar, pois configuraria ato de “ratificação” da representação, inadmissível na espécie.

4. A realização da referida audiência deve ser precedida de manifestação de vontade da ofendida, se assim ela o desejar, em retratar-se da representação anteriormente registrada, cabendo ao magistrado verificar a espontaneidade e a liberdade na prática do referido ato. Precedentes.

5. Recurso provido para conceder a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ),
Relator

DJe 28.10.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ): Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto pelo *Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul*, em face do v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do mesmo Estado, cuja ementa é a seguinte:

Agravo regimental. Decisão que indeferiu de plano mandado de segurança. Designação da audiência do art. 16 da Lei Maria da Penha. Previsão legal. Ato judicial de mero impulso processual. Inexistência de arbitrariedade ou ilegalidade no ato impugnado. Recurso não provido.

O ato judicial impugnado – designação da audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 – lastreia-se na própria lei, tratando-se de ato de mero impulso da marcha processual, não restando, portanto, evidenciada qualquer arbitrariedade ou ilegalidade em sua prática, pelo que incabível o *mandamus*. Conforme leciona J. Cretella Júnior: “O que, a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido e certo é a idéia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pelo Poder Público que praticou um ato ilegal ou de abuso de poder. Ele tem na realidade dois pólos: um positivo, porque se funda na lei; outro negativo, porque nasce da violação da lei. **Ora, a lei há de ser certa em atribuir ao interessado o direito subjetivo, tornando-o insuscetível de dúvida. Se surge a seu respeito qualquer controvérsia, quer de interpretação, quer de aplicação, já não pode constituir fundamento para a impetração de mandado de segurança** (Alfredo Buzaid, ‘Juicio de amparo’ e mandado de segurança.’ Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 56(1):

222-3, 1961, e Do Mandado de Segurança, RF, 164:12-3) (“Comentários às Leis do Mandado de Segurança”, Saraiva, 2ª ed., 1980, p. 64-65 - grifei).

Ademais, o direito de se retratar é direito subjetivo da vítima, carecendo de interesse o *Parquet* para a impetração. (fl. 98).

Alega o recorrente que o acórdão viola direito líquido e certo de mulher que seria vítima, ao menos em tese, de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei n. 11.340/2006.

Aduz o recorrente que a designação *ex officio* da audiência prevista no art. 16, da referida lei, fere a inequívoca manifestação da agredida no momento em que representou perante a autoridade policial, manifestando seu desejo de ver processado o agressor.

Assevera que não se pode exigir da vítima que venha em juízo reiterar a representação, na medida em que a audiência excepcionalmente prevista neste procedimento, só poderia ocorrer caso a representante viesse a demonstrar, de alguma forma, o interesse em retratar-se da representação.

Conclui o recorrente que tal situação constrange a vítima, além de tratar-se de ato processual contrário aos fundamentos da própria Lei Maria da Penha, que busca proteger, de maneira efetiva, a mulher submetida à violência doméstica e familiar.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal apresentou parecer, cuja ementa é a seguinte:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Violência doméstica contra a mulher. Obrigatoriedade da audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha. Acórdão em harmonia com jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça.

“Admitida a representação, é indispensável a designação da audiência do art. 16 da Lei n. 11.340/2006, porquanto eventual retratação somente pode ocorrer perante o Juiz.”

(HC n. 134.866-ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, in DJe de 28.6.2010).

Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso. (fl. 165).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) (Relator): Pretende o impetrante, pela presente ordem, ver reconhecido o

direito líquido e certo de mulher que tenha sofrido violência doméstica e familiar, não ser obrigada a participar de audiência “confirmatória” da representação pela persecução penal.

Alega que a audiência prevista no art. 16, da Lei n. 11.340/2006, só pode ser determinada pelo magistrado quando a vítima manifestar interesse em retratar-se da representação.

A irresignação merece prosperar.

Inicialmente, é necessário analisar a questão referente ao interesse processual do impetrante para a presente ordem mandamental.

O Ministério Público exerce dupla função nas ações de natureza penal, pois além de representar a sociedade como *dominus litis* nas ações de natureza pública, sejam elas incondicionadas ou condicionadas, como no presente caso, não deixa de ser o fiscal da lei, devendo zelar pela devida aplicação do Direito.

Assim, se o Órgão Ministerial tem legitimidade para requerer em nome do próprio acusado, caso seu direito seja violado, tanto mais para representar a ofendida nos casos de violência doméstica e familiar sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

A respeito da *quaestio* posta na presente impetração, necessárias as análises do contexto e da natureza da ação penal a que se sujeita o fato tido por delituoso.

Este Superior Tribunal, no julgamento do REsp n. 1.098.042-DF, pela c. 3ª Seção, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC), uniformizou a jurisprudência no sentido de que a ação penal para o crime de lesão corporal de natureza leve, nos casos de violência doméstica e familiar, é pública condicionada à representação da ofendida ou de seu representante legal, como se lê da ementa do julgado, *verbis*:

Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Processo Penal. Lei Maria da Penha. Crime de lesão corporal leve. Ação penal pública condicionada à representação da vítima. Irresignação improvida.

1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.

2. O disposto no art. 41 da Lei n. 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei n. 9.099/1995, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras.

3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 1.097.042-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe de 21.5.2010).

No presente recurso, alega o impetrante que haveria violação ao direito líquido e certo da ofendida, na medida em que apresentada a representação, não poderia o Magistrado *a quo* determinar, *ex officio*, a realização de audiência para a possível retratação, sem prévia manifestação da vítima no sentido de desistir da ação penal.

Assevera que estaria sendo imposto à mulher que sofreu violência doméstica, o ônus de “*ratificar*” sua representação perante o Juízo, e na presença de seu agressor, o que causaria o aludido constrangimento ilegal.

Com efeito, para a devida apreciação da questão são necessários os esclarecimentos a respeito de dois pontos cruciais, quais sejam *(i)* a validade e a formalidade da representação e *(ii)* a obrigatoriedade da audiência prevista no art. 16, da Lei Maria da Penha.

Acerca do primeiro ponto, a jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a manifestação da vítima, de violência doméstica e familiar perante a autoridade policial, já configura representação válida ao exercício da persecução penal, não se podendo exigir formalidades ante a natureza constrangedora da própria situação a que fica submetida a mulher nessas circunstâncias.

Sobre o tema, trazemos à colação recente julgado da c. Sexta Turma, *in verbis*:

Habeas corpus. Violência doméstica. Lesões corporais leves. Lei Maria da Penha. Ação penal pública condicionada. Representação. Prescindibilidade de rigor formal. Ordem denegada.

1. Esta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de que a representação é um ato que dispensa formalidades, não sendo exigidos requisitos específicos para sua validade, mas apenas a clara manifestação de vontade da vítima de que deseja ver apurado o fato contra ela praticado.

4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC n. 101.742-DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 31.8.2011).

Por outro lado, a realização da audiência de retratação de tal representação está prevista na Lei n. 11.340/2006, nos seguintes termos:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, **só será admitida a renúncia à representação perante**

o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Como observa-se da simples leitura do indigitado dispositivo legal, a audiência a que refere o artigo somente se realizará caso a ofendida expresse sua vontade prévia no sentido de retratar-se da representação ofertada em desfavor do agressor.

Assim, não há falar em obrigatoriedade da realização de tal audiência, por iniciativa do juízo, sob o argumento de tornar certa a manifestação de vontade da vítima, inclusive, no sentido de “*não se retratar*” da representação já realizada.

A respeito dessa situação, ambas as Turmas competentes para a análise da matéria, neste c. Superior Tribunal de Justiça, já se manifestaram no mesmo sentido, *verbi gratia*:

Habeas corpus. Violência doméstica. Lesão corporal. Lei Maria da Penha. Audiência prevista no seu art. 16. Obrigatoriedade. Inexistência. Realização condicionada à prévia manifestação da intenção da vítima em se retratar antes do recebimento da denúncia. Demonstração extemporânea de desinteresse no prosseguimento do feito. Ineficácia. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

(...)

2. A realização do referido ato, portanto, depende de prévia manifestação de vontade da ofendida em retratar-se, seja por meio da autoridade policial ou diretamente no fórum, razão pela qual somente após tal manifestação é que o Juízo deverá designar a audiência para sanar as dúvidas acerca do real desejo da vítima quanto à continuidade da ação penal.

3. Da detida análise dos autos, verifica-se que a denúncia foi recebida sem ter ocorrido a audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha justamente porque a vítima não havia manifestado, em nenhum momento, qualquer intenção em se retratar da representação formulada em desfavor do paciente. Pelo contrário, observa-se que a ofendida, mediante comunicação à autoridade policial, declarou a sua vontade de que o paciente fosse processado, demonstrando que ela possuía o desejo de que o agente respondesse penalmente pelo fato.

(...)

5. Ordem denegada. (HC n. 178.744-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 24.6.2011).

Habeas corpus. Violência doméstica. Lesão corporal. Lei Maria da Penha. Audiência prevista no seu art. 16. Obrigatoriedade. Inexistência. Realização condicionada à prévia manifestação da intenção da vítima em se retratar antes do recebimento da denúncia. Perdão extemporâneo. Ineficácia. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

(...)

2. A realização do referido ato, portanto, depende de prévia manifestação de vontade da ofendida em retratar-se, seja por meio da autoridade policial ou diretamente no fórum, razão pela qual somente após tal manifestação é que o Juízo deverá designar a audiência para sanar as dúvidas acerca do real desejo da vítima quanto à continuidade da ação penal.

(...)

4. Não fosse isso, ainda que a vítima tenha afirmado em seu depoimento em juízo, ocorrido em 12.5.2008, que teria perdoado o acusado, a exordial acusatória já havia sido recebida em 7.1.2008 pelo Juízo Sentenciante, motivo pelo qual se vislumbra a extemporaneidade de sua manifestação, não ensejando, portanto, qualquer eiva a ponto de macular a ação penal deflagrada contra o paciente.

5. Ordem denegada. (HC n. 168.003-ES, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 1º.6.2011).

Habeas corpus. Violência doméstica. Lesões corporais leves. Lei Maria da Penha. Ação penal pública condicionada. Representação. Prescindibilidade de rigor formal. Audiência prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/2006. Obrigatoriedade apenas no caso de manifestação de interesse da vítima em se retratar.

(...)

2. A representação não exige qualquer formalidade específica, sendo suficiente a simples manifestação da vítima de que deseja ver apurado o fato delitivo, ainda que concretizada perante a autoridade policial.

3. A obrigatoriedade da audiência em Juízo, prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/2006, dá-se tão somente no caso de prévia manifestação expressa ou tácita da ofendida que evidencie a intenção de se retratar antes do recebimento da denúncia.

4. *Habeas corpus* denegado. (HC n. 96.601-MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Sexta Turma, DJe de 22.11.2010).

Nestes termos, conclui-se que configura constrangimento ilegal, remediável pelo presente *writ of mandamus*, a determinação de ofício, por parte do Magistrado de piso, da realização da audiência prevista no art. 16, da Lei Maria da Penha, sem que haja prévia manifestação da representante, no sentido de retratar-se de sua manifestação pela instauração da persecução penal.

Pelo exposto, ***dou provimento ao recurso e concedo a ordem***, para determinar que a audiência de retratação da representação da ação penal de natureza pública condicionada só seja realizada caso haja prévia manifestação da ofendida neste sentido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.050.688-SP (2008/0086950-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Jose Hugo da Silva

Advogado: Mario Sergio Murano da Silva

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Patrícia Vianna Meirelles e outro(s)

EMENTA

Direito Previdenciário. Auxílio-acidente. Benefício anterior à Lei n. 9.032 de 1995. Pedido de revisão com base na lei nova. Pretensão improcedente. Repercussão geral. Juízo de retratação. Questão de ordem.

I. Recurso Extraordinário n. 597.389-SP, da Previdência Social provido no Supremo Tribunal Federal com efeito de repercussão geral, que se aplica ao caso ora em apreciação por força do disposto no art. 543-B, § 3º do CPC.

II. Efeito repetitivo em sentido contrário - concedido no Recurso Especial n. 1.096.244-SC - que foi implicitamente afastado por decisão do Relator ao dar provimento ao Recurso Extraordinário n. 613.008-SC (art. 557, § 1º-A CPC).

III. Retratação que desde logo se impõe, ante a inexistência de efeito repetitivo e a existência de repercussão geral em contrário.

IV. Questão de ordem no Agravo Regimental no Recurso Especial, *suscitada por exercício do juízo de retratação* e resolvida de modo a a) acolher e dar provimento ao agravo, b) para negar seguimento ao Recurso Especial do segurado, e c) confirmar o acórdão do Tribunal local e a Sentença de primeiro grau que julgaram improcedente o pedido de majoração do auxílio-acidente formulado pelo segurado.

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. Retificação de Proclamação de Resultado de Julgamento: “A Turma, por unanimidade, acolheu a questão de ordem no sentido de ser conhecida e proferida em sede de juízo de retratação que conheceu do recurso e julgou improcedente o pedido de majoração de auxílio-acidente formulado pelo segurado.” Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 8 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJe 14.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: O segurado ora recorrente moveu ação ordinária contra a autarquia recorrida pleiteando a alteração do enquadramento “para que de 20% do salário de contribuição passe a ser 50% do salário de benefício, como prevê a Lei n. 8.213/1991, com as modificações introduzidas pela Lei n. 9.032/1995.”

A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido porque o benefício foi concedido com base na lei vigente à época do infortúnio e a lei nova não pode retroagir.

A apelação do segurado foi improvida na linha da jurisprudência mencionada no próprio acórdão e porque a lei nova só se aplica aos benefícios novos.

O recurso especial foi interposto com base na alínea **a** e **c** do art. 105, III da CF. Afirma-se violação do art. 86, § 1º da Lei n. 8.213/1991 pois a lei nova, de ordem pública, se aplica imediatamente e prevalece sobre a situação antiga pela retroatividade benéfica própria do aspecto social da questão infortunistica. Sustenta, no mais, divergência com outros julgados.

Por decisão (art. 557, § 1º-A do CPC), o então Relator Ministro Felix Fischer, à vista de vários precedentes, dentre eles da 3ª Seção e da 5ª e 6ª Turmas, conheceu e deu provimento ao recurso especial estendendo “a incidência da lei nova mais vantajosa a todos os segurados independentemente da lei vigente ao tempo do fato gerador do benefício.”

O agravo regimental e os embargos declaratórios da autarquia foram rejeitados.

Veio daí o recurso extraordinário do INSS alegando a irretroatividade da lei nova; violação do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, bem assim afronta ao princípio da necessidade de prévia fonte de custeio e do caráter contributivo da previdência social, demonstrada a repercussão geral.

O Vice-Presidente desta Corte determinou o sobrestamento do recurso extraordinário até o julgamento do RE no AgRg no REsp n. 929.345-SP (art. 543-B, § 1º CPC).

O então Relator Ministro Felix Fischer, entretanto, fez voltar os autos à Vice-Presidência posto que na Questão de Ordem no REsp n. 1.096.244-SC a 3ª Seção deste Tribunal distinguiu o caso em apreciação (*auxílio-acidente*) do caso objeto da repercussão geral pendente no STF (*pensão por morte*) que, por essa razão, não abrangia o caso dos autos.

O Ministro Vice-Presidente exarou nova decisão restituindo os autos à 5ª Turma pois o precedente com repercussão geral do STF - o RE n. 597.389-SP - assentou que a proibição de revisão de pensão por morte constituída antes da entrada em vigor da Lei n. 9.032 de 1995 incluía os *demais benefícios*, em razão do que também a questão da revisão do auxílio-acidente estaria abrangida pela repercussão geral.

Mais uma vez, agora em questão de ordem, o então Relator Ministro Felix Fischer, reafirmou o entendimento anterior ao fundamento de que a *real* intenção da Suprema Corte - como se extrai dos votos ali proferidos - era de “circunscrever, por consequência, [o veredito] apenas às pensões por morte vigentes quando do advento da Lei n. 9.032/1995 (restando afastada a hipótese sobre o pagamento de auxílio-acidente).” (e-STJ Fls. 189).

Com esse fundamento o então Relator votou pela ratificação do acórdão anterior e propôs que fosse a questão outra vez submetida ao Vice-Presidente do Tribunal para que prosseguisse no exame de admissibilidade do recurso extraordinário interposto pelo INSS, “para que o c. Pretório Excelso possa, então, dirimir a controvérsia”. De resto, insiste a mesma questão havia sido suscitada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.096.244-SC.

Finalmente, o Vice-Presidente devolve os autos para os efeitos do art. 543-B, § 3º do CPC, em face do julgamento do RE n. 613.033-SP (Relator Ministro Dias Toffoli).

Nesse julgamento, o STF, apreciando questão de repercussão geral expressamente relacionada à majoração retroativa do *auxílio-acidente*, concluiu pela impossibilidade.

Estão os autos conclusos para o juízo de retratação, em face do que para esse efeito, *suscito* a presente questão de ordem.

Este é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): A lei processual não estabelece rito próprio para o exercício do juízo de retratação na hipótese do art. 543-B § 3º do CPC. A decorrência lógica do regime de repercussão geral, no entanto, indica que havendo manifestação definitiva do STF sobre o assunto cabe tão só aos Tribunais sujeitos à sua jurisdição confirmar a decisão quando coincidentes, ou retratá-la havendo contrariedade do julgado inferior como é o caso dos autos.

Examino.

Não há mais dúvida de que a jurisprudência da Suprema Corte atualmente se orienta, uniforme e unívoca, no sentido de que é improcedente a pretensão de aplicação das disposições da Lei n. 9.032 de 1995 aos benefícios de *auxílio-acidente* concedidos anteriormente à sua vigência, tal como já havia assentado com respeito ao reajuste da *pensão por morte* (RE n. 415.454-SC e RE n. 416.827-SC, cuja interpretação foi reafirmada, com o regime de *repercussão geral*, no acórdão na Questão de Ordem no RE n. 597.389-SP).

No caso, além dos julgados referidos, foi editado precedente *específico* no RE n. 613.033, próprio de matéria *constitucional*, que tem a seguinte ementa:

Direito Previdenciário. Revisão de benefício. Auxílio-acidente. Lei n. 9.032/1995. Benefícios concedidos antes de sua vigência. Inaplicabilidade. Jurisprudência pacificada na Corte. Matéria com repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Esse acórdão, editado pelo STF nos termos da lei processual (art. 543-B, §§ 3º e 4º CPC), é dotado de força e efeito vinculantes obrigando os Tribunais inferiores, inclusive o STJ, a conformarem suas decisões ao paradigma da Corte Suprema.

Ocorre que sobre esse assunto existe precedente deste Tribunal, com julgamento em modalidade repetitiva, no qual a 3ª Seção afirmou orientação que, pela sua característica *legal* (art. 543-C e §§ do CPC), deveria se impor às instâncias de origem.

De fato, no REsp n. 1.096.244-SC a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça acolheu a pretensão de um segurado ao reajuste do *auxílio-acidente*, sobretudo porque, com caráter repetitivo, se tratava de questão de direito infraconstitucional.

No entanto, por decisão do Ministro Relator no Recurso Extraordinário n. 613.008-SC, o STF conheceu e deu provimento (art. 557, §1º-A CPC) ao recurso da autarquia para julgar a ação do segurado improcedente, invocando exatamente o precedente no RE n. 597.389-SP referente à pensão por morte, quando aqui se cuidava de caso de auxílio-acidente a revelar que no STF prevalecia a idéia de que os benefícios anteriores à Lei n. 9.032/1995 eram insuscetíveis de revisão pelo critério novo.

Vale insistir que no RE n. 597.389-SP, tratava-se de pretensão à revisão de *pensão por morte*, e não *auxílio-acidente*, mas o Ministro Gilmar Mendes, Relator - *ciente dessa circunstância que foi objeto de discussão em plenário* a qual foi explicitamente mencionada pelo Ministro Menezes Direito, secundado pelos Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio nessa ressalva - nada obstante, fez inserir no *dispositivo do acórdão* naquela Questão de ordem a indicação de que o Supremo Tribunal Federal havia decidido

b) que seja reafirmada a jurisprudência da Corte no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei n. 9.032, de 1995, não pode ser realizada com base no novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal. (grifei).

Desse modo, a discussão na 5ª Turma a respeito do alcance do precedente do STF, que foi mais de uma vez aqui suscitada pelo Ministro Felix Fischer, para afastar o efeito vinculante operado pelo julgamento do dito RE n. 597.389, em termos formais, *não tem e não tinha razão de ser*. Se o *dispositivo do acórdão* - que é a parte da decisão que transita em julgado (arts. 165; 458, III; e 469, I do CPC) - contém a determinação acima transcrita, não há como distinguir no julgado da Corte Suprema um alcance menor e nele expressamente afastado porque o dispositivo declaradamente abrangeu "*os demais benefícios*".

A propósito, não houve embargos declaratórios do acórdão relatado pelo Ministro Gilmar a despeito da possível contradição entre os fundamentos e o dispositivo acima transcrito.

Por isso não podia a Turma do STJ desatender o decidido na Questão de Ordem do Supremo Tribunal Federal e menos ainda perseverar no entendimento contrário.

É pois o caso de dar exato cumprimento ao precedente do STF no modo consignado no despacho do Senhor Presidente do STJ submetendo os autos ao juízo de retratação previsto no art. 543-B, § 3º do CPC (e-STJ Fl. 201).

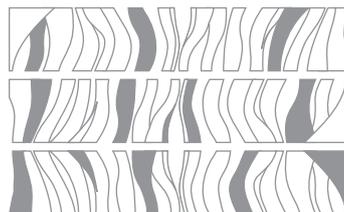
Registro, por oportuno, que ainda há nesta Corte decisões, posteriores, em sentido contrário à orientação vinculante do STF (*v.g.* AgRg no Agravo de Instrumento n. 1.232.192-ES, Ministra Maria Thereza, 6ª Turma, unânime, j. 28.6.2011) fundado em que “este Superior Tribunal de Justiça não está adstrito ao julgamento do Excelso Pretório por força do art. 543-B da lei processual, não possuindo os julgados daquela Corte, ainda que de repercussão geral, efeito vinculante para com os desta”.

Vale referir também que existem ações rescisórias com idêntico objeto, movidas pela Previdência Social e que deverão ser apreciadas pela 3ª Seção.

De tudo resulta que, sendo competente a 5ª Turma para deliberar sobre o caso ora em discussão (REsp n. 1.050.688-SP) - *posto que o efeito repetitivo do REsp n. 1.096.244-SC (3ª Seção, Min. Maria Thereza, unanimidade, 22.4.2009) está afastado pela decisão do STF no RE n. 613.008-SC (Celso de Mello, 28.6.2010) e que deve prevalecer o decidido no RE n. 613.033-SP (STF, Plenário Eletrônico, RI-STF, art. 323-A, Min. Toffoli, maioria, vencidos Min. Ayres Britto e Min. Marco Aurélio, não se manifestaram Min. Peluso e Min. Cármen Lúcia, j.14.40.2011)* - é oportuno, desde logo, uniformizar a orientação no âmbito desta Turma e sinalizar a jurisprudência para os Tribunais e juízos eventualmente a ela sujeitos.

Assim, *voto* no sentido de conhecer da presente Questão de Ordem e resolvê-la para *retratar* (art. 543-B, § 3º CPC) o decidido no acórdão que rejeitou o Agravo Regimental (AgRg no REsp n. 1.050.688-SP, 5T, unânime, j. 17.6.2008) para, acolhê-lo e negar provimento ao Recurso Especial do segurado, e assim confirmar o Acórdão local (Apelação n. 644.016.5/8-00 TJ-SP 17ª Câmara de Direito Público) e a sentença de primeiro grau (4ª Vara de Acidentes do Trabalho São Paulo-SP, Processo n. 620/2006) que julgou improcedente (sem custas e sem honorários) a ação ordinária proposta pelo segurado ora recorrido.

É como voto.



Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 28.408-MS (2008/0272665-5)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Agravante: Rosemari de Melo Farias Ribeiro

Advogado: Mário Sérgio Rosa

Agravado: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: Rodrigo Silva Lacerda Cesar e outro(s)

EMENTA

Direito Administrativo. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Ex-policial militar. Estado de Mato Grosso do Sul. Exclusão. Corporação. Lei Complementar n. 53/1990, art. 17. Aplicação. Impossibilidade. Superveniência da Lei Federal n. 9.717/1998. Entendimento pacífico.

1. “Consoante entendimento pacificado desta Corte, com o advento da Lei Federal n. 9.717/1998, que dispõe sobre normas gerais da previdência social, o art. 117, § 2º, da Lei Complementar do Estado de Mato Grosso do Sul, que assegura o pagamento de pensão aos dependentes de ex-militar excluído das fileiras da corporação, restou sem eficácia, tendo em vista a vedação, prevista no citado diploma legal federal, de concessão de benefícios distintos daqueles previstos na Lei Federal n. 8.213/1991.” (RMS n. 23.232-MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 7.6.2010).

2. A parte agravante não trouxe tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, razão pela qual mantenho, por seus próprios fundamentos, a decisão agravada.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do

Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 28.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo regimental interposto por *Rosemari de Melo Farias Ribeiro* contra decisão de minha lavra, que negou seguimento ao recurso ordinário (e-fls. 183-185).

Alega a interessada que: “(...) quando o Estado do Mato Grosso do Sul dispôs em Lei específica os direitos dos seus militares, é lícito afirmar que em nenhum ponto a aplicação do artigo 117 da LC n. 53/1990 colide com os mandamentos superiores da Constituição Federal.” (e-fl. 211).

Assevera também que: “Resta evidente que a decisão monocrática subvertendo a ordem legal exige aplicação contra a Agravante de disposição legal que não lhe é destinada especificamente, eis que os militares têm regras próprias compreendidas pelo Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul, nos termos autorizados pela Constituição Federal.” (e-fl. 212).

Afirma, ainda, que: “É ponto pacífico que nem a Emenda Constitucional n. 41/2003 atingiu os Militares das Forças Armadas e, por consequência, segundo disposições constitucionais específicas, também não atinge os integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal.” (e-fl. 213).

Por fim, defende que: “(...) não se pode impor, em legislação infraconstitucional, obrigação não permitida na Lei Maior, ou seja, dar tratamento mais gravoso aos Militares Estaduais e seus dependentes - como a Agravante, diferentemente do que a União legisla para os integrantes das forças armadas.” (e-fl. 215).

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): O presente recurso especial não merece prosperar.

Com efeito, observa-se que a parte agravante não trouxe tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, razão pela qual mantenho, por seus próprios fundamentos, a decisão agravada, nos seguintes termos:

Vistos, etc.

Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por *Rosemari de Melo Farias Ribeiro*, com base no art. 105, II, alínea **b**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que denegou a ordem pleiteada, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos às e-fls. 119-123.

Alega a recorrente, em síntese, que: "(...) há de se observar que o direito pleiteado pelos recorrentes está garantido pela Lei Complementar n. 53/1990, bem como por julgado proferido pelo STF e é simétrico à legislação federal concatenada, razão pela qual deve a decisão ser reformada, para que se conceda aos recorrentes, a pensão em razão da exclusão do militar de que são dependentes das fileiras da PMMS." (e-fl. 137).

Contrarrazões às e-fls. 152-158.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

A irresignação não merece prosperar.

Com efeito, este Superior Tribunal de Justiça possui orientação assente no sentido de que após o advento da Lei Federal n. 9.717/1998, a qual dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do DF, é vedada a concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social (Lei Federal n. 8.213/1991).

No aspecto:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Ex-policiaI militar do Estado do Mato Grosso do Sul. Exclusão da corporação após mais de 10 anos de serviço. Pagamento de pensão aos seus dependentes. Art. 17 da Lei Complementar Estadual n. 53/1990. Impossibilidade. Superveniência da Lei Federal n. 9.717/1998. Ausência de previsão legal do mesmo benefício na Lei Federal n. 8.213/1991.

1. Consoante entendimento pacificado desta Corte, com o advento da Lei Federal n. 9.717/1998, que dispõe sobre normas gerais da previdência social, o art. 117, § 2º, da Lei Complementar do Estado de Mato Grosso do Sul, que assegura o pagamento de pensão aos dependentes de ex-militar excluído das fileiras da corporação, restou sem eficácia, tendo em vista a vedação, prevista no citado diploma legal federal, de concessão de benefícios distintos daqueles previstos na Lei Federal n. 8.213/1991.

2. Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 23.232-MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18.5.2010, DJe 7.6.2010).

Direito Administrativo. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Pensão a dependente de ex-policiaI militar do Estado de Mato Grosso do Sul expulso da Corporação. Não cabimento. Precedentes do STJ. Agravo improvido.

1. “O art. 117, § 2º, da Lei Complementar n. 53/1990 do Estado de Mato Grosso do Sul, que assegura o pagamento de pensão aos dependentes de ex-militar, excluído das fileiras da corporação, não encontrou respaldo no ordenamento após o advento da Lei Federal n. 9.717/1998” (AgRg no REsp n. 1.073.540-MS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJ 6.4.2009).

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS n. 22.354-MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 20.4.2010, DJe 10.5.2010).

Administrativo. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Ex-policiaI militar do Estado de Mato Grosso do Sul, excluído da Corporação com mais de 10 anos de serviço. Pagamento de pensão aos seus dependentes (art. 117, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar Estadual n. 53/1990). Impossibilidade, diante da superveniência da Lei Federal n. 9.717/1998. Benefício não previsto na Lei n. 8.213/1991.

1. Conforme entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, com a superveniência da Lei Federal n. 9.717/1998 – que dispõe sobre norma geral da previdência social –, tornou-se vedada a concessão de benefícios previdenciários distintos daqueles previstos na Lei n. 8.213/1991, dentre os quais, a pensão devida aos dependentes de ex-militar que fora excluído das fileiras da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul.

2. Recurso desprovido.

(AgRg no RMS n. 29.533-MS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22.9.2009, DJe 13.10.2009).

No caso, observa-se que o militar foi excluído das fileiras da Corporação por intermédio da Portaria “p” n. 1.214-1/DF/PMMS, de 27 de setembro de 2007, publicada em 5 de outubro de 2007, na vigência, portanto, da Lei n. 9.717/1998.

Ante o exposto, com base no art. 557, *caput*, do CPC, *nego seguimento* ao recurso em mandado de segurança.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 88.645-PA (2007/0187193-7)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Ronivaldo Guimarães Furtado

Advogado: Anderson Cardoso Pantoja

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Paciente: Ronivaldo Guimarães Furtado (preso)

Advogado: Anderson Cardoso Pantoja

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio quadruplamente qualificado, estupro, sequestro e porte ilegal de arma. Pretensão de reconhecimento de nulidade do segundo laudo pericial realizado e de consequente afastamento da condenação do paciente. Máculas inexistentes. Ademais, questão que demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via eleita.

1. O simples fato de terem sido elaborados dois laudos antagônicos não conduz à necessidade de realização de um terceiro.

2. No caso, no primeiro exame se atestou a inimputabilidade do paciente. Entretanto, o Magistrado determinou a realização de nova perícia, que explicitou a imputabilidade do ora paciente.

3. Ultrapassado esse ponto, não há máculas no segundo laudo pericial realizado, pois, esse exame foi elaborado por quatro profissionais da área de saúde - dois psiquiatras e dois psicólogos - ligados ao Núcleo de Estudos e Pesquisas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica (NUFOR), da Universidade de São Paulo.

4. A particularidade de o paciente ter sido, num momento anterior, absolvido (absolvição imprópria) em virtude da constatação, àquela altura, de sua inimputabilidade não conduzem necessariamente ao afastamento de sua condenação.

5. Lado outro, não há falar em julgamento contrário à prova dos autos quando os jurados firmam seu convencimento lastreado em elementos colhidos durante a instrução, como evidencia o caso presente.

6. Ademais, deve ser ressaltado que, por duas vezes, os jurados entenderam ser o ora paciente, à época dos fatos, plenamente capaz de entender o caráter ilícito de seus atos.

7. Por fim, é certo que a via estreita do *habeas corpus* não permite a digressão aprofundada na prova amealhada com vistas a se descobrir qual o real estado de saúde mental do ora paciente.

8. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 21.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de Ronivaldo

Guimarães Furtado, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Consta dos autos que, por fatos ocorridos em 12.11.2005, o ora paciente foi denunciado, juntamente com sua companheira, pela suposta prática dos crimes de homicídio quadruplamente qualificado, estupro, cárcere privado e porte ilegal de arma.

Houve a *realização de exame* de insanidade mental que, em 25.5.2006, concluiu pela *inimputabilidade* do ora paciente.

Irresignado, o Ministério Público solicitou a elaboração de nova perícia, diligência deferida pelo Magistrado singular.

O *segundo laudo*, elaborado por quatro profissionais da área de saúde – dois psiquiatras e dois psicólogos – ligados ao Núcleo de Estudos e Pesquisas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica (NUFOR), da Universidade de São Paulo, foi juntado no dia 19.10.2006 e concluiu que era o paciente “*plenamente capaz* de discernir a licitude ou a ilicitude de seus atos” (fls. 93).

Submetido a júri em 4.12.2006, o paciente foi condenado, nos termos da denúncia, à pena total de 52 (cinquenta e dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Houve novo júri, motivado pelo protesto da defesa, oportunidade em que a condenação foi reafirmada, nas mesmas penas (7.5.2007).

A defesa interpôs apelação e, concomitantemente, impetrou *habeas corpus*, denegado pela Corte Estadual.

Neste *writ*, o impetrante aponta a nulidade do segundo laudo pericial, que não teria sido elaborado por peritos registrados no Conselho Regional de Medicina do Estado do Pará.

Sustenta, de outro lado, que a inimputabilidade do ora paciente já havia sido comprovada pela Justiça em outro processo, no qual se apurava a suposta prática de crime de estupro. Salienta que, desde aquela época - ano de 1996 - até os dias atuais a saúde mental do paciente só havia se deteriorado.

Assevera, outrossim, que o cansaço dos peritos prejudicou a análise do caso, pois eles teriam permanecido pouco tempo no Estado do Pará com o fim único de realizar o exame.

Pede, ao final, seja anulada a condenação e colocado o paciente em liberdade.

Em 6.8.2007, a liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Hamilton Carvalho.

Ouvido, o Ministério Público Federal (Subprocuradora-Geral Ana Maria Guerreiro Guimarães) opinou pela denegação da ordem.

Atribuído o feito em 4.7.2008, vieram-me conclusos os autos.

Há notícia de que se deu parcial provimento ao apelo defensivo, com a redução da reprimenda para 48 (quarenta e oito) anos de reclusão, mantido o regime prisional.

Mais: já se certificou o trânsito em julgado da condenação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): A questão ventilada nesta ação constitucional recebeu o seguinte tratamento pelo Relator do recurso de apelação:

3. Preliminar de imputabilidade mental

O apelante sustenta que, *em anterior ação penal* a que respondia sob a imputação de estupro, *fora diagnosticado como portador de retardo mental moderado e esquizofrenia indiferenciada*. O documento, juntado aos autos do inquérito policial (vol. 1, fls. 112-114) e jamais refutado pela acusação, *provocou sua absolvição. Oito anos mais tarde, sua esquizofrenia evoluiu para a modalidade pseudopsicopática, persistindo o retardo mental moderado, a psiquiatra forense Elizabeth Maria Pereira Ferreira* (vol. 3, fls. 461-473). Alegação feita no plenário do júri, logo após o pregão, como determina a lei, porém o secretário, atendendo a uma ordem do juiz, consignou em ata que fora em momento posterior, o que prejudicaria o ato com a preclusão. A desconformidade entre os fatos e a realidade motivou o advogado a não subscrever a ata de julgamento.

Insurge-se contra a invocação tardia da Súmula n. 361 do Supremo Tribunal Federal, vergastando o laudo por ser subscrito por uma só perita, quando a lei exige dois, pois todo o Judiciário paraense sempre deu procedência a esses laudos psiquiátricos feitos (...) pelo único perito do Estado, sendo inadmissível que o promotor de justiça rejeitasse laudo já existente nos autos apenas porque discorda de suas conclusões, pugnando pela realização de outro sem apresentar justificativas técnicas, senão apenas cinco indagações de ordem subjetiva. Não questionou a parcialidade da perita nem deu a esta a oportunidade de complementar ou esclarecer seu laudo, como previsto no art. 181, *caput*, do Código de Processo Penal.

Aduz que os peritos de São Paulo receberam vinte mil reais, cobrados antecipadamente à entrega do laudo, além do custeio com transporte aéreo e estadia em Belém, tanto para realizar os exames quanto para virem depor. Que são psicólogos e o fato de terem atestado sobre questão psiquiátrica nulifica o laudo, mesmo que este posteriormente tenha sido assinado por psiquiatra, apenas para atender a uma exigência formal. Outrossim, mesmo sendo os peritos contratados oriundos da Faculdade de Medicina do Estado de São Paulo ou do Hospital de Clínicas daquele Estado, era-lhes imprescindível o compromisso de que trata o art. 159, § 2º, da lei processual.

Outrossim, os peritos não estavam aptos a exercer a Medicina no Estado do Pará no período de 28 a 30 de setembro de 2006, violando as normas éticas médicas. O documento que produziram, embora intitulado laudo de sanidade mental, na verdade seria um parecer psicológico-psiquiátrico, de conteúdo absurdo e risível.

Houve cerceamento do direito de defesa porque o juiz não permitiu ao apelante apresentar seus quesitos aos peritos, que devem ter feito o exame açodadamente, tanto que nem sequer os quesitos do promotor de justiça solicitante foram considerados. E também porque a nova solicitação de perícia foi denegada, pelo convencimento de que a sanidade do réu já estava comprovada, incorrendo em defeito de fundamentação. Questiona até mesmo o cansaço físico e mental dos peritos, devido à viagem, e o fato de terem consumido pouco mais de nove horas para analisar o apelante, em local inadequado (o próprio fórum).

Esclarece a defesa que, quando da mudança de patrono, este requereu ao juízo que o apelante fosse submetido a um terceiro exame, considerando a absoluta discrepância entre os anteriores, sendo o pedido negado sem fundamentação devida, ao arrepio do art. 93, IX, da Constituição de 1988.

Entende que precisa de tratamento ambulatorial e não de prisão, o que caracteriza a abusividade da condenação, que o impede de ter acesso à terapêutica que vinha recebendo na rede pública estadual.

*Com efeito, a psiquiatra **Elizabeth Ferreira**, em março de 1997 subscreveu laudo (vol. 1, fls. 112-114) no qual traça quadro deplorável para a história de vida do apelante, com intensos prejuízos ao seu desenvolvimento cognitivo, concluindo que o mesmo era portador de retardo mental moderado e esquizofrenia indiferenciada. Caracterizou-o como imaturo, impulsivo, de conduta imprevisível, necessitado de tratamento médico especializado, além de perigoso, aspecto que poderia ser contido se tratado adequadamente, pelo resto da vida. Afirmou que seu comprometimento cognitivo e doença mental eram crônicos e incuráveis. Declarou-o totalmente incapaz de entender o caráter criminoso do fato, e de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

Quase nove anos mais tarde, em fevereiro de 2006, a mesma profissional subscreveu um segundo laudo (vol. 3, fls. 461-473), no qual descreveu o apelante de modo visivelmente mais favorável do que antes, a despeito de haver déficit cognitivo. A conclusão foi de retardo mental moderado e esquizofrenia pseudopsicopática. Declinou elevada periculosidade com risco de reincidência delituosa, dando-o novamente por inimputável.

O *dominus litis*, sem arguir qualquer vício no laudo ou inidoneidade de sua autora, pediu renovação de perícia, deixando claro que o fazia estritamente por discordar de suas conclusões, invocando o comportamento apresentado pelo réu em seu cotidiano, durante a consumação do evento criminoso, bem como no decorrer da instrução criminal (vol. 3, fls. 479-480). O pedido foi deferido sem que o juiz informasse as razões de entender necessária a medida (vol. 3, fls. 484-485).

Quando se observa o laudo dos peritos paulistas (vol. 4, fls. 706-720), constata-se algumas informações relevantes, tais como:

Ronivaldo (...), apesar de se mostrar cooperativo, na prática foi observado um padrão de comportamento caracterizado por um "negativismo". Este padrão de comportamento se caracteriza pela expressão de uma incapacidade de entendimento e compreensão das atividades solicitadas. Indivíduos com esta característica comumente induzem o avaliador a uma impressão diagnóstica de um déficit cognitivo importante típico dos quadros de doença mental.

Todavia, quando estes indivíduos são estimulados a realização das tarefas os resultados revelam que na verdade há um funcionamento cognitivo preservado, denotando capacidade de entendimento e compreensão, caso este que se aplica a Ronivaldo. (fl. 711).

Esses dados confirmam a hipótese de que Ronivaldo percebe o ambiente ao redor de forma adequada o que significa que está preservada a sua capacidade de entendimento dos fatos. O rebaixamento do número de respostas pode ser explicado pela constante evasão da situação de testagem o que caracteriza o distanciamento emocional do mesmo. (sic, fls. 713-714).

O examinando é consciente dos distúrbios em seu comportamento. (fl. 718).

Conclusão Médico-Pericial: O examinando apresenta quadro de Transtorno Misto de Personalidade caracterizado por aspectos compatíveis a Personalidade anti-social com impulsividade, emocionalmente instável do tipo explosivo. Seu desempenho cognitivo situa-se abaixo do esperado para sua faixa etária (limítrofe) *não sendo observado portanto quadro compatível a Retardo Mental. O juízo e a crítica encontram-se preservados. **A nosso ver, o periciando é plenamente capaz de discernir a licitude ou a ilicitude de seus atos.*** (fl. 720).

O apelante se queixa de ter o juízo se empenhado pela realização da perícia por profissionais paulistas, *indeferindo todavia um terceiro exame, a seu pedido.* Contudo, é notório que o *juiz decide com base no livre convencimento motivado* e que, no processo penal, o objetivo que se persegue é a verdade real. Assim, *ad argumentandum*, não causaria nenhuma nulidade, em tese, o fato de o juiz mandar renovar perícia já realizada, inclusive mais de uma vez. Pouco importa se a insurgência foi suscitada pelo promotor de justiça, na medida em que o art. 149, *caput*, do Código de Processo Penal, menciona expressamente que a perícia pode ser determinada inclusive de ofício.

Sobre a inexistência de irregularidade na determinação de nova perícia:

Processual Penal. Exame de sanidade mental. Realização. Constrangimento ilegal. Inexistência. 1 - O exame de sanidade mental, previsto no art. 149, do CPP, porque instituído no interesse da Justiça, é matéria de ordem pública, não se compadecendo, por isso mesmo, com eventuais alegações de prejuízo à defesa. Constrangimento ilegal não existente. 2 - Ordem denegada. (STJ, 6ª Turma Processo HC n. 16.686-RJ rel. Min. Fernando Gonçalves j. 2.10.2001 DJ 30.6.2003 p. 314).

O psicólogo **Antônio de Pádua Serafim**, um dos subscritores do laudo que concluiu pela imputabilidade do apelante, prestou depoimento como perito em plenário e asseverou que o mesmo é plenamente capaz de saber o que estava fazendo, quando das agressões contra a vítima e que o apelante tem um padrão de comportamento que o torna um fator de risco para desenvolver um comportamento criminoso (vol. 5, fls. 866-867).

O psiquiatra **Sérgio Paulo Rigonatti** também depôs perante os jurados e esclareceu que a divergências de laudos decorre de vários fatores e que aumenta a expectativa de erro para 50% quando o exame se baseia na vivência de um só perito. Afirmou que o apelante não possui nenhum sinal ou sintoma de esquizofrenia e que sua personalidade é perversa (vol. 5, fl. 868).

O apelante joga com as palavras laudo e parecer, a fim de dizer que os peritos paulistas emitiram apenas um parecer, o que reduziria as suas conclusões. De modo algum. Considerando que, a despeito do nome que se possa dar ao documento, as conclusões são baseadas em critérios científicos, o que importa é o mérito da conclusão.

O apelante também sugere, mas não o afirma expressamente, que por terem recebido honorários, os peritos elaboraram laudo de acordo com a conveniência do requerente. Decerto por saber as implicações de tão grave acusação, que teria inclusive repercussão criminal, não informa em que medida esse aspecto causaria prejuízos à defesa, o que me dispensa de maiores razões para rejeitar a alegação. Digo, apenas, que a primeira solicitação foi feita pelo juízo ao Instituto Médico Legal de São Paulo, que não pode atender devido a excesso de demanda e entraves burocráticos. A solução encontrada foi recorrer ao Hospital de Clínicas de São Paulo, este administrado pela Fundação Faculdade de Medicina. Tratando-se de atividade diversa dos fins imediatos da fundação, nada mais natural que houvesse cobrança de honorários profissionais, o que aliás é extremamente rotineiro no cotidiano de perícias para fins judiciais, o que nunca constituiu, por si só, motivo de suspeição e nulidade.

Quanto ao cansaço dos peritos, não foi apurado nos autos, sendo mera especulação, pelo que igualmente rejeito o alegado. Sobre ter sido realizado em tempo exíguo, num único encontro e fora das condições idealizadas a que o alude o apelante, que se queixou da realização nas dependências do próprio fórum, foram desmentidas pelo psicólogo **Antônio Serafim**, que disse ter conversado

com o periciando em dois dias, de 8 às 12 horas no primeiro, e de 14 às 17 horas no segundo (vol. 5, fl. 866). O psiquiatra *Sérgio Rigonatti* também declarou ter-se encontrado com o periciando em dois dias distintos (vol. 5, fl. 868). Conclui-se serem falsas as alegações do recurso.

Outrossim, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Exame de sanidade mental perícia local da realização. O disposto no *caput* do artigo 150 do Código de Processo Penal não é conducente por si só à transferência do Réu para clínica particular quando a Justiça local não possua manicômio judiciário. A referência a estabelecimento adequado está jungida às hipóteses em que o acusado estiver solto ou o requeiram os peritos. (STF, 2ª Turma HC n. 68.907-GO rel. Min. Marco Aurélio j. 26.11.1991 DJ 26-6-1992 PP-10106 Ement Vol-01667-02 PP-00215 RTJ VOL-00139-03 PP-00906).

O único argumento relevante é o de que haveria nulidade porque o juízo *a quo* em momento algum intimou a defesa para se manifestar acerca da perícia. Contudo, se é verdade que não houve uma intimação específica para essa finalidade, também é verdade que o juiz determinou a intimação para a contrariedade ao libelo (vol. 4, fl. 731), quando então a insurgência poderia ser suscitada. Tanto é verdade que, com efeito, ao praticar o aludido ato processual, a defesa de fato suscitou a nulidade do laudo, em longo arrazoado (vol. 4, fls. 733-735), que conclui com o pedido de desentranhamento.

A toda evidência, a defesa não teve prejuízo, porque pôde alegar tudo que era de seu interesse. E sem prejuízo não há nulidade.

O mais importante, contudo, é que o reconhecimento da imputabilidade do apelante foi feito pelo conselho de sentença, que apreciou quesito específico sobre isso. A decisão, por conseguinte, está albergada pela soberania dos veredictos do júri. Não bastasse isso, constata-se que a decisão dos jurados não é aberrante, na medida em que o apelante, até ser preso pelo delito, praticava atos da vida civil, sustentando a si mesmo mediante o próprio trabalho, o que torna absolutamente compreensível o julgamento por sua plena capacidade mental.

Sob estes argumentos, rejeito a preliminar.

O extenso arrazoado acima transcrito não merece reparos.

Inicialmente, destaco que o simples fato de terem sido elaborados dois laudos antagônicos não conduz à necessidade de realização de um terceiro.

A esse respeito, confira-se:

Habeas corpus. Homicídios qualificados (dois, sendo um tentado) e aborto. Realização de exame de sanidade mental. Prolação de sentença de absolvição sumária. Recurso *ex officio*. Cassação da decisão e determinação de elaboração de novo laudo. Conclusão desfavorável à defesa. Pretensão de terceiro exame.

Improcedência. Laudo inicial anulado não por ser desfavorável ao acusado, mas por conter vícios. Princípio do livre convencimento motivado.

1. *Não é a simples existência de dois laudos distintos que enseja necessariamente a elaboração de um terceiro.*

2. No caso presente, o primeiro exame foi cassado por conter vícios. Ele, além de não contar com os quesitos elaborados pelo órgão ministerial e pelo patrono do acusado, deixou de examinar conclusivamente se, à época dos fatos, o paciente possuía potencial consciência de ilicitude e se poderia agir de maneira diversa.

3. Já o segundo laudo, precedido das formalidades legais, fez referência à condição mental do acusado ao momento em que realizado e também à época do ocorrido.

4. *Deve ser lembrado que os laudos são dirigidos ao Magistrado, que, em seu livre convencimento motivado, pode adotá-los ou não. Não se considerando na posse dos elementos necessários, pode o julgador solicitar nova perícia. Tal providência, se não foi determinada na hipótese, é porque a Juíza do processo entendeu desnecessária.*

5. “Diante de dois laudos técnicos divergentes, o Juiz pode basear-se em qualquer um deles para motivar sua decisão, atribuindo-os o peso que sua consciência indicar, uma vez que é soberano na análise das provas carreadas aos autos” (HC n. 83.923-SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 28.4.2008).

6. De mais a mais, os jurados, soberanamente, concluíram pela responsabilização do paciente e pela sua perfeita imputabilidade. Ao final, foi proferida condenação à reprimenda total de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão.

7. Ordem denegada.

(HC n. 63.087-PR, de minha relatoria, DJe de 26.4.2010).

Ultrapassado esse ponto, entendo que não há máculas no segundo laudo pericial realizado.

Segundo destacado no relatório, é de ver que esse exame foi elaborado por *quatro profissionais* da área de saúde – dois psiquiatras e dois psicólogos – ligados ao *Núcleo de Estudos e Pesquisas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica (NUFOR), da Universidade de São Paulo.*

O fato de esses profissionais terem sido remunerados para tal desiderato na verdade em nada destoa da praxe forense, ainda mais quando considerada a circunstância de eles atuarem no Estado de São Paulo.

Também a particularidade de o paciente ter sido, num momento anterior, absolvido (absolvição imprópria) em virtude da constatação, àquela altura, de sua inimputabilidade não conduzem necessariamente ao afastamento de sua condenação.

Lado outro, não há falar em julgamento contrário à prova dos autos quando os jurados firmam seu convencimento lastreado em elementos colhidos durante a instrução, como evidencia o caso presente.

Ademais, ressalto que, *por duas vezes, os jurados entenderam que o ora paciente, à época dos fatos, era plenamente capaz* de entender o caráter ilícito de seus atos.

Em oportunidade anterior, esta Sexta Turma assim decidiu:

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Falta de justa causa para a persecução penal. Improcedência. Alegação de decisão contrária à prova dos autos. Inviabilidade de acolhimento. Decisão que se lastreou no conjunto probatório, embora tenha refutado laudo pericial. Correção da reprimenda de ofício. Determinação de realização de novo exame de sanidade mental.

1. Não há falar em decisão contrária à prova dos autos quando, havendo duas teses com embasamento no conjunto probatório, os jurados optam por uma delas.

2. Na hipótese, foi refutado o exame de sanidade mental que julgou ser o paciente incapaz para entender o caráter ilícito de sua conduta. Os jurados entenderam, com base no depoimento de testemunhas e também em atenção às declarações contidas no interrogatório, pela imputabilidade do agente.

(HC n. 141.598-GO, Relator originário Desembargador convocado Celso Limongi, Relator p/ acórdão Ministro Og Fernandes, DJe de 28.6.2011).

Acresça-se que, em se tratando de tema afeto ao Tribunal do Júri, a decisão é tomada com base na íntima convicção dos jurados.

E, na hipótese, diante da existência de duas teses antagônicas, o corpo de jurados findou por acolher uma delas, o que afasta a contrariedade à prova colhida durante a instrução.

Em outras palavras, a determinação de submissão a novo júri não se justifica diante do contido no art. 593, III, **d**, do Código de Processo Penal, pois, repito, a decisão dos jurados não se mostrou “manifestamente contrária à prova dos autos”.

Contrariou-se, é certo, a prova produzida por um dos *experts*, mas não todo o conjunto probatório, pois havia elementos a indicar em sentido diverso.

Relembro, por fim, que a via estreita do *habeas corpus* não permite a digressão aprofundada na prova amealhada com vistas a se descobrir qual o real estado de saúde mental do ora paciente.

Em igual sentido, opinou o parecerista. Vejamos:

Em primeiro lugar, não há qualquer nulidade na determinação de realização de nova perícia, pelo Juiz de primeiro grau.

12. *O exame de insanidade mental, segundo farta jurisprudência dessa Colenda Corte, não é obrigatório.* Mesmo se requerido, só será realizado se o Juiz do processo tiver dúvidas quanto à integridade mental do acusado: “O exame de insanidade mental que visa à demonstração da higidez psíquica daquele que se diz perturbado mental, tem sua realização condicionada, no caso concreto, à discricionariedade do juiz do processo, que estabelece um juízo de necessidade da realização, ou não, do referido exame.” (RHC n. 12.720-BA, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 22.4.2003, DJ 18.8.2003 p. 212).

13. *E, realizado, sua conclusão não vincula o juiz, a teor do disposto no art. 182, do CPP.* Assim, pode o magistrado aceitar ou recusar o laudo, total ou parcialmente e, ainda, determinar a realização de nova perícia, adotando a conclusão que lhe parecer mais coerente.

(...)

14. Não há, pois, qualquer nulidade na desconsideração, pelo MM. Juiz, do primeiro laudo pericial e determinação da realização de novo exame de insanidade mental no paciente, a cuja conclusão aderiu.

15. A segunda questão a ser apreciada, no presente *writ*, trata da regularidade do segundo laudo produzido. Não concordando com o primeiro exame feito e, não existindo mais peritos aptos a renová-lo, determinou-se a realização do exame por profissionais do Estado de São Paulo.

16. O art. 159 do CPP, assim dispõe:

Art. 159. Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.

§ 1º Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

17. *O laudo produzido pelos profissionais do NUFOR - Hospital das Clínicas - USP foi assinado por quatro profissionais, dentre eles dois psiquiatras, servidores do referido Hospital. Sua idoneidade não foi questionada pela defesa e preenchem eles os requisitos do diploma de curso superior e de habilitação técnica relacionada à natureza do exame.*

18. A eventual ausência de compromisso dos peritos não acarreta qualquer nulidade.

(...)

22. Quanto à apreciação da tese de imputabilidade do paciente, pelo Júri, tenho que não há, da mesma forma, qualquer ilegalidade em seu questionamento em momento posterior à tese de negativa de co-autoria. *A ordem dos quesitos, nesse particular, não acarretou qualquer prejuízo ao paciente e obedeceu, ao contrário do alegado na impetração, uma coerência lógica: era necessário, primeiro, indagar sobre a autoria do paciente para, depois, verificar se o mesmo tinha capacidade para entender o caráter criminoso do fato.* Houvesse sido respondido negativamente o primeiro quesito, não haveria lugar para a indagação sobre sua imputabilidade.

23. Não verificando, assim, as nulidades apontadas pelo impetrante, opino pela denegação da ordem.

Voto, pois, pela denegação da ordem.

HABEAS CORPUS N. 165.186-SP (2010/0044712-1)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: José Carlos da Silva Prada

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: C J B S (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Apelação. Continuidade delitiva. Fração de aumento. *Reformatio in pejus*. Inexistência. Sentença e acórdão. Utilização de parâmetros normativos diversos. Aferição da *reformatio in pejus* em cada fase da dosimetria. Inviabilidade. Número de condutas reconhecidas na sentença que autoriza a fração máxima. Lei n. 11.464/2007. Incidência. Súmula n. 711-STF.

1. Nos casos em que a reprimenda fixada no acórdão se pautou por base normativa diversa da que embasara a aplicação da pena na sentença, a existência de *reformatio in pejus* deve ser aferida tão somente pelo *quantum* final da reprimenda, sendo descabida a quantificação da pena em cada etapa da dosimetria.

2. Hipótese em que a sentença havia condenado o paciente pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (arts. 213 e 214 do CP), em concurso material e com o reconhecimento da ocorrência de continuidade delitiva em cada delito.

3. Se, em relação a esses delitos, a pena imposta na sentença era de 16 anos de reclusão, após a soma das reprimendas pelo concurso material, e, no acórdão, foi reduzida para 10 anos de reclusão, não houve agravamento da situação do paciente.

4. A majoração da pena, pela continuidade delitiva, é estabelecida em razão do número de condutas praticadas.

5. Fixada na sentença a fração de 1/3 para majoração da pena do estupro e do atentado violento ao pudor, em razão da continuidade delitiva, ao se unificarem as condutas em um só tipo penal, não houve *reformatio in pejus* na exasperação em 2/3, que é exatamente o resultado da soma das duas frações.

6. A Lei n. 11.464/2007 começou a vigorar em 29.3.2007, portanto quando ainda estava em curso a prática continuada dos delitos, razão pela qual, mesmo tendo caráter mais gravoso, é aplicável a todos os integrantes da série delitiva, que se encerrou em 20.4.2007, com a prisão em flagrante do paciente. Incidência da Súmula n. 711-STF.

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 3 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *CJBS*, em que é apontado como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 17ª Vara Criminal Central de São Paulo-SP, na Ação Penal n. 585/2007, condenou o paciente à pena de 8 anos de reclusão, como incurso no art. 213 do Código Penal, e à igual reprimenda pela prática do delito tipificado no art. 214 do mesmo Estatuto, bem como a 1 ano de reclusão pelo crime inscrito no art. 148 do referido Códex. Em razão do concurso material, as reprimendas foram totalizadas em 17 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Apenas a defesa apelou e o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para reconhecer que, em razão da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor passaram a constituir crime único, previsto no art. 213 do Código Penal. Em razão disso, fixaram a reprimenda, quanto a esse crime, em 10 anos de reclusão (Apelação Criminal n. 990.09.12641-3/0).

Na presente impetração afirma-se, em suma, a ocorrência de *reformatio in pejus*, pois, em recurso exclusivamente da defesa, teria sido majorada a fração de exasperação da pena, pela continuidade delitiva, de 1/3 para 2/3.

Sustenta-se, ainda, ser indevida a aplicação das disposições da Lei n. 11.464/2007, pois a prática delitiva seria a ela anterior. Sendo assim, para progressão de regime, seria exigível o cumprimento de 1/6 da reprimenda.

Pede-se a concessão da ordem, com a readequação da reprimenda e o afastamento das disposições da Lei n. 11.464/2007.

As informações foram prestadas às fls. 37-112 e o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fl. 116):

Parecer do Ministério Público Federal (FDT/4.191). *Reformatio in pejus*: caracterização.

O acórdão, ao exacerbar o *quantum* de aumento da pena-base decorrente da continuidade delitiva, em face de recurso exclusivo da defesa, incorre em *reformatio in pejus*, ainda que, no final, o recurso da defesa implique benefício ao réu, pois a *reformatio in pejus* é constatável em quaisquer fases da sentença que implique gravame ao réu.

Parecer no sentido de ser concedida a ordem.

Em razão da transferência do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho para a Primeira Seção, foram os autos redistribuídos à minha relatoria (fl. 142).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Disse a sentença ao efetivar a dosimetria da reprimenda (fls. 14-15):

[...]

Passo a dosar as penas -

Atenta às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base para o crime previsto no artigo 213 do Código Penal em 06 anos de reclusão.

Em continuidade delitiva, acresço a fração de 1/3, patamar acima do mínimo legal, exposta a freqüência com que a vítima era submetida à prática de conjunção carnal, a resultar, assim, em 08 anos de reclusão.

Quanto ao crime de atentado violento ao pudor, fixo a pena-base em 06 anos de reclusão, que acresço da fração de 1/3, consoante fundamento acima, dada a incidência da continuidade delitiva, a resultar assim, em 08 anos de reclusão.

Para o crime previsto no artigo 148 do Código Penal, fixo a pena-base em 01 ano de reclusão.

Ao final, em concurso material, resulta a pena imposta em 17 anos de reclusão.

O regime inicial de cumprimento de pena é o fechado – artigo 33 parágrafo 2º letra **a** do Código Penal.

A ação desenvolvida pelo réu revela personalidade violenta e fria na medida em que não poupou ameaças de morte a menor, recusando-se a entregá-la em atendimento à súplica que lhe era feita pela genitora da menor, embasada a recusa na exigência de que "(...) outra menina (...)” haveria de ser encaminhada em substituição à E. É fundamento necessário à adequação de cumprimento de pena em regime inicial fechado, negado o apelo em liberdade.

[...]

Por sua vez, assim fundamentou o Tribunal *a quo* ao reformar em parte a sentença (fls. 24-25):

[...]

O estupro é de vulnerável. E, na esteira do que ocorreu com o delito de estupro propriamente dito no art. 213, do Código Penal, diante da exegese da Lei n.

12.015/2009, qualifica-se como estupro não só o constrangimento de outrem mediante violência ou grave ameaça à conjunção carnal, mas também a prática de qualquer outra espécie de ato libidinoso. Vale dizer, a novel redação foi ampliada a tal ponto que passou a compreender também o conceito de atentado violento ao pudor, restando revogado o art. 214 do Código Penal, ao teor do disposto no art. 7º, da Lei n. 10.015/2009.

Destarte, fundidos os tipos, não mais há, com a devida vênia, óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva entre a prática de conjunção carnal e ato libidinoso de outra natureza. São, doravante, delitos de mesma espécie, devendo, a este teor, ser a pena recalculada.

Portanto, fica mantida a reprimenda, na primeira fase da fixação, no mínimo legal ao tempo dos crimes, haja vista que as reprimendas para os delitos em questão foram alteradas com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, e nesse contexto, não será inflingida ao caso concreto em observância ao art. 5º, XL, da Constituição Federal. Com olhos voltados para a continuidade delitiva e o número de infrações perpetradas ao longo do tempo, aplica-se a majoração no grau máximo – *os estupros reiterados na vítima ocorreram entre novembro de 2006 até março de 2007* – sendo atingido, destarte, o importe final de dez anos de reclusão.

Estes delitos são hediondos (STJ, HC n. 87.195-SP, DJ de 17.12.2007, p. 264, Rel. Min. *Felix Fischer*) e, portanto, a reprimenda não poderá ser cumprida em regime outro que não o inicial fechado, em face da exegese da Lei n. 11.464/2007, que alterou o art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990). O crime de cárcere privado está apenado no mínimo legal, ou seja, um ano de reclusão, e assim fica mantida.

Diante do exposto, pelo meu voto, rejeitada a matéria preliminar arguida, dá-se provimento parcial ao recurso, para o fim de reduzir a reprimenda para 11 (onze) anos de reclusão em regime inicial fechado, mantendo-se, no mais a r. sentença guerreada.

[...]

Tenho que a alegação de *reformatio in pejus*, na situação em comento, deve ser analisada com cautela, sem se ater apenas à simples aferição da fração utilizada para exasperar a pena, em razão da continuidade delitiva. Destarte, não se pode olvidar de que a sentença, ao aplicar a reprimenda, utilizou a estrutura típica anterior à vigência da Lei n. 12.015/2009, ao passo que a apelação fez incidir a novel legislação ao caso concreto.

A Lei n. 12.015/2009 alterou o Código Penal, de forma que as condutas antes previstas no delito autônomo de atentado violento ao pudor passaram a integrar a figura típica do estupro, que passou a constituir o art. 213 do referido Códex.

Não houve nenhuma espécie de *abolitio criminis*, mas apenas unificação dos tipos penais, passando as condutas que antes constituíam delitos distintos e autônomos a integrar um único tipo penal.

Esse é o entendimento adotado pela Sexta Turma desta Corte, desde o julgamento do HC n. 144.870-DF, da relatoria do Ministro Og Fernandes (DJe 24.5.2010):

Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. Crime continuado x concurso material. Inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009. Modificação no panorama. Condutas que, a partir de agora, caso sejam praticadas contra a mesma vítima, num mesmo contexto, constituem único delito. Norma penal mais benéfica. Aplicação retroativa. Possibilidade.

1. A Lei n. 12.015/2009 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.

2. Essas inovações, partidas da denominada "CPI da Pedofilia", provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica.

3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis não de alcançar os delitos cometidos antes da Lei n. 12.015/2009.

4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima.

5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o pensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir.

6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções.

Em outras palavras, a aplicação de uma só pena ao paciente, pelo acórdão impugnado, não decorreu de sua absolvição das condutas anteriormente descritas como atentado violento ao pudor. Pelo contrário, a sua condenação pela prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal foi ratificada, sendo apenas a aplicação da pena refeita, em razão da alteração da estrutura dos tipos penais.

A propósito, transcreve-se excerto do voto no qual é ratificado o reconhecimento da prática de conjunção carnal e de atos libidinosos dela diferentes (fls. 19-21 - grifo nosso):

[...]

A infante nordestina [...], ouvida no Estado do Maranhão por precatória às fls. 164, cotejado com o recolhido na instrução em São Paulo (fls. 84-89) foi submetida à verdadeira barbárie sexual.

Com efeito, arremetida como animal no agreste nordestino pela testemunha C S, amiga de sua genitora a infante, de apenas treze anos de idade, veio para a Capital Paulista com a promessa de trabalho. Aqui chegando, foi para a moradia do réu, um mísero quarto de pensão no Cambuci. A convivência, até então tranquila, não deu certo e É foi devolvida, como fosse um objeto, para C, também moradora de quarto de pensão na área central de São Paulo. Ficou ali por trinta dias. Nesse período, presenciou C e o réu mantendo, por mais de uma vez, relações sexuais.

Diante desse degradante quadro, pediu a incauta e desprotegida adolescente para que C a mandasse de volta para casa no Maranhão. C, no entanto, se negou a atender a súplica e disse que, para regressar, seria necessário trabalhar para pagar a passagem e o período de hospedagem.

Sem ter a quem recorrer, aceitou, destarte, voltar à moradia do réu para trabalhar, ganhar algum dinheiro, saldar suas dívidas e, enfim, voltar para casa. Ocorre que, no segundo dia de trabalho, foi atacada pelo réu que, empunhando arma branca, determinou que se despisse e com ele mantivesse relações sexuais. *E estas relações sexuais se estenderam por muitos meses, esclarecendo que foi submetida a sexo oral, anal e vaginal no período de aproximadamente cento e oitenta dias em que esteve sob custódia de C.*

Esclareceu que não denunciou os fatos antes porque estava aterrorizada e era constantemente ameaçada de morte, caso levasse o fato ao conhecimento de outras pessoas. Disse que o apelante, inclusive, mandava que ela, sob coação irresistível, ligasse para a mãe no Maranhão para dizer que tudo estava bem para que não despertasse suspeita.

Contou, ainda, que muitas vezes era mantida trancada dentro do quarto e que, no breve período em que esteve matriculada em escola de ensino, era o réu quem a levava e a buscava na saída, sempre fazendo ameaça no sentido de que, se abrisse a boca e contasse os atos de desafogo da concupiscência a alguém, seria morta ou castigada.

Este, de fato, é o retrato do horror!

O sofrimento somente veio a temer porque o réu, em momento de descuido, esqueceu o celular em casa e a vítima, valendo-se da distração, fez ligação para a mãe, no Maranhão, e contou toda desdita sofrida. Esta, então, procurou o Ministério Público que fez contato com o Conselho Tutelar da Capital, oportunidade em que o réu foi capturado em flagrante delito quando mantinha relações sexuais com a infante.

[...]

Diante dessa situação, em que a reprimenda fixada no acórdão se pautou por base normativa diversa da que embasara a aplicação da pena na sentença, a existência de *reformatio in pejus* deve ser aferida tão somente pelo *quantum* final da reprimenda, sendo descabida a quantificação da pena em cada etapa da dosimetria.

Nesse contexto, se, em relação a esses delitos, a pena imposta na sentença era de 16 anos de reclusão e, no acórdão, foi reduzida para 10 anos de reclusão, não houve agravamento da situação do paciente.

Mencionam-se os seguintes julgados:

Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor praticados com violência presumida. Lei n. 12.015/2009. Nova tipificação. Estupro de vulnerável. Dosimetria. Circunstâncias do crime. Desfavorabilidade. Multiplicidade de atos libidinosos. *Reformatio in pejus*. Não ocorrência. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. A Lei n. 12.015/2009 promoveu sensível modificação nos dispositivos que disciplinam os crimes contra os costumes no Código Repressivo, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), ambos do CP.

2. Reconhecida a tese de crime único pela Corte Estadual, a quantidade de atos libidinosos deve ser sopesada na aplicação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, pela desfavorabilidade das circunstâncias do crime.

3. *Não há que se falar em reformatio in pejus, quando a reprimenda do paciente, globalmente considerada, foi reduzida em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pelo que evidente que essa nova situação restou, em muito, favorável ao acusado.*

4. Ordem denegada.

(HC n. 171.243/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25.8.2011 - grifo nosso).

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Apropriação indébita previdenciária. Julgamento conjunto de recursos especiais. Mesmo agente e mesma conduta típica. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação inidônea. Confissão parcial. Desconsideração. Violação do art. 65, III, **d**, do CP configurada. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Reunião de diversos processos na fase recursal. Percentual de incidência da majorante. Aumento. Inexistência da *reformatio in pejus*. Recurso parcialmente provido.

[...]

3. *A incidência de razão mais elevada na majoração da pena pela continuidade delitiva não implica reformatio in pejus quando decorrente da reunião de diversos processos contra o mesmo agente versando sobre o mesmo crime, quando lhe restaria cumprir reprimenda muito mais elevada se fosse feita a soma das penas aplicadas em todos os processos por ocasião da execução penal.*

4. Recurso parcialmente provido para fixar a pena do recorrente em 3 anos e 4 meses de reclusão, mantida a substituição da pena privativa por 2 restritivas de direitos e para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação à ACR n. 2003.04.01.034193-7.

(REsp n. 885.939-RS, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 8.3.2010 - grifo nosso).

Por outro lado, a fração de aumento da pena, pela continuidade delitiva, é fixada em razão do número de condutas praticadas (HC n. 127.609-PE, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13.10.2011; REsp n. 909.327-PR, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 3.11.2010).

Sendo assim, diante da unificação dos tipos penais, constata-se não ter havido majoração da fração de aumento pela continuidade, mas apenas adequação do percentual à quantidade de vezes em que praticada a conduta, segundo a nova estrutura típica.

Vejam os.

A sentença aumentara a pena, em razão da continuidade, em 1/3 para o crime de estupro e também em 1/3 para o atentado violento ao pudor. Se o número de condutas praticadas autorizou a exasperação da pena de cada delito, enquanto tipo autônomo, em 1/3, uma vez agregadas essas condutas em um só tipo penal, o número de vezes em que houve a prática do novo tipo penal permite a majoração em 2/3, que é exatamente o resultado da adição das frações aplicadas, de maneira separada na sentença, para o estupro e para o atentado violento ao pudor.

Não houve, portanto, *reformatio in pejus*.

Também no tocante ao afastamento da Lei n. 11.464/2007, melhor sorte não ampara o paciente.

Segundo o acórdão impugnado, “os estupros reiterados na vítima ocorreram entre novembro de 2006 até março de 2007” (fl. 25), tendo sido o paciente preso em flagrante em 20.4.2007 (fl. 37).

Por outro lado, a Lei n. 11.464/2007 começou a vigorar em 29.3.2007, portanto quando ainda estava em curso a prática continuada dos delitos, razão pela qual, mesmo tendo caráter mais gravoso, é aplicável a todos os integrantes da série delitiva.

Nesse sentido:

Penal. *Habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária. Continuidade delitiva. Prática delituosa iniciada na vigência da Lei n. 4.729/1965 (*lex mitior*). Superveniência da Lei n. 8.137/1990. Alcance.

Se a conduta delituosa permanece sendo reiterada na vigência da lei nova (*lex gravior*), aplica-se esta a toda série delitiva, sem que isso constitua ofensa aos princípios da legalidade ou da ultra-atividade da *lex mitior*. Precedentes desta Corte e do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Writ denegado.

(HC n. 18.605-SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 4.11.2002).

Habeas corpus. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Continuidade delitiva. Ultra-atividade da lei penal mais benéfica. Impossibilidade. Extinção da punibilidade. Pagamento ou parcelamento do débito não demonstrado.

1. A jurisprudência e doutrina dominantes são firmes no entendimento de que, em se tratando de continuidade delitiva, aplica-se a lei nova em toda a série criminosa, ainda que mais gravosa ao réu. Precedentes do STF e do STJ.

2. Em inexistindo nos autos prova de pagamento das contribuições previdenciárias ou de parcelamento do débito antes da denúncia ou mesmo no curso do processo, não há falar em extinção da punibilidade (aplicação do artigo 34 da Lei n. 9.249/1995).

3. Ordem denegada.

(HC n. 13.121-RS, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 25.6.2001).

No mesmo diapasão é a Súmula n. 711-STF:

A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 196.458-SP (2011/0023804-6)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Samir Haddad e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Mizael Bispo de Souza

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio triplamente qualificado. Competência do juízo. Atos executórios. Consumação do delito em local diverso. Teoria do resultado. Possibilidade de relativização. Interpretação lógico-sistemática da legislação processual penal. Busca da verdade real. Facilitação da instrução probatória. Comoção popular. Julgamento em foro diverso. Impossibilidade. Ausência de comprovação de eventual prejuízo. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. Segundo o disposto no inciso I do art. 69 do Código de Processo Penal, tem-se como regra para a determinação da competência jurisdicional o lugar da infração penal, sendo o que se denomina de competência *ratione loci*, visto ser o local que presumivelmente é tido como o que permite uma natural fluidez na produção probatória em juízo, razão pela qual deve o agente ser aí punido.

2. A competência para o processamento e julgamento da causa, em regra, é firmada pelo foro do local em que ocorreu a consumação do delito (*locus delicti commissi*), com a reunião de todos os elementos típicos, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. Adotou-se a teoria do resultado. (Art. 70, *caput*, do CPP).

3. No caso concreto, aplicando-se simplesmente o art. 70 do Código de Processo Penal, teríamos como Juízo competente o da comarca de Nazaré Paulista-SP, onde veio a falecer a vítima.

4. O princípio que rege a fixação de competência é de interesse público, objetivando alcançar não só a sentença formalmente legal, mas, principalmente, justa, de maneira que a norma prevista no *caput* do art. 70 do Código de Processo Penal não pode ser interpretada de forma absoluta.

5. Partindo-se de uma interpretação teleológica da norma processual penal, em caso de crimes dolosos contra a vida, a doutrina, secundada pela jurisprudência, tem admitido exceções nas hipóteses

em que o resultado morte ocorrer em lugar diverso daquele onde se iniciaram os atos executórios, ao determinar que a competência poderá ser do local onde os atos foram inicialmente praticados.

6. O motivo que levou o legislador a estabelecer como competente o local da consumação do delito foi, certamente, o de facilitar a apuração dos fatos e a produção de provas, bem como o de garantir que o processo possa atingir à sua finalidade primordial, qual seja, a busca da verdade real.

7. Embora, no caso concreto, os atos executórios do crime de homicídio tenham se iniciado na comarca de Guarulhos-SP, local em que houve, em tese, os disparos de arma de fogo contra a vítima, e não obstante tenha se apurado que a causa efetiva da sua morte foi asfixia por afogamento, a qual ocorreu em represa localizada na comarca de Nazaré Paulista-SP, tem-se que, sem dúvidas, o lugar que mais atende às finalidades almejadas pelo legislador ao fixar a competência de foro é o do local em que foram iniciados os atos executórios, o Juízo de Guarulhos-SP, portanto.

8. O local onde o delito repercutiu, primeira e primordialmente, de modo mais intenso deve ser considerado para fins de fixação da competência.

9. Não há como prosperar a alegação de que o prejuízo ao paciente será imenso se o processo for julgado em Guarulhos-SP, por haver, na referida comarca, um clima de comoção popular, pois, além de a defesa não ter comprovado tais alegações, é cediço que, se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do acusado, poderá haver o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, consoante o disposto no art. 427 do Código de Processo Penal.

10. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr.

Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Sustentou oralmente o Dr. Samir Haddad pelo paciente, Mizael Bispo de Souza.

Sustentou oralmente o Sr. Subprocurador-Geral da República Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 8.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Mizael Bispo de Souza*, apontando-se como autoridade coatora a Décima Segunda Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou o *Writ* n. 990.10.408637-0.

Os impetrantes sustentam a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o paciente teve a sua prisão preventiva decretada por Juízo manifestamente incompetente para processar e julgar o feito.

Consideram que seria competente o Juízo da Vara do Júri de Nazaré Paulista-SP, e não o de Guarulhos-SP, pois naquela comarca é que teria ocorrido efetivamente a morte da vítima, a qual, segundo o laudo respectivo, teria sido por afogamento, ressaltando que o local da consumação do delito é que determina a competência para o processamento e julgamento da causa.

Acrescentam que, em matéria processual penal, prevalece a teoria do resultado para a fixação da competência.

Destacam que, caso o processo seja julgado em Guarulhos-SP, o prejuízo causado ao paciente seria imenso, já que nessa comarca estaria havendo grande comoção social gerada pelo cometimento do ilícito.

Ressaltam que não haveria como se acolher, no caso, a tese de crime plurilocal, “porque não existem nos autos nenhuma prova de que o crime ou os atos preparatórios teriam se iniciado em Guarulhos” (fl. 4).

Por fim, argumentam que não haveria que se fixar a competência do Juízo de Guarulhos-SP apenas sob o fundamento de que o melhor local para a colheita de provas é onde residem vítima e acusado, uma vez que, segundo consideram, trata-se de critério não previsto em lei para a definição de competência.

Requereram, liminarmente, fosse suspenso o curso da ação penal em comento até o julgamento final do presente *writ*, anulando-se todos os atos decisórios praticados pelo Juízo da Vara do Júri de Guarulhos-SP. No mérito, pugnam pela concessão da ordem para que seja declarada a competência do Juízo da Vara do Júri de Nazaré Paulista-SP para processar e julgar a Ação Penal n. 572/10, atualmente em trâmite perante a Vara do Júri de Guarulhos-SP.

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem para que fosse reconhecida a competência da Vara do Júri de Nazaré Paulista-SP.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, I, III e IV, e no art. 211, ambos do Código Penal, em concurso material (Processo-Crime n. 572/10), narrados nos seguintes termos (fls. 72-75 - grifo nosso):

[...] no dia 23 de maio de 2010 [...], entre os Bairros Parque CECAP e Cuiabá, o primeiro na Comarca de Guarulhos e o segundo no município de Nazaré Paulista, *Mizael Bispo de Souza* [...] colocou em prática o seu plano homicida anteriormente idealizado, matando a pessoa de Mércia Mikie Nakashima, assim o fazendo por motivo torpe, com emprego de meio cruel e mediante recurso que dificultou a defesa da ofendida.

É dos autos que, logo em seguida, no mesmo contexto do episódio acima retratado, *Mizael Bispo de Souza*, [...], ocultou o cadáver da vítima *supra* mencionada.

[...]

De acordo com o apurado, *Mizael* e Mércia mantiveram um relacionamento amoroso por cerca de 04 (quatro) anos, o qual acabou sendo por ela rompido por volta de setembro de 2009. Desde então, é certo que *Mizael* passou a não aceitar

tão somente a manutenção de um vínculo mais descompromissado, deliberando por matar sua ex-namorada.

Na data dos fatos, disposto a executar seu intento, tem-se que *Mizael* convidou a vítima para um encontro casual, este ocorrido inicialmente em via pública e nas proximidades do Hospital Geral de Guarulhos. Na oportunidade, *Mizael* deixou seu automóvel estacionado e seguiu com Mércia no seu próprio veículo para o tal passeio combinado.

Dentro do referido automóvel, *entre os bairros no início mencionados*, e com a ofendida já a sua mercê, isto é, com a sua liberdade privada, é certo que *Mizael* efetuou disparos de arma de fogo contra a pessoa de Mércia, atingindo-a no braço esquerdo, na mão direita e também na mandíbula.

No mesmo contexto, não se podendo precisar se antes ou depois dos disparos, é fato que a vítima foi ainda violentamente agredida por Mizael com um instrumento contundente de alta energia, sendo tal conduta responsável pela fratura de seu maxilar e de sua mandíbula.

Na sequência, já nas margens da represa de Nazaré Paulista, é certo que Mizael ainda empurrou para as águas não só o veículo de Mércia, como também a própria vítima, esta no interior daquele.

Ato contínuo, *Mizael* se dirigiu até uma estrada próxima, tendo então se encontrado com seu comparsa *Evandro*, este desde o início ciente dos crime idealizados por seu colega e patrão, bem como previamente ajustado com ele para buscá-lo de automóvel nas margens da represa, isto após a conclusão de todos os passos da empreitada delitiva *supra* descrita (apoio moral e material).

Retornando a Guarulhos, *Evandro* deixou *Mizael* no local onde este havia estacionado seu automóvel, indo ambos para suas respectivas residências.

A ofendida, por sua vez, tamanha a ocultação do cadáver nas águas da represa, somente foi localizada cerca de 18 (dezoito) dias após o crime, constatando-se, a posteriori, que veio a falecer finalmente por afogamento.

Depreende-se, portanto, que o delito de homicídio foi praticado por motivo torpe e repugnante, isto é, por força da iniciativa da vítima em colocar término no relacionamento amoroso antes existente com o executor, bem como por ela não demonstrar mais disposição em reatar um envolvimento mais sólido com *Mizael*.

Além disso, resulta cristalino *que o homicídio foi praticado com emprego de meio cruel*, tendo sido a vítima *não só alvejada em regiões não letais do seu corpo* (causadoras de dor e aflição), *como também agredida brutalmente na região da face*, o que certamente lhe causou sofrimento inútil e desnecessário antes do óbito, experimentando ela uma morte lenta e dolorosa.

Por fim, verte ainda das circunstâncias do episódio que o recurso utilizado pelo agente dificultou a defesa da ofendida, a qual não teve maiores chances de escapar das investidas do denunciado, vez que este dissimulou moralmente

o seu desiderato homicida, combinando com a vítima um encontro amistoso apenas para *deixá-la em situação vulnerável, bem como para colocar em prática o seu intento macabro.*

Em 2.8.2010, o Juiz singular da Vara do Júri de Guarulhos-SP recebeu em parte a denúncia, dando o paciente como incurso no art. 121, § 2º, I, III e IV, do Código Penal, e, na mesma decisão, decretou a sua prisão preventiva (fls. 77-85).

A defesa, então, opôs exceção de incompetência de juízo, por meio do qual almejou fosse reconhecida a competência do Juízo da Vara do Júri de Nazaré Paulista-SP, tendo o Juiz singular rejeitado a exceção oposta, em decisão assim fundamentada (fls. 110-113 - grifo nosso):

O crime plurilocal é aquele cuja conduta se inicia em uma comarca e a consumação se perfaz em outra, envolvendo, assim, dois ou mais Juízos.

Na hipótese de o ilícito ter iniciado na comarca de Guarulhos, com a dissimulação e o arrebatamento da vítima, a qual foi alvejada em momento posterior, por ora, em local ignorado, e o resultado morte se verificado na comarca de Nazaré Paulista, em regra, considerando o art. 70 do Código de Processo Penal, a competência seria da Vara Distrital de Nazaré Paulista:

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Entretanto, em certos casos, como na espécie, pode a aplicação do dispositivo legal em comento dificultar a *apuração da verdade real*, pois o material probatório será colhido com maior facilidade em comarca diversa do resultado morte.

De proêmio, cumpre ressaltar que a intranquilidade social ocorreu perante a comunidade de Guarulhos, e não de Nazaré Paulista.

Outro ponto a ser registrado no sentido de que todas as testemunhas arroladas na vestibular acusatória serão inquiridas neste Juízo.

Do mesmo modo, das dezesseis testemunhas arroladas pela Defesa, ao que tudo indica, treze serão ouvidas por aqui.

Urge salientar, por fim, que os réus também possuem residências fixas nesta urbe, ou seja, serão interrogados nesta comarca.

[...]

Aqueles que entendem que nos delitos plurilocais, ou de distância mínima, o processo deve tramitar no lugar da ação, embora estejam afrontando claramente o art. 70 do CPP, sob certo aspecto não contrariam a "*mens legislatoris*". Na verdade, quando se firmou a regra do "*locus commissi delicti*" para a instauração

do processo, o legislador objetivou, com a medida, maior correspondência às exigências da Justiça, como a facilidade da colheita do material probatório, a comodidade das partes e a exemplaridade da persecução penal. Haverá, então, como realmente há, maior funcionalidade do júízo penal.

In casu, não há dúvida de que é muito mais prático e cômodo para todos os envolvidos ter-se como competente a Vara do Júri de Guarulhos, uma vez que as provas orais, em sua grande maioria, serão aqui colhidas e, em caso de eventual condenação, a exemplaridade - que é uma das finalidades da pena - se mostrará efetivamente no local em que viviam a vítima e os réus.

[...]

Pela lógica, seria desaconselhável um juiz da comarca de Guarulhos colher quase a totalidade das provas, e outro da comarca de Nazaré Paulista decidir se os réus devem ou não se submeter ao julgamento popular, ainda mais se levarmos em consideração o princípio da identidade física do juiz, insculpido no art. 399, parágrafo segundo, do CPP.

Outro aspecto negativo seria a colheita de provas na fase do *“judicium causae”*, caso os réus sejam pronunciados, pois as testemunhas fora de terra não terão a obrigação de comparecer na comarca de Nazaré Paulista.

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem, tendo a ordem sido denegada, por maioria de votos, pelos fundamentos a seguir aduzidos (fls. 142-151 - grifo nosso):

[...]

Descreve a denúncia acima transcrita a ocorrência de um crime que se iniciou em um local (a comarca de Guarulhos) e teve seu desfecho em outro (a comarca de Nazaré Paulista) - portanto, plurilocal.

É certo, como alegado pelo d. impetrante, que não há provas concretas de que os fatos teriam se desenrolado dessa maneira - no entanto, neste momento processual, não há mesmo que se falar em provas concretas, cuja presença somente o Conselho de Sentença poderá avaliar. Basta, agora, a presença de indícios, que estão suficientemente demonstrados pelo apurado no inquérito policial.

Também é certo que o evento morte ocorreu na comarca de Nazaré Paulista, pois o laudo necroscópico revelou que a *causa mortis* foi o afogamento nas águas da represa situada naquela cidade.

No entanto, entendo que a redação do artigo 70 do Código de Processo Penal permite, em casos como o ora analisado, o julgamento e processamento do feito na comarca onde tudo indica que a ação foi iniciada.

No caso concreto, com a devida vênua da posição adotada pelo magistrado de primeira instância quando do recebimento da denúncia (fls. 120-128 do apenso),

tenho como admissível a hipótese de que o agente não pretendia matar a vítima por afogamento.

Consta do laudo de exame necroscópico que a vítima foi alvejada por três tiros, um dos quais atingiu sua face, causando fratura na mandíbula.

Lícito, portanto, presumir que *o agente pretendia matar a vítima mediante disparos de arma de fogo, só a lançando às águas da represa no intuito de ocultar o cadáver, estando convencido de que ela já estava morta*. Dessa forma, sua intenção homicida teria sido plenamente executada antes do ato praticado na comarca de Nazaré Paulista.

Determina o dispositivo legal acima mencionado que a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração. *A norma, portanto, não é absoluta e deve ser conjugada com o princípio reitor dos critérios de fixação de competência - a facilitação da apuração do delito*.

Tal raciocínio se aplica com precisão aos casos como o ora analisado, onde se investiga a ocorrência de crime plurilocal (repita-se, aquele que, dentro de um mesmo país, tem a conduta realizada num local e a produção do resultado noutra).

Sobre esse assunto, em seu “Código de Processo Penal Interpretado”, Editora Atlas, 2003, 11ª edição, p. 295, Júlio Fabbrini Mirabete escreveu que *“apesar do disposto no art. 70, ‘caput’, de que é competente o juiz do local da consumação do delito, uma confusão de conceitos ligados à regra de fixação da competência, na doutrina e na jurisprudência, tem alastrado interpretação diversa, movida por medida de política criminal. Em tema de homicídio, doloso ou culposo, o STJ e Tribunais Estaduais têm decidido pela competência do juízo do lugar onde o agente praticou os últimos atos de execução e não o da morte da vítima. Argumenta-se que é no local da execução ou do sinistro que o crime gerou intranquilidade social e onde melhor se fará a colheita das provas, e não no lugar onde a vítima morreu após emergencial transporte para outra cidade em decorrência da urgência, facilidades ou da necessidade de maiores recursos médicos-hospitalares.”*

Na lição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, na obra “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, volume 2, fls. 903:

Questiona-se, dentre inúmeras outras hipóteses, o foro competente nos chamados crimes plurilocais, cuja ação é praticada em um lugar e o evento ocorre em outro. Nesse passo, distingue FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO: “se o evento descrito na norma for indispensável à existência do crime, necessário à correta perfectibilidade do tipo, então, a consumação se verifica onde ocorre o evento”, porque nesses casos somente no lugar onde suceder o evento é que o tipo se tornará perfeito, isto é, verificar-se-á o “fato típico”. O exemplo mais corrente é o crime de homicídio, em que a ação é praticada em um lugar e o evento morte em outro. De outro lado, “se a produção do

resultado descrito no tipo não for indispensável à configuração do crime - e é o que ocorre com os delitos formais -, o delito ficará consumado com a simples conduta, mesmo que eventual resultado ocorra em outro lugar” (Processo Penal, Ed. São Paulo:Saraiva, 2003, vol. 2, p. 99-101).

Guilherme de Souza Nucci, ao tratar da questão da competência nos crimes plurilocais, na obra “Manual de Processo Penal e Execução Penal”, editora Revista dos Tribunais, 5a Edição, ensina:

*Crimes plurilocais são aqueles cuja ação ou omissão se dá num determinado lugar e o resultado termina ocorrendo em outro. Firma-se a competência, como já mencionado, pelo foro do local da consumação (resultado). (...) Deve-se respeitar **uma ressalva corretamente** feita pela jurisprudência. O homicídio, embora seja crime material, cuja conduta de lesionar a integridade física pode ocorrer em determinada cidade e o resultado morte, em outra, deve ser apurado e o agente processado no lugar da ação ou omissão. Se a regra do artigo 70 do CPP fosse fielmente seguida, o correto seria a ocorrência do trâmite processual no local onde se deu a morte da vítima; entretanto, seguindo-se o princípio da busca da verdade real, torna-se mais segura a colheita da prova no lugar da conduta.*

[...]

Deve-se ponderar, também, que as investigações acerca do desaparecimento da vítima tiveram início na comarca de Guarulhos, cidade onde tanto a vítima como o acusado residiam (fls. 07 e 10 do apenso). *Não havia notícia de que a vítima morrera, muito menos que isso teria acontecido na cidade de Nazaré Paulista. Assim, todas as providências para viabilizar as investigações, tais como autorização judicial para interceptação telefônica, busca domiciliar e apreensão de objetos, quebra de sigilo bancário e de dados cadastrais de telefonia foram tomadas, naturalmente, pelo juízo da comarca de Guarulhos.*

Também na Comarca de Guarulhos reside a maior parte das testemunhas arroladas tanto pela acusação como pela defesa. O deslocamento do processo-crime para a comarca de Nazaré Paulista acarretaria a expedição de diversas cartas precatórias, em sua maioria para a comarca de Guarulhos. A colheita da prova seria feita por um juiz e o julgamento, por outro, o que é permitido, mas fragiliza a valoração do conjunto probatório. Daí a recente reforma processual penal ter enfatizado a observação do princípio da identidade física do juiz.

Quanto ao argumento de que o crime teria deixado vestígios nos arredores da represa onde ocorreu o afogamento, anota-se que a colheita dessas evidência é - e foi - feita por peritos, que obviamente para lá retornarão, caso necessário, não havendo necessidade de manutenção dos autos naquela comarca com esse fim.

Essa breve análise indica fortemente que a comarca de Guarulhos é o local onde há maior facilidade para se apurar os elementos probatórios necessários à busca da verdade real.

Outra questão a ser analisada é que, caso o processo seja anulado a partir do recebimento da denúncia, o juiz da comarca de Nazaré Paulista poderá recebê-la na íntegra, inclusive quanto ao crime de ocultação de cadáver, que foi rejeitado pelo magistrado de Guarulhos. Isso acarretaria o prejuízo de toda a instrução, pois caracterizaria aumento na acusação, dando azo à reabertura da instrução e reinquirição de todas as testemunhas (como já registrado, em sua maioria através de cartas precatórias).

Ademais, a comarca de Nazaré Paulista não possui Vara especializada, existindo apenas a Vara Única, que não possui ao menos estrutura física para realização de sessões plenárias, resultando, nesse sentido, tumultuária a mudança pretendida pela defesa.

Deve, pois, no meu entender, ser feita interpretação teleológica da regra contida no artigo 70 do Código de Processo Penal, priorizando-se a *mens legis*, esta no sentido de que o juízo competente para processamento e julgamento do feito é aquele que melhor facilitará a produção de provas, o bom funcionamento da máquina judiciária e a celeridade processual, propiciando, assim, a maior exatidão possível na apuração dos fatos.

Por fim, insta consignar que, houvesse alguma nulidade a ser reconhecida, em se tratando de competência territorial, esta seria de caráter relativo. E, para reconhecimento dessa ocorrência, além da arguição oportuna (o que ocorreu), seria necessária a demonstração da ocorrência de prejuízo por parte da defesa.

Em sede de nulidades, nosso ordenamento, em especial, na previsão contida no artigo 563 do Código de Processo Penal, adota como norte o princípio "*pas de nullité sans grief*", oriundo do direito francês.

[...]

Portanto, para reconhecimento de nulidade, seria necessário demonstrar que houve efetivo prejuízo para a defesa.

In casu, o d. defensor não só não demonstrou eventual prejuízo sofrido como sequer alegou sua ocorrência - até porque, regra geral, em casos de competência do Tribunal do Júri, quanto maior a comarca onde ocorre o julgamento, maior a imparcialidade deste. Daí se concluir que o julgamento na comarca de Guarulhos não resultará em prejuízo ao acusado.

[...]

Assim, em homenagem ao princípio da busca da verdade real, entendo que o processo-crime em pauta deve seguir seu curso na comarca de Guarulhos.

Daí o presente *writ*, por meio do qual se alega a incompetência do Juízo da Vara do Júri de Guarulhos-SP ao argumento de que o competente para o processamento e julgamento do feito seria o Juízo da Vara do Júri de Nazaré Paulista-SP, aduzindo-se, em suma, que a morte da vítima teria efetivamente ocorrido nesta comarca.

Segundo o disposto no inciso I do art. 69 do Código de Processo Penal, tem-se como regra para a determinação da competência jurisdicional o lugar da infração penal, sendo o que se denomina de competência *ratione loci*, visto ser o local que presumivelmente é tido como o que permite uma natural fluidez na produção probatória em juízo, razão pela qual deve o agente ser aí punido.

Complementa o *caput* do art. 70 do Código de Processo Penal que a competência para o processamento e julgamento da causa, em regra, é firmada pelo foro do local em que ocorreu a consumação do delito (*locus delicti commissi*), com a reunião de todos os elementos típicos, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. Adotou-se a teoria do resultado.

Assim, em princípio, em sede de competência territorial interna, no caso de crime consumado, compete ao Juízo do local do resultado processar e julgar a causa, ainda que a execução tenha se dado em outra comarca. É o que diz expressamente o mencionado dispositivo legal. No caso concreto, portanto, aplicando-se simplesmente o art. 70 do Código de Processo Penal, teríamos como juiz competente o da comarca de Nazaré Paulista, onde veio a falecer a vítima.

Porém o princípio que rege a fixação de competência é de interesse público, objetivando alcançar não só a sentença formalmente legal, mas, principalmente, justa, de maneira que a norma prevista no *caput* do art. 70 do Código de Processo Penal não pode ser interpretada de forma absoluta.

Como já nos ensinava o saudoso Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

[...]

A regra geral da competência é definida pelo lugar da infração. Interpretação literal do art. 70 do CPP (A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, o caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último lugar da execução) pode dar a impressão de a norma ser absoluta. Deve ser conjugada com o princípio reitor dos critérios de fixação de competência, ou seja, **facilitar** a apuração do delito. Exsurge, pois, evidente interesse processual. Essa visão teleológica recomenda afastar a exceção para integral ajuste do princípio. No local da ação delituosa permanecem, quase sempre, as provas do crime. Eventualmente serão obtidos em outra comarca onde a vítima se internou.

(Voto por ocasião do julgamento do CC n. 2.104, RT 678, p. 379 - grifo nosso).

A interpretação literal da lei, não raro, é insuficiente, devendo a letra da lei ser apenas o ponto de partida, mas jamais o ponto de chegada da interpretação, impondo-se, pois, uma atividade interpretativa lógico-sistemática da legislação.

Nesse contexto e partindo de uma interpretação teleológica da norma processual penal, em caso de crimes dolosos contra a vida, a doutrina, secundada pela jurisprudência, tem admitido exceções nas hipóteses em que o resultado morte ocorrer em lugar diverso daquele onde se iniciaram os atos executórios, ao determinar que a competência poderá ser do local onde os atos foram inicialmente praticados.

A propósito, Eugênio Pacelli de Oliveira bem observa que:

[...]

Felizmente, a jurisprudência vem abrandando, excepcionalmente, o rigor da teoria do resultado, para admitir a competência do juízo onde se praticou a ação delituosa, ainda que outro tenha sido o local da consumação, diante da necessidade de se preservar o máximo possível o conjunto probatório disponível.

(*Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 224).

No mesmo sentido, Fernando Capez:

[...]

No homicídio, quando a morte é produzida em local diverso daquele em que foi realizada a conduta, a jurisprudência entende que o foro competente é o da ação ou da omissão, e não o do resultado (STJ, 5ª T., RHC n. 793, DJU, 5 nov. 1990, p. 12.435). Esta posição é majoritária na jurisprudência, e tem por fundamento a maior facilidade que as partes têm de produzir provas no local em que ocorreu a conduta. Contudo, ela é contrária à letra expressa da lei, que dispõe ser competente o foro do local do resultado (cf. art. 70 do CPP - teoria do resultado).

(*Curso de Processo Penal*, 18ª ed., Saraiva, p. 275).

Ora, deve-se ter em mente que o motivo que levou o legislador a estabelecer como competente o local da consumação do delito foi, certamente, *o de facilitar a apuração dos fatos e a produção de provas, bem como o de garantir que o processo possa atingir à sua finalidade primordial, qual seja, a busca da verdade real.*

Dessa forma, o art. 70 do Código de Processo Penal deve ser sempre interpretado de modo que a vontade do legislador seja alcançada, ou seja, reconhecendo-se como competente o juízo onde o delito se consumou quando *efetivamente* este for o mais adequado para se apurar os fatos. Se não for essa a situação, admite-se como competente o foro onde os fatos se iniciaram e que propicie maior facilidade para apuração dos fatos e produção de provas.

Tal entendimento é permitido pelo próprio texto da lei, que, ao enunciar que “a competência será, *de regra*, determinada pelo lugar em que se consumar a infração”, permite-nos concluir que outra solução pode existir. Se outra solução não fosse viável, não haveria motivo para se usar tal expressão.

O fato de a regra de determinação da competência em matéria processual penal dizer respeito ao lugar da infração (leia-se, local da consumação do delito) tem como razão de ser, justamente, o fato de que seria este o local onde presumivelmente haveria maior facilidade para coligir os elementos probatórios necessários à constatação da materialidade e à certeza da autoria delitiva. Ou seja, a intenção do legislador sempre foi a de fazer a escolha quanto à competência considerando a maior facilidade para se apurar a verdade real.

A propósito, veja-se:

Aqui, a maior preocupação da legislação ordinária é, pois, com a reconstrução da verdade processual, atentando-se sobremaneira à qualidade da instrução probatória e às regras atinentes e pertinentes à formação do convencimento judicial.

Por isso, compreensivelmente, a primeira regra processual de determinação da competência é justamente o *lugar da infração* (competência *ratione loci*).

(OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 220).

No mesmo sentido, leciona Marcellus Polastrini Lima:

O art. 69, inciso I, do CPP trata da chamada competência *ratione loci*, ou seja, como dispõe o dispositivo, competência *pelo lugar da infração*, sendo o que se denomina *forum delicti commissi*.

Desta forma, como é intuitivo, tem-se como regra para fixação da competência o local onde foi cometido o crime, já que neste foro, em regra, será mais fácil obter as provas do crimes [...]

(*Manual de Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 284).

Assim, *in casu*, embora os atos executórios do crime de homicídio tenham se iniciado na comarca de Guarulhos-SP, local em que houve, em tese, os disparos de arma de fogo contra a vítima, e não obstante tenha se apurado que a causa efetiva da sua morte foi asfixia por afogamento, a qual ocorreu em represa localizada na comarca de Nazaré Paulista-SP, tem-se que, sem dúvidas, *o lugar que mais atende às finalidades almejadas pelo legislador, ao fixar a competência de foro, é o do local em que foram iniciados os atos executórios, o Juízo de Guarulhos-SP, portanto.*

A propósito, consoante julgado da Terceira Seção deste Tribunal, “no que diz respeito ao crime de homicídio, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que a competência, em regra, é determinada pelo lugar em que se consumou a infração, ou seja, pelo lugar onde ocorreu a morte da vítima, *sendo esta passível de modificação na hipótese em que outro seja o local que melhor sirva para a formação da verdade real*” (CC n. 24.557-PE, Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ 10.2.2003 - grifo nosso).

Dessa forma, seguindo-se o princípio da busca da verdade real, tem-se que, *in casu*, torna-se mais segura a colheita de provas no Juízo de Guarulhos-SP.

Ilustrativo e pertinente é o ensinamento de Tourinho Filho:

[...]

A regra, pois, é esta: é no lugar onde a infração se consumou que o agente deve ser processado e julgado. A prática de uma infração provoca um alarma social e é aí que deve ocorrer a respectiva repressão. *Ibi facit unus perpetravit, ibi poena reddita*. Onde foi violada a lei é que deve ser punido o delinquente, tanto mais quanto é o lugar onde o exemplo da repressão é exigido, e se torna mais fácil coligir as provas necessárias.

[...]

Aqueles que entendem que nos delitos plurilocais o processo deve tramitar no lugar da ação, embora estejam afrontando, claramente, o art. 70 do CPP, sob certo aspecto não contrariam a *mens legislatoris*. Na verdade, quando se firmou a regra do *locus commissi delicti*, para a instauração do processo, o legislador objetivou, com tal medida, maior correspondência às exigências da Justiça, como a facilidade da colheita do material probatório, a comodidade da defesa e a exemplaridade da persecução penal. Haveria, então, como realmente há, maior funcionalidade do juízo penal. Desse modo, se o atropelamento (na hipótese de homicídio culposo) ocorreu num lugar e a morte noutra, atentando-se para os motivos que levaram o legislador a optar pelo foro da consumação do crime, mais lógico seria, nesses casos, admitir-se o lugar onde se deu a ação. É mais lógico, embora não seja legal.

(*Código de Processo Penal comentado*. Saraiva, 13ª ed., p. 287-290).

E a facilidade para a colheita do material probatório, ou melhor, a verdade real, bem como a comodidade da defesa e a exemplaridade da persecução penal na comarca de Guarulhos ficaram sobejamente demonstradas tanto na decisão que rejeitou a exceção de incompetência como no acórdão atacado:

[...]

Entretanto, em certos casos, como na espécie, *pode a aplicação do dispositivo legal em comento dificultar a apuração da verdade real, pois o material probatório será colhido com maior facilidade em comarca diversa do resultado da morte*.

De proêmio, cumpre ressaltar que *a intranquilidade social ocorreu perante a comunidade de Guarulhos e não de Nazaré Paulista.*

Outro ponto a ser registrado é no sentido de que *todas as testemunhas arroladas na vestibular acusatória serão inquiridas neste Juízo.*

Do mesmo modo, *das dezesseis testemunhas arroladas pelas Defesas, ao que tudo indica, treze serão ouvidas por aqui.*

Urge salientar, *por fim, que os réus também possuem residências fixas nesta urbe, ou seja, serão interrogados nesta comarca.*

[...]

"In casu", não há dúvida de que é muito mais prático e cômodo para todos os envolvidos ter-se como competente a Vara do Júri de Guarulhos, uma vez que as provas orais, em sua grande maioria, serão aqui acolhidas e, em caso de eventual condenação, a exemplaridade - que é uma das finalidades da pena - se mostrará efetivamente no local em que viviam a vítima e os réus.

[...]

Pela lógica, seria desaconselhável um juiz da comarca de Guarulhos colher quase a totalidade das provas, e outro da comarca de Nazaré Paulista decidir se os réus devem ou não se submeter ao julgamento popular, ainda mais se levarmos em consideração o princípio da identidade física do juiz, insculpido no art. 399, parágrafo segundo do CPP.

Outro *aspecto negativo* seria a colheita de provas na fase do "*judicium causae*", caso os réus sejam pronunciados, pois *as testemunhas fora da terra não terão a obrigação de comparecer na comarca de Nazaré Paulista.*

[...]

Ante o exposto, a meu sentir, não há razão plausível para o deslocamento da competência, sob pena de prejudicar a apuração da verdade real, de tal modo que rejeito a presente exceção.

(Decisão que rejeitou a exceção de incompetência, fls. 1.110-1.114 - grifo nosso).

[...]

Deve-se ponderar, também, que as investigações acerca do desaparecimento da vítima tiveram início na comarca de Guarulhos, *cidade onde tanto a vítima como o acusado residiam* (fls. 07 e 10 do apenso). Não havia notícia de que a vítima morrera, muito menos que isso teria acontecido na cidade de Nazaré Paulista. Assim, *todas as providências para viabilizar as investigações*, tais como autorização judicial para interceptação telefônica, busca domiciliar e apreensão de objetos, quebra de sigilo bancário e de dados cadastrais de telefonia *foram tomadas, naturalmente, pelo juízo da comarca de Guarulhos.*

Também *na Comarca de Guarulhos reside a maior parte das testemunhas arroladas tanto pela acusação como pela defesa. O deslocamento do processo-*

crime para a comarca de Nazaré Paulista acarretaria a expedição de diversas cartas precatórias, em sua maioria para a comarca de Guarulhos. A colheita da prova seria feita por um juiz e o julgamento, por outro, o que é permitido, mas fragiliza a valoração do conjunto probatório. Daí a recente reforma processual penal ter enfatizado a observação do princípio da identidade física do juiz.

Quanto ao argumento de que o crime teria deixado vestígios nos arredores da represa onde ocorreu o afogamento, anota-se que a colheita dessas evidência é - e foi - feita por peritos, que obviamente lá retornarão, caso necessário, não havendo necessidade de manutenção dos autos naquela comarca com esse fim.

Essa breve análise indica fortemente que a comarca de Guarulhos é o local onde há maior facilidade para se apurar os elementos probatórios necessários á busca da verdade real.

(Acórdão, fls. 22-23 - grifo nosso).

Como visto e ressaltado nas decisões acima transcritas, Guarulhos é o local onde, em tese, teria se iniciado o crime em apuração; onde teriam ocorrido os disparos de arma de fogo contra a vítima Mércia; onde reside a maior parte das testemunhas arroladas tanto pela defesa quanto pela acusação; onde residem os réus e residia a vítima; onde a exemplaridade da pena se mostrará mais eficaz e onde a instrução se iniciou, colhendo-se provas não só testemunhais como técnicas.

Aliás, o que se observa é que, conforme salientou o Tribunal de origem no voto vencedor, nenhum Juízo é mais indicado para conhecer do fato delituoso do que o de Guarulhos, já que, em princípio, neste foro será mais fácil colher as provas do suposto crime, a fim de que o julgamento projete a melhor e mais justa decisão. E diante de nenhum outro se logrará tanta economia processual, diga-se.

Sobre essa questão, Guilherme de Souza Nucci observa que “é no local da ação que se encontram as melhores provas (testemunhas, perícia etc.), pouco interessando onde se dá a morte da vítima” (*Código de Processo Penal comentado*, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 210).

Nesse sentido, também o seguinte julgado deste Superior Tribunal:

[...]

Se o interesse do processo é a busca da verdade real, tem-se que a ação penal deve desenvolver-se no local que facilite a melhor instrução.

(CC n. 17.112-PR, Ministro Anselmo Santiago, Terceira Seção, DJ 17.8.1998).

Podemos concluir, portanto, que, processualmente falando, tem-se que a comarca de Nazaré Paulista-SP em nada contribui, ou contribui muito pouco, para o melhor julgamento da causa em questão.

Por essas razões, tem-se como irrepreensível o entendimento da Corte estadual de que “deve [...] ser feita interpretação teleológica da regra contida no artigo 70 do Código de Processo Penal, priorizando-se a *mens legis*, esta no sentido de que o juízo competente para processamento e julgamento do feito é aquele que melhor facilitará a produção de provas, o bom funcionamento da máquina judiciária e a celeridade processual, propiciando, assim, a maior exatidão possível na apuração dos fatos” (fl. 148).

Nesse contexto, apesar de consumado o crime de homicídio na comarca de Nazaré Paulista-SP, tem-se que esse local não é o que melhor se ajusta à teleologia da legislação processual penal, pelo que lógico eleger-se o local, dentre os quais se desenvolveu a conduta criminosa, que melhor atenda à finalidade que preocupa a pluralidade de critérios fixadores da competência; no caso, *o Juízo de Guarulhos-SP*.

Ademais, não se pode olvidar de que *foi na comunidade de Guarulhos-SP que o ato delituoso repercutiu, primeira e primordialmente, de modo mais intenso*, motivo pelo qual devem os fatos ser aí apurados, especialmente em se considerando que, em caso de eventual condenação, sua exemplaridade – que é uma das finalidades da pena – mostrar-se-á de modo mais eficaz no meio social em que viviam o acusado e a vítima.

Sobre essa questão, pondera a doutrina que:

[...]

É, pois, o meio social, que foi ferido, na sua normalidade, o que necessita de ser tranquilizado com o conhecimento dos responsáveis pelo crime e a aplicação, a eles, da pena apta a readaptá-los a esse meio.

Aí, portanto, devem ser julgados.

(ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2010, v. 2, p. 106).

No mesmo norte, afirma Guilherme de Souza Nucci que “o lugar do crime deve ser onde a sociedade sofreu o abalo, razão pela qual o agente deve ser aí punido” (*Código de Processo Penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 207).

Ainda, Fernando da Costa Tourinho Filho leciona que “a perpetração da infração penal provoca um alarma social e, por isso mesmo, aí é que deve ocorrer a respectiva repressão” (*Processo Penal*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 96).

Vale dizer, ainda, que eventual nulidade quanto à competência, no caso, como já se posicionou anteriormente este Tribunal, é relativa, cujo reconhecimento exige não só a sua arguição no momento oportuno como também a demonstração de prejuízo efetivo:

[...]

1. *A primeira regra de fixação da competência prevista no Código de Processo Penal é a do lugar da infração, em razão das maiores facilidades na coleta do material probatório disponível, bem assim de sua produção em juízo. Não obstante, nos casos em que há fundadas dúvidas sobre o local da consumação do crime, impõe-se a aplicação da regra subsidiária prevista no art. 83 do Código de Processo Penal: a competência será firmada por prevenção. [...]*

4. *Ademais, o próprio ordenamento jurídico trata a inobservância da competência territorial como causa de nulidade relativa. A razão dessa concepção está em conferir ao Juízo processante - o qual se encontra mais próximo dos acontecimentos - certa facilidade de reconhecer, entre um local e outro, ambos possíveis de se ter consumado a infração, o mais conveniente e que mais atenda ao interesse público de julgar, preservando-se a busca da verdade real, a celeridade e a economia processual. [...]*”

(HC n. 184.063, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), DJe 18.4.2011 - grifo nosso).

[...]

O Processo Penal, em tema de nulidades, é regido pelo preceito fundamental *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP e pela jurisprudência na Súmula n. 523-STF; *assim, não deve ser declarada nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega. Na hipótese, os impetrantes não comprovaram a existência de prejuízo em razão da suposta incompetência relativa (ratione loci).*

(HC n. 154.961, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21.2.2011 - grifo nosso).

Nesse particular, alegam os impetrantes que “o prejuízo ao paciente é e será imenso se o processo for julgado em Guarulhos, já que, na referida comarca, já um clima de comoção popular, onde a audiência de instrução e julgamento os advogados não podiam entrar, e depois de heroicamente conseguir a muito

custo entrar, sair do Fórum era arriscar a própria vida, com a omissão explícita do Juízo de Guarulhos, que nada fez para garantir a integridade física dos réus e de seus defensores, e seus carros eram chutados, e cuspidos, e ameaças e ofensas de todo o tipo, tentando intimidar a Defesa, e com certeza em *Nazaré* a possibilidade de um julgamento mais justo será maior” (fl. 4).

Além de a defesa não ter comprovado tais alegações e de a alegação de futuro prejuízo em razão de um julgamento parcial tratar-se de mera suposição, é cediço que, se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do acusado, o Tribunal de Justiça Estadual, a requerimento do órgão ministerial, de eventual assistente ou do próprio acusado, ou mesmo mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, consoante o disposto no art. 427 do Código de Processo Penal, sendo certo que o desaforamento se reveste do caráter de medida absolutamente excepcional. (Nesse sentido, confira-se: STJ, HC n. 83.966-RJ, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Quinta Turma, DJ 5.11.2007).

Sobre esse ponto, acrescente-se, destacou o Tribunal impetrado que “o d. defensor não só não demonstrou eventual prejuízo sofrido, como sequer alegou sua ocorrência – até porque, regra geral, em casos de competência do Tribunal do Júri, quanto maior a comarca onde ocorre o julgamento, maior a imparcialidade deste. Daí se concluir que o julgamento na comarca de Guarulhos não resultará em prejuízo ao acusado” (fl. 149).

Assim, mesmo se admitíssemos a alegada nulidade, por tratar-se de relativa, ela só poderia impor as consequências reclamadas por ocasião da impetração se demonstrado efetivo prejuízo para o réu, o que não ocorreu no caso em concreto.

De mais a mais, destaque-se que, quando se firmou a competência do Juízo da Vara do Júri de Guarulhos-SP, nem sequer se tinha notícia de que a vítima morrera, sendo, pois, incerto o local da consumação do delito naquele momento, já que o corpo da ofendida somente foi localizado cerca de dezoito dias após o suposto cometimento do delito, constatando-se, apenas posteriormente, que veio a falecer em decorrência de asfixia por afogamento na comarca de Nazaré Paulista-SP, consoante os termos da denúncia (fl. 74), de maneira que, por razões óbvias, todas as providências no sentido de viabilizar as investigações – como autorização judicial para interceptação telefônica, busca domiciliar e apreensão de objetos, quebra de sigilo bancário e de dados cadastrais de telefonia (fl. 147)

– já haviam sido tomadas, naturalmente, pelo Juízo da comarca de Guarulhos-SP, pelo que *o desenrolar da ação penal neste Juízo, sem dúvidas, melhor atenderá às finalidades do processo e melhor alcançará a verdade real.*

Ante o exposto, ausente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita, *denego a ordem.*

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Sr. Presidente, quanto ao voto em si, eu só tenho que cumprimentar seu Relator.

Esse voto, para mim, é um dos mais brilhantes, mais completos, mais exaustivos já proferidos nesse tema, aqui no âmbito dos Tribunais. Acho que S. Exa. esgotou a matéria de forma brilhante – doutrina, jurisprudência, matéria de fato – foi de uma riqueza, realmente, única, que merece a mais ampla divulgação, e os meus sinceros cumprimentos e a minha integral adoção do voto.

Acompanho S. Exa., denegando a ordem de *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS N. 210.981-SP (2011/0147066-7)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: Mariana Salomão Carrara - defensora pública
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Carlos Eduardo Marques de Carvalho (preso)
Paciente: Gilmar Lopes Miranda (preso)

EMENTA

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. Julgamento do recurso de apelação. (1) Intimação pessoal do defensor público da sessão de julgamentos. Ocorrência. Nulidade absoluta. Inexistência. (2) Acórdão que adota como razões de decidir motivação contida na

sentença de primeiro grau e em parecer do Ministério Público. (3) Falta de fundamentação do acórdão. Nulidade absoluta reconhecida. (4) Ordem em parte concedida.

1. A falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo da sessão de julgamento do recurso de apelação torna nulo o acórdão proferido, por cerceamento de defesa. Precedentes.

Na espécie, depreende-se dos autos que a Defensoria Pública foi intimada pessoalmente para a sessão de julgamento do apelo defensivo, inexistindo, assim, a alegada nulidade, nesse ponto.

2. Não se desconhece a existência de inúmeros julgados, tanto desta Corte Superior, quanto do Supremo Tribunal Federal, que afastam a alegação de nulidade pela suposta ofensa ao artigo 93, inciso X, da Constituição Federal, quando a autoridade judiciária, ao fundamentar sua decisão, reporta-se à sentença ou ao parecer ministerial.

Contudo, conquanto se admita que o magistrado reenvie a fundamentação de seu *decisum* a outra peça constante do processo, e ainda que se permita que a motivação dos julgados seja sucinta, deve-se garantir, tanto às partes do processo, quanto à sociedade em geral, a possibilidade de ter acesso e de compreender as razões pelas quais determinada decisão foi tomada.

3. Na hipótese, o julgado colegiado não atende ao comando constitucional, porquanto não apresenta de forma mínima os fundamentos que ensejaram a negativa de provimento do apelo interposto pela defesa do paciente, de modo que o reconhecimento de sua nulidade é medida que se impõe (Precedente).

4. Ordem em parte concedida para, reconhecendo a nulidade do acórdão por falta de motivação, determinar que seja realizado novo julgamento da apelação interposta pelos Pacientes, promovendo-se a devida fundamentação da decisão.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A

Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 3 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 21.11.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de *Carlos Eduardo Marques de Carvalho* e *Gilmar Lopes Miranda* apontando como autoridade coatora a 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 990.08.040508-0).

Consta dos autos que os Pacientes foram condenados às penas de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, sem direito a recorrerem em liberdade.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação consignando teses absolutórias e subsidiárias, como a ausência de maus antecedentes, a inidoneidade da fundamentação para imposição do regime mais severo e a majoração acima de 1/3 para a presença de causas de aumento de pena. O recurso restou desprovido, nestes termos (26-32):

(...)

Os fundamentos da r. sentença, não abalados pelas razões recursais, ficam aqui expressamente ratificados, adotados e incorporados. Também, aprova-se o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, cujos bem deduzidos motivos passam a integrar o presente acórdão.

Pelo exposto, nega-se provimento às apelações.

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta o Impetrante que o acórdão impugnado é nulo porque a Defensora Pública não foi intimada pessoalmente

da sessão de julgamento do recurso, contrariando o disposto nos artigos 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, e 370, § 4º, do Código de Processo Penal, acarretando nítido cerceamento de defesa.

Alega, ainda, nulidade do acórdão por falta de fundamentação e ofensa às garantias fundamentais do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais, violando, assim, os preceitos contidos nos artigos 5º, §§ 2º e 3º e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão vergastado e a soltura dos Pacientes, e no mérito, a anulação do acórdão impugnado.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 47-48, oportunidade em que foram solicitadas informações à autoridade indigitada como coatora, as quais foram trazidas às fls. 61-165. Eis que foi informado, no que interessa:

Intimada a Defensoria Pública de segunda instância, na pessoa de Pedro Giberti, da pauta da sessão de julgamento da apelação, aos 15 de março de 2011, a Terceira Câmara de Direito Criminal, por unanimidade, negou provimento aos recursos.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, pela concessão da ordem (fls. 168-170).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Busca-se na presente impetração a nulidade do julgamento da apelação proferida pelo Colegiado Estadual ante a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública da data da sessão de julgamento e pela falta de fundamentação do acórdão combatido.

É de se ver que o parágrafo 4º do artigo 370 do Código de Processo Penal prevê literalmente que “a intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal”. Ademais, o artigo 5º, parágrafo 5º, da Lei n. 1.060/1950, recepcionada pela Constituição Federal, dispõe que o “Defensor Público, ou quem exerça o cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias”.

Havendo, pois, previsão legal da intimação pessoal do defensor público ou dativo, a não observância dos referidos dispositivos fere o princípio da ampla defesa. A não efetivação de tal intimação da sessão de julgamento frustra a possibilidade da Defensoria Pública em oferecer sustentação oral, caracterizando, portanto, o cerceamento de defesa.

Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento jurisprudencial firmado de que a intimação do defensor público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, que, se alegada em tempo oportuno, enseja a realização de novo julgamento. A esse respeito, confirmam-se os seguintes julgados:

Habeas corpus. Defensor dativo. Falta de intimação pessoal para o julgamento da apelação. Nulidade. Ocorrência. Ordem concedida. 1. É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte de que, a teor do disposto no art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, e no art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal, o defensor público e o nomeado devem ser intimados pessoalmente de todos os atos do processo, sob pena de nulidade. 2. *Habeas corpus* concedido. (HC n. 111.937-SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 10.3.2009, DJe 26.10.2009).

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos). Apelação. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo da data designada para o julgamento. Cerceamento de defesa. Nulidade. Crime equiparado a hediondo. Progressão de regime prisional. Possibilidade. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 declarada pelo STF. I - A teor dos artigos 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950 e 370, § 4º, do CPP, a intimação do defensor público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa. A falta dessa intimação enseja a realização de novo julgamento (Precedentes). (...). *Writ* concedido. (STJ, Quinta Turma, HC n. 83.656-SP; Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 12.11.2007, p. 260).

Contudo, nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, consta o mandado de intimação, com ciência da Defensoria Pública, certificando ter havido a intimação pessoal para sessão de julgamento do recurso de apelação. De fato, consta, o carimbo de ciência da Defensoria Pública, Núcleo de 2ª Instância e Tribunal Superior, datado de 28 de fevereiro de 2011, com a assinatura do Defensor Público Pedro Giberti (fl. 139).

Assim, não há de se falar em nulidade do julgado proferido pelo Tribunal de origem, nesse ponto.

De outra banda, no que tange a alegação de nulidade por falta de fundamentação do acórdão vergastado, é de se ver que razão assiste à Defensoria Pública.

O dever de motivar as decisões implica necessariamente cognição efetuada diretamente pelo órgão julgador. Pode o Ministério Público, de forma cooperativa, fornecer subsídios para o Judiciário cumprir o seu dever constitucional de deliberar fundamentadamente. Todavia, não é de se admitir a construção lógica calcada em argumentos fornecidos por órgão que, inclusive, corporifica um dos polos da relação jurídico-processual.

Embora concorde que o juiz possa se reportar à manifestação do *Parquet*, acredito que esta não pode ser a única razão para decidir, sendo de rigor acrescentar fundamentação que seja própria do órgão julgante.

Ademais, no que concerne à atuação do Tribunal de segundo grau que simplesmente procede a mera repetição da decisão de primeiro grau impugnada, penso que também há aí desrespeito ao regramento do art. 93, IX, da Constituição Federal. Paralelamente, acredito que também haveria prejuízo para a garantia do duplo grau de jurisdição, na exata medida em que simplesmente repetir-se o original provimento não conduz a substancial revisão judicial da primitiva decisão, mas cômoda reiteração.

De forma similar ao já afirmado em relação ao parecer ministerial, acredito ser possível adotar-se como razão de decidir os termos da sentença, mas há de se trazer ao contexto os argumentos contrapostos nas razões e contrarrazões recursais, de tal forma a viabilizar a salutar dialeticidade, expressão da garantia do contraditório.

A propósito, confira-se a seguinte lição de doutrina:

Como define Taruffo, existe motivação *ad relationem* quando sobre um ponto decidido o juiz não elabora uma justificação autônoma *ad hoc*, mas se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão.

(...)

De outro lado, também é duvidoso que mediante essa prática seja atendida aquela função essencial de garantia da efetiva e adequada cognição judicial a respeito do tema decidido. Ao adotar integralmente as razões apresentadas para justificar outra decisão proferida em fase distinta do procedimento, e até mesmo por órgão diverso, com freqüência o juiz acaba por omitir a inafastável valoração crítica sobre os argumentos a que adere, ou o que é mais grave, deixa de considerar elementos supervenientes que deveriam levar, senão a outra solução, pelo menos à indicação dos motivos pelos quais não devem alterar a conclusão antes adotada.

É o que ocorre, por exemplo, nas situações bastante corriqueiras em que no julgamento de um recurso são simplesmente *adotadas* as razões da decisão recorrida; isso revela que o órgão competente, para decidir sobre a impugnação,

na verdade não reapreciou efetivamente, como era devido, o conteúdo da decisão impugnada, diante dos argumentos oferecidos pelo recorrente. O *mínimo* que se exige, nessa hipótese, é a indicação do *porquê* foram confirmadas as razões da decisão reexaminada e não acolhidas as críticas formuladas na impugnação.

(...)

O terceiro requisito diz respeito à *legitimidade* do autor do texto a que se faz referência para justificar a decisão judicial. Como salienta Amodio, não é possível admitir a *relatio* a atos processuais provenientes de sujeitos diversos do juiz ou juízes que tenham tomado parte na deliberação, como ocorre em relação aos pareceres dos peritos, que fornecem máximas de experiência e conclusões que podem ser inseridas no discurso justificativo, mas somente na medida em que o juiz demonstra tê-las valorado criticamente, para depois aplicá-las na formação do seu convencimento.

Quanto a este aspecto, é preciso fazer uma referência destacada ao generalizado costume, sobretudo no juízo criminal, de se adotar como razão de decidir o conteúdo de pronunciamentos do órgão do Ministério Público. Essa prática, além de não atender à apontada exigência de *legitimidade*, transferindo o ônus de motivar a sujeito diverso, também pode comprometer um dos objetivos processuais da motivação, que é assegurar a *imparcialidade* da decisão, pois não é certo que as próprias *razões* do provimento sejam dadas por uma das partes. (GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 199-202).

Sublinhe-se o conhecimento da existência de precedentes desta Corte e do Pretório Excelso em sentido contrário:

(...) Adoção do parecer do Ministério Público como razões de decidir. Inocorrência de nulidade.

I - Não há nulidade no *decisum*, por falta de fundamentação, se este adota como razões de decidir o parecer do Ministério Público.

(Precedentes).

(STJ, HC n. 110.940-RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 4.12.2008, DJe 9.2.2009).

(...)

2. A adoção de fundamentos da sentença monocrática ou do parecer ministerial pelo órgão colegiado não constitui nulidade processual, desde que o acórdão examine a matéria de forma devidamente fundamentada.

(...)

(STJ, REsp n. 823.056-PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24.10.2006, DJ 20.11.2006 p. 358).

Habeas corpus. - Esta Corte tem entendido que esta fundamentada decisão que adota como razão de decidir a fundamentação, que transcreve, do Ministério Público que atua como *custos legis* (assim, no AI n. 140.524 e no HC n. 69.848). - A fixação da pena, porém, se fez sem a observância dos preceitos legais pertinentes. *Habeas corpus* deferido em parte, estendendo-se essa concessão parcial ao co-réu que se encontra, objetivamente, na mesma situação.

(STF, HC n. 70.607, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 9.11.1993, DJ 4.3.1994 PP-03289 Ement Vol-01735-01 PP-00093).

No caso dos autos, o voto condutor está assim redigido (fl. 32):

Ao relatório da r. sentença de fls. 269-272, acrescenta-se que *Carlos Eduardo Marques de Carvalho* e *Gilmar Lopes Miranda*, por infração ao artigo 157. § 2º, incisos I e II, do Código Penal, foram condenados às penas de seis anos, dois meses e sete dias de reclusão, em regime fechado, com pagamento de vinte e seis dias-multa.

Inconformados, apelam buscando absolvição por insuficiência probatória; subsidiariamente, almejam fixação das penas básicas no seu patamar mínimo, aumento de apenas um terço na terceira fase da dosimetria da pena e, por fim, Gilmar ainda almeja a fixação do regime intermediário para o desconto da pena privativa de liberdade.

Regularmente processados os recursos, pelo improvimento de ambos, foi o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 342-347).

É o relatório.

Os fundamentos da r. sentença, não abalados pelas razões recursais, ficam aqui expressamente ratificados, adotados e incorporados. Também, aprova-se o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, cujos bem deduzidos motivos passam a integrar o presente acórdão.

Na hipótese, ao contrário do que trazido nos acórdãos acima colacionados, a simples remissão empreendida pelo Desembargador Relator do acórdão da apelação não permite aferir quais foram as razões ou fundamentos da sentença condenatória e do parecer ministerial incorporados à sua decisão.

Isso porque sequer foram transcritos os trechos das mencionadas peças que pudessem indicar a motivação que estaria sendo acolhida, de modo a se desprover o recurso da defesa.

Assim, não restaram atendidos os requisitos impostos pelas Cortes Superiores para que se admita a chamada motivação *ad relationem*, vale dizer, aquela em que o juiz não elabora uma justificação autônoma, remetendo à motivação constante de outra decisão ou parecer.

Isso porque, conquanto se admita que o magistrado reenvie a fundamentação de seu *decisum* a outra peça constante do processo, e ainda que se permita que a motivação dos julgados seja sucinta, deve-se garantir, tanto às partes do processo, quanto à sociedade em geral, a possibilidade de ter acesso e de compreender as razões pelas quais determinada decisão foi tomada.

Sobre o tema, veja-se o que aduzido por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

Não pode o juiz deixar de fundamentar com a afirmação de que adota como razões de decidir as alegações de uma das partes (motivação *ad relationem*). Pode até acolhê-las, usando-as na justificação de sua decisão, mas deve expressamente transcrever os pontos aceitos e incorporados à sentença, ao lado de outros que constituem o enunciado de sua argumentação pessoal. (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 198-199).

Nessa esteira, cumpre trazer à baila o que consignado pela colenda Quinta Turma desta Corte Superior:

Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Arguição de nulidade por falta de fundamentação. Acórdão que adota como razões de decidir motivação contida na sentença de primeiro grau e em parecer do Ministério Público. Regime inicial de cumprimento de pena. Eiva relativa à ausência de fundamentação reconhecida. Pedido remanescente prejudicado. Concessão da ordem.

1. Não se desconhece a existência de inúmeros julgados, tanto desta Corte Superior, quanto do Supremo Tribunal Federal, que afastam a alegação de nulidade pela suposta ofensa ao artigo 93, inciso X, da Constituição Federal, quando a autoridade judiciária, ao fundamentar sua decisão, reporta-se à sentença ou ao parecer ministerial.

2. Contudo, conquanto se admita que o magistrado reenvie a fundamentação de seu *decisum* a outra peça constante do processo, e ainda que se permita que a motivação dos julgados seja sucinta, deve-se garantir, tanto às partes do processo, quanto à sociedade em geral, a possibilidade de ter acesso e de compreender as razões pelas quais determinada decisão foi tomada.

3. Na hipótese dos autos, o julgado colegiado não atende ao comando constitucional, porquanto não apresenta de forma mínima os fundamentos que ensejaram a negativa de provimento do apelo interposto pela defesa do paciente, de modo que o reconhecimento de sua nulidade é medida que se impõe.

4. Reconhecida a eiva do acórdão impugnado, resta prejudicado o pedido remanescente constante da impetração, referente à suposta fixação de regime mais gravoso como o inicial para o resgate da reprimenda corporal, já que o

juízo de julgamento do apelo defensivo deverá ser refeito, com a efetiva exposição dos fundamentos da decisão.

5. Ordem concedida para, reconhecendo a nulidade do acórdão por falta de motivação, determinar que seja realizado novo julgamento da apelação interposta pelo paciente, promovendo-se a devida fundamentação do *decisum*.

(HC n. 176.238-SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 24.5.2011, DJe 1º.6.2011).

Portanto, não há dúvidas acerca da admissibilidade do reenvio da motivação dos julgados a outras peças constantes do processo, exigindo-se, todavia, que a decisão judicial exponha de forma clara, ainda que brevemente, quais foram as razões que a motivaram.

Na espécie, o acórdão combatido não atende ao comando constitucional do art. 93, IX, da Constituição Federal, pois não apresenta de forma mínima os fundamentos que ensejaram a negativa de provimento do apelo interposto pela defesa do paciente, de modo que o reconhecimento de sua nulidade é medida que se impõe.

A nulidade do acórdão, contudo, por si só não tem o condão de determinar a expedição de alvará de soltura em favor dos Pacientes nesse momento.

Ante o exposto, *concede-se* em parte a ordem para, reconhecendo a nulidade do acórdão por falta de motivação, determinar que seja realizado novo julgamento da apelação interposta pelos Pacientes, promovendo-se a devida fundamentação da decisão.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sra. Presidente, entendemos aqui as dificuldades, notadamente do Tribunal de São Paulo, que é o maior do país. Somos solidários à dificuldade de se colocar o acervo em dia. Mas essa dificuldade não pode ser superada em desprestígio ao princípio constitucional da fundamentação das decisões. Realmente, a decisão não tem a mínima fundamentação.

Acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, concedendo parcialmente a ordem de *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS N. 212.991-RS (2011/0161514-9)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)

Impetrante: Adriana Hervé Chaves Barcellos - defensora pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Claudoir José da Silva

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Execução penal. Fuga de sentenciado. Regime aberto de cumprimento de pena. Suspensão pelo magistrado do cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor do foragido. Impossibilidade. Situação de precariedade do Sistema Penitenciário Estadual. Fundamento inidôneo. Ausência de previsão legal para a medida. Indisponibilidade do direito de punir do Estado.

1. A precariedade do Sistema Penitenciário Estadual não é justificativa para o descumprimento da lei. Não está, assim, o juízo da execução, autorizado a abdicar do poder de punir do Estado, por ato discricionário, como se lhe fosse conferido o direito de escolher, por juízo de conveniência e oportunidade, quando dar ou não cumprimento às sentenças penais transitadas em julgado.

2. Revela-se descabida a determinação de suspensão do cumprimento de mandado de prisão expedido em face de sentenciado foragido sob o fundamento de que já sobrecarregado o sistema prisional, não só por inexistir previsão legal para tanto, como por não ser a execução penal ato discricionário submetido a juízo de conveniência do magistrado e, mais, se revelar, na hipótese vertente, medida açodada e desarrazoada do Juízo da Execução.

3. Na hipótese dos autos, tendo o paciente empreendido fuga quando submetido ao regime aberto, somente após o cumprimento do respectivo mandado de prisão, legalmente expedido, é que terá o Juízo da Execução condições plenas de: 1º) adequar o regime de cumprimento do restante da reprimenda imposta ao ora paciente;

2º) verificar a existência de vaga em estabelecimento prisional adequado ao regime de cumprimento respectivo; e 3º) conceder ao paciente, se for realmente caso de impossibilidade de alocação do mesmo em estabelecimento prisional apropriado, o direito de se submeter à denominada prisão domiciliar, consoante entendimento jurisprudencial consolidado deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Ordem denegada. Revogação da liminar inicialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, e o voto do Sr. Ministro Og Fernandes no mesmo sentido, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS),
Relator

DJe 17.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por *Adriana Hervé Chaves Barcellos* (Defensora Pública), em favor de *Claudioir José da Silva*, apontando como autoridade coatora o Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por unanimidade dos votos dos integrantes de sua Oitava Câmara Criminal, deram provimento ao agravo em execução interposto pelo

Ministério Público Estadual, determinando, assim, o cumprimento de mandado de prisão já expedido contra ora paciente (por se encontrar o mesmo foragido) e que fora indevidamente suspenso por decisão da d. Juíza da Vara das Execuções Criminais de Porto Alegre.

Extrai-se dos autos que o ora paciente, regularmente processado, restou condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (fls. 21-27).

Iniciou o paciente o cumprimento da reprimenda que lhe fora imposta em 20.7.2007, tendo empreendido sua primeira fuga em 1º.3.2008. No dia seguinte, porém, apresentou-se o apenado espontaneamente, tornando a fugir, em seguida, no dia 3.3.2008.

Estando foragido - situação que se mantém até a presente data, segundo informações prestadas pelo juízo da execução -, teve o apenado expedido em seu desfavor mandado de prisão.

Ocorre que, em dezembro de 2010, a d. Juíza da Vara das Execuções Criminais de Porto Alegre, fundando-se na situação de precariedade e superlotação das Casas de Albergado do Estado do Rio Grande do Sul, sabidamente destinadas ao recolhimento dos condenados em regime aberto de cumprimento de pena, determinou a suspensão do cumprimento de mandado de prisão expedido contra o apenado, ora paciente, “até que o Estado, por meio da Susepe, cumpra minimamente a Lei de Execução Penal, resolva definitivamente a questão da superlotação, mediante construção de novas Casas de Albergado, nos moldes da LEP e exclusivamente para presos do regime aberto, e providencie estruturação adequada dos Albergues já existentes” (fls. 29-36, e-STJ).

Inconformado com a referida decisão, interpôs o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, agravo em execução, que como dito inicialmente, foi provido, à unanimidade, pela 8ª Câmara Criminal do Eg. TJ-RS, em aresto que restou assim ementado:

Agravo em execução. Apenado foragido do regime aberto. Determinação do cumprimento do mandado de prisão contra ele expedido em razão da precariedade do sistema prisional. Ilegalidade.

- Este colegiado assentou entendimento no sentido de que a precariedade do sistema prisional do Estado não é justificativa bastante para o descumprimento da lei, em especial quando essa inobservância da norma se dá pela adoção de medidas que, inclusive, vão de encontro à defesa social. É evidente que ao Juiz da Vara de Execuções Criminais não cabe escolher quais penas executará, como se

pudesse dispor da pretensão executória do Estado, como se o cumprimento de sentenças criminais com trânsito em julgado fosse ato submetido a critérios de conveniência e oportunidade.

Agravo ministerial provido.

Daí a impetração do remédio heróico que ora se apresenta, por meio do qual aduz a impetrante, em síntese, que acertada a r. decisão da d. Juíza da Execução, porquanto seria incontestado o atual estado de superlotação de todos os estabelecimentos prisionais da Comarca de Porto Alegre-RS. Afirma, assim, que impossível a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente (atualmente foragido) se não há possibilidade material de recolher o mesmo ao cárcere adequado ao cumprimento da reprimenda que lhe fora imposta.

Formula, ao final, a impetrante, pedido liminar, “a fim de que seja determinada a suspensão da decisão do Tribunal *a quo* até o julgamento de mérito do presente *writ*” (fl. 10, e-STJ).

Distribuído o feito a minha relatoria, em julho de 2011, foram os autos conclusos ao e. Ministro Presidente desta Corte, para apreciação do pleito liminarmente formulado.

Sua Excelência, o Min. Ari Pargendler, na ocasião, proferiu decisão nos seguintes termos: “(...) estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, defiro a medida liminar para determinar que o paciente cumpra a pena em regime domiciliar, excepcionalmente, até a apreciação do mérito do presente *habeas corpus*.” (fl. 87, e-STJ).

Solicitadas informações, externou o d. Juízo da Vara de Execuções Criminais, além do já relatado, que diante da decisão liminar exarada nos presentes autos “foi determinada novamente a suspensão do mandado de prisão, intimando-se o reeducando para que, em 48h, se apresente nesta VEC, a fim de dar início ao cumprimento da prisão domiciliar” e mais, que “expedido o mandado, este ainda não retornou com o ciente do apenado” (fl. 95, e-STJ).

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Washington Bolívar Júnior, opina pela concessão da ordem para determinar que o paciente cumpra a pena em regime domiciliar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): *Prima facie*, tenho que não assiste razão à impetrante, impondo-se, assim, a revogação da liminar nos presentes autos concedida.

Impõe-se, *ab initio*, porém, um breve esclarecimento acerca da questão que, efetivamente, é o cerne da presente impetração.

Não se discute, na hipótese vertente, a despeito do que constara da r. decisão concessiva do pedido liminar formulado (fl. 86-87) e do parecer ministerial (fls. 262-266), a impossibilidade de se submeter o apenado a regime mais gravoso de cumprimento de pena privativa de liberdade ante a ausência de vaga em estabelecimento prisional dedicado ao regime apropriado.

Deixe-se claro, assim, que não desconhece e tampouco discorda este Relator do entendimento sedimentado deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime fechado, configura constrangimento ilegal a submissão do réu ao cumprimento de pena em sentido mais gravoso” (HC n. 165.385-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe de 9.3.2011).

A questão versada nos autos é outra, cinge-se a controvérsia, em verdade, a saber se é possível ao Juízo da Execução, ante a conclusão de precariedade e superlotação dos estabelecimentos prisionais existentes, determinar *sponte propria*, a suspensão do cumprimento de mandado de prisão expedido em desfavor de sentenciado que, submetido inicialmente ao regime aberto de cumprimento de pena, se encontre foragido.

Como relatado, foi esta a medida adotada pela d. Juíza da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre que, objeto do agravo em execução manejado pelo Ministério Público Estadual, ensejou o v. Acórdão da Corte *a quo* atacado na presente impetração.

Assim é que, mantendo-se completamente alheia à discussão acerca da eventual possibilidade de cumprimento, por parte do paciente, do restante de sua pena em regime de prisão domiciliar, limitou-se a Corte de origem, ora apontada como coatora, a afirmar: (i) “a precariedade do sistema prisional do Estado não é justificativa bastante para o descumprimento da lei, em especial quando essa inobservância da norma se dá pela adoção de medidas que, inclusive, vão de encontro à defesa social”; e (ii) “ao Juiz da Vara de Execuções Criminais não cabe escolher quais penas executará, como se pudesse dispor da

pretensão executória do Estado, como se o cumprimento de sentenças criminais com trânsito em julgado fosse ato submetido a critérios de conveniência e oportunidade”.

Fixados, assim, os limites da presente impetração, tenho por acertada a decisão da Corte *a quo*, por não vislumbrar, na mesma, qualquer ilegalidade ou mesmo discrepância com a orientação jurisprudencial sedimentada no âmbito desta Corte Superior.

Como explicitado, o ora paciente foi regularmente processado, restando condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (fls. 21-27). Tendo ele empreendido fuga do estabelecimento prisional no qual cumpria sua reprimenda, era imperiosa a expedição em seu desfavor de mandado de prisão, vez que indispensável sua recaptura à efetiva aplicação da lei penal.

Desmedida se revelou, a bem da verdade, a r. decisão da Juíza da Execução, que pela, até compreensível, angústia decorrente da deplorável situação em que se encontram os estabelecimentos prisionais do Estado do Rio Grande do Sul - situação esta comungada por quase a totalidade das demais unidades da Federação - determinou, como se possível fosse, a suspensão do cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor do paciente.

A precariedade do sistema prisional do Estado não é justificativa para o descumprimento da lei. Não está, assim, o juízo da execução, autorizado a abdicar do poder de punir do Estado, por ato discricionário, como se lhe fosse dado o direito de escolher, por juízo de conveniência e oportunidade, quando dar ou não cumprimento às sentenças penais transitadas em julgado.

Revela-se, desta feita, completamente descabida a determinação de suspensão do cumprimento de mandado de prisão expedido em face de sentenciado foragido sob o fundamento de que já sobrecarregado o sistema prisional, não só por inexistir previsão legal para tanto, como por não ser a execução penal ato discricionário submetido a juízo de conveniência do magistrado e, mais, se revelar, na hipótese vertente, medida açodada e desarrazoada do Juízo da Execução.

Impende destacar, neste particular, que a questionada decisão da Juíza da Execução, *in casu*, resultou da equivocada premissa de que inócuo seria o cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor do sentenciado foragido, porquanto carente de vagas adequadas para o cumprimento de pena em regime aberto, pelo menos naquele momento, o sistema penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul.

O equívoco do proceder da d. Magistrada se faz evidente, primeiro, pelo fato de ter a mesma antecipado, por mera presunção, a conclusão de que não seria possível recolher a prisão o ora paciente, desconsiderando, assim, que determinada conclusão dependeria, primeiro, da determinação do regime de cumprimento de pena a ser imposto ao mesmo quando de seu regresso ao sistema penitenciário.

Ora, sendo certo que o apenado, ora paciente, promoveu fuga quando cumpria sua reprimenda em regime aberto, sua recolocação, quando de sua eventual recaptura, se dará em estabelecimento, quando muito, destinado ao regime semi-aberto, haja vista a previsão legal de regressão de regime em decorrência da prática pelo apenado de falta disciplinar de natureza grave, como no caso é a fuga.

Desta feita, somente quando promovido o cumprimento do mandado de prisão legalmente expedido é que terá o Juízo da Execução condições plenas de: 1º) adequar o regime de cumprimento do restante da reprimenda imposta ao ora paciente; 2º) verificar a existência de vaga em estabelecimento prisional adequado ao regime de cumprimento respectivo; e 3º) conceder ao paciente, se for realmente caso de impossibilidade de alocação do mesmo em estabelecimento prisional apropriado, o direito de se submeter à denominada prisão domiciliar, consoante entendimento jurisprudencial consolidado deste Superior Tribunal de Justiça.

Isto posto, tenho que o aresto apontado nas razões do presente remédio heróico como veiculador de ilegal coação não ostenta referida natureza, não se fazendo, assim, merecedor de qualquer censura, razão pela qual se impõe, como dito, a revogação da liminar inicialmente deferida e o imediato restabelecimento do decreto de prisão expedido em desfavor do paciente.

Uma vez cumprido o respectivo mandado de prisão é que caberá ao Juízo da Execução, aí sim, aferir se apto está o Sistema Penitenciário Estadual a receber o paciente para adequado cumprimento do restante da pena que lhe fora imposta, valendo-se, para tanto, em caso de resposta negativa, da possibilidade de conferir ao mesmo o direito de se submeter à prisão domiciliar alternativamente.

Ante o exposto, *denego* a ordem pretendida, revogando a liminar inicialmente concedida (fl. 86).

Comunique-se, com urgência, ao Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, especialmente, ao d. Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre-RS.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: A questão em apreço foi muito bem definida pelo eminente Relator:

A questão versada nos autos é outra, cinge-se a controvérsia, em verdade, a saber se é possível ao Juízo da Execução, ante a conclusão de precariedade e superlotação dos estabelecimentos prisionais existentes, determinar *sponte propria*, a suspensão do cumprimento de mandado de prisão expedido em desfavor de sentenciado que, submetido inicialmente ao regime de cumprimento de pena, se encontre foragido.

Após exame cuidadoso das razões da impetração, bem como do teor da decisão atacada, não vejo como discordar do eminente Relator quanto à impossibilidade de se conceder a ordem reclamada. Adiro às suas razões de decidir, cuja essência passo a reproduzir, destacando, desde já, que a hipótese dos autos não se assemelha àquela em que esta Turma tem, reiteradamente, concedido a ordem – impossibilidade de o sentenciado cumprir pena em regime mais rigoroso que aquele que lhe foi imposto:

Revela-se, desta feita, completamente descabida a determinação de suspensão do cumprimento de mandado de prisão expedido em face de sentenciado foragido sob o fundamento de que já sobrecarregado o sistema prisional, não só por inexistir previsão legal para tanto, como por não ser a execução penal ato discricionário submetido a juízo de conveniência do magistrado e, mais, se revelar, na hipótese vertente, medida açodada e desarrazoada do Juízo de Execução.

Impende destacar, neste particular, que a questionada decisão da Juíza da Execução, *in casu*, resultou da equivocada premissa de que inócuo seria o cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor do sentenciado foragido, porquanto carente de vagas adequadas para o cumprimento de pena em regime aberto, pelo menos naquele momento, o sistema penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul.

O equívoco do proceder da d. Magistrada se faz evidente, primeiro, *pelo fato de ter a mesma antecipado, por mera presunção, a conclusão de que não seria possível recolher a prisão o ora paciente, desconsiderando, assim, que determinada conclusão dependeria, primeiro, da determinação do regime de cumprimento de pena a ser imposto ao mesmo quando de seu regresso ao sistema penitenciário.*

Ora, sendo certo que o apenado, ora paciente, *promoveu a fuga* quando cumpria sua reprimenda em regime aberto, *sua recolocação, quando de sua eventual recaptura, se dará em estabelecimento, quando muito, destinado ao regime*

semi-aberto, haja vista a previsão legal de regressão de regime em decorrência da prática pelo apenado de falta disciplinar de natureza grave, como no caso é a fuga.

Desta feita, somente quando promovido o cumprimento do mandado de prisão legalmente expedido é que terá o juízo da Execução condições plenas de: 1º) adequar o regime de cumprimento do restante da reprimenda imposto ao ora paciente; 2º) verificar a existência de vaga em estabelecimento prisional adequado ao regime de cumprimento respectivo; e 3º) conceder ao paciente, se for realmente caso de impossibilidade de alocação do mesmo em estabelecimento prisional apropriado, o direito de se submeter à denominada prisão domiciliar, consoante entendimento jurisprudencial consolidado deste Superior Tribunal de Justiça.

Pelo exposto, também *denego* a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Acompanhamento integralmente o voto do Sr. Ministro Relator, em que V. Exa. denega a ordem de *habeas corpus*, revogando a liminar inicialmente concedida.

HABEAS CORPUS N. 218.946-SP (2011/0222522-3)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: César Augusto Moreira

Advogado: César Augusto Moreira

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Kléber Luiz Urias de Sales (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Processo de execução. Crimes hediondos. Progressão de regime. Possibilidade. Lei n. 11.464/2007. Lapsos temporais mais gravosos. *Novatio legis in pejus*. Irretroatividade. Hipótese de crime de tráfico de entorpecentes praticado sob a vigência da nova lei. Lei penal no tempo. Crime permanente. Permanência

cessada após entrada em vigor da novel legislação de tóxicos e das alterações trazidas pela Lei n. 11.464/2007. Aplicabilidade da lei penal mais gravosa. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

1. Esta Corte já havia firmado entendimento no sentido de considerar inconstitucional a vedação ao cumprimento progressivo da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos, nos termos do posicionamento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 82.959-SP.

2. A Lei n. 11.464/2007, apesar de banir expressamente aludida vedação, estabeleceu lapsos temporais mais gravosos para os condenados pela prática de crimes hediondos alcançarem a progressão de regime prisional, constituindo-se, neste ponto, verdadeira *novatio legis in pejus*, cuja retroatividade é vedada pelos artigos 5º, XL, da Constituição Federal e 2º do Código Penal, aplicáveis, portanto, apenas aos crimes praticados após a vigência da novel legislação, ou seja, 29 de março de 2007.

3. Os delitos de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes ostentam natureza permanente, e, por consectário, a aplicação da Lei n. 11.343/2006, mesmo quando mais gravosa ao réu, mostra-se adequada, já que a atividade executória prolongou-se no tempo até a entrada em vigor da novel de legislação de drogas (Precedente). A consumação do delito de tráfico que se protraí no tempo, nada importando que a consumação tenha se iniciado sob a vigência da lei anterior, devendo o fato ser regido pela lei em vigor no momento em que cessou a permanência (Súmula-STF n. 711).

4. Hipótese de crime praticado em 9 de maio de 2007, portanto, sob a vigência da nova Lei.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis

Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 3 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 8.2.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, em favor de *Kléber Luiz Urias de Sales*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 0075548-51.2011.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 9.5.2007 e condenado como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

O paciente requereu, em 8.2.2011, a progressão para o regime semiaberto. O Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Rio Preto indeferiu o pedido. Irresignada, a defesa ajuizou pedido de *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, em acórdão assim sintetizado:

Habeas corpus. Impugnação de decisão proferida por Magistrado, ainda que em sede de execução, onde há previsão de recurso específico. Possibilidade. Pedido conhecido. 2. *Habeas corpus*. Pedido de progressão de regime indeferido em primeira instância. Decisão fundamentada que entendeu pela ausência do requisito de ordem objetiva à sua concessão. Crime praticado após o advento da Lei n. 11.464/2007, na medida em que a prisão em flagrante aconteceu em maio de 2007, ocasião em que o réu foi surpreendido pelos policiais. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

Alega o impetrante, inicialmente, que o juízo *a quo* indeferiu o pedido de progressão de regime, com base na Lei n. 11.464/2007, não obstante o paciente tenha cometido o crime em data anterior à edição do referido diploma legal.

Aduz que, por se tratar de *lex gravior*, não pode ser aplicada retroativamente.

Alega que, em caso semelhante, o Tribunal de origem concedeu a ordem, não sendo admissível o tratamento desigual.

Alega que o paciente preenche os requisitos necessários à progressão de regime, como o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena e o bom comportamento carcerário, de acordo com o art. 112 da Lei de Execução Penal.

Requer, liminarmente, que o paciente seja colocado em regime semiaberto até o julgamento definitivo deste *writ*. No mérito, pretende seja concedida ao paciente a progressão ao regime semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 44-54, oportunidade em que foram solicitadas informações ao Juízo de primeiro grau, as quais foram prestadas às fls. 89-137 e 140-190.

O impetrante atravessou petição às fls. 48-92 solicitando o reexame do pedido liminar, o qual restou indeferido à fl. 85.

O Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Juarez Tavares, pela denegação da ordem (fls. 192-194).

Estes autos foram distribuídos por prevenção ao HC n. 99.443-SP, cuja ordem foi denegada em 21.8.2008.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O impetrante sustenta a impossibilidade de aplicação, no caso, da Lei n. 11.464/2007, ao argumento de que o crime foi cometido antes da edição da referida norma legal.

Inicialmente, no que se refere ao pleito da impossibilidade de aplicação da Lei n. 11.464/2007, os autos revelam que as condutas descritas na denúncia teriam sido praticadas no dia 9 de maio de 2007, entre 20h30 e 21h e os trabalhos investigativos realizados pela Polícia Federal iniciados em 2006. Extrai-se de excerto da denúncia (fls. 16-20):

(...)

1. Consta do incluso inquérito policial, que no dia 9 de maio de 2007, entre 20h30 e 21h, na rua Valêncio Fagundes Leoni, n. 235, bem como em sua proximidades, nesta cidade e comarca de Ribeirão Preto, *Marcelo, Luis Felipe e Francisco*, mediante prévio ajuste e unidade de desígnios, adquiriram, tinham em depósito, guardavam, traziam consigo e transportavam drogas, consistente em cerca de 7,4 kg de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

2. Consta, ainda, que, em data imprecisa, porém perdurando até o dia 9 de maio de 2007, e lugar ignorado, sendo certo que agindo nesta cidade e comarca de Ribeirão Preto, *Marcelo, Luis Felipe e Francisco*, mediante prévio ajuste e unidade de desígnios, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas).

3. Consta, ainda; que, no dia 9 de maio de 2007, nesta cidade e comarca de Ribeirão Preto, *Kleber, Fernando*, vulgo "Mu" e "Boi" e *Douglas*, mediante prévio ajuste e unidade de desígnios, ofereceram, venderam e tinham em depósito drogas, consistente em cerca de 7,4 kg de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

4. Consta, ainda, que em data imprecisa, porém pelo menos desde cerca de seis meses a contar de 9 de maio de 2007 e perdurando até esta data, nesta cidade e comarca de Ribeirão Preto, *Kleber, Fernando*, vulgo "Mu" e "Boi" e *Douglas*, mediante prévio ajuste e unidade de desígnios, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas).

É certo que em razão de trabalhos investigativos realizados pela Polícia Federal, iniciados em 2006, logrou-se êxito em verificar que *Kleber e Fernando*, vulgo "Mu" e "Boi", estavam associados para o fim de cometer o delito de tráfico de drogas, vivendo, habitualmente, de tal prática delitiva.

(...)

Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, os delitos de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes ostentam natureza permanente.

A propósito, trago à colação o seguinte julgado desta Corte:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico internacional de entorpecentes. Delito permanente. Ilegalidade da prisão em flagrante. Inocorrência. Trancamento da ação penal. Dispensabilidade do inquérito policial.

I - Na espécie dos autos, não se verifica qualquer mácula na realização da prisão em flagrante da recorrente, uma vez que teria sido detida após a verificação por intermédio de exame médico de que portava substância entorpecente no interior do seu aparelho digestivo.

II - Ademais, o delito de tráfico ilícito de substância entorpecente previsto é crime de natureza permanente, cuja a ação se prolonga no tempo, de forma que enquanto não cessada a permanência haverá o estado de flagrância (Precedentes).

III - O inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário para a propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros

elementos hábeis a formar a opinião delicti de seu titular (Precedentes desta Corte e do c. Pretório Excelso). Recurso desprovido. (RHC n. 27.031-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 7.6.2010).

Assim, a aplicação da Lei n. 11.343/2006, mesmo quando mais gravosa ao réu, mostra-se adequada, já que a atividade executória prolongou-se no tempo até o advento da novel legislação de tóxicos.

De fato, a consumação do delito protraí-se no tempo, nada importando que a consumação tenha se iniciado sob a vigência da lei anterior, devendo o fato ser regido pela lei em vigor no momento em que cessou a permanência.

Ademais, eis o teor do Verbete Sumular de número 711 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou permanência.

Manso é o entendimento deste Sodalício sobre o tema. Confira-se:

Criminal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Lei penal no tempo. Crime permanente. Dias-multa. Regime inicialmente fechado. Permanência cessada após entrada em vigor da novel legislação de tóxicos e das alterações trazidas pela Lei n. 11.464/2007. Aplicabilidade da lei penal mais gravosa. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

I. Os delitos de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes ostentam natureza permanente, e, por consectário, a aplicação da Lei n. 11.343/2006, mesmo quando mais gravosa ao réu, mostra-se adequada, já que a atividade executória prolongou-se no tempo até a entrada em vigor da novel de legislação de drogas (Precedente).

II. A consumação do delito de tráfico que se protraí no tempo, nada importando que a consumação tenha se iniciado sob a vigência da lei anterior, devendo o fato ser regido pela lei em vigor no momento em que cessou a permanência (Súmula-STF n. 711).

III. Hipótese em que o regime inicialmente fechado revela-se obrigatório, porquanto a permanência foi interrompida após a entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/1990, estabelecendo o regime inicialmente mais gravoso para o desconto de reprimendas impostas pela prática de crimes hediondos.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 152.551-RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 9.11.2010, DJe 22.11.2010).

O acórdão impugnado da mesma maneira assevera que os fatos imputados ao paciente ocorreram em maio de 2007, quando já estava em vigor a Lei n. 11.464/2007. Extraio, por oportuno, o seguinte trecho do aresto combatido:

Por aqui, o paciente foi preso em flagrante em maio de 2007 - já na vigência da Lei n. 11.464/2007 - em razão de crime de tráfico de entorpecente. Trata-se de delito permanente na modalidade ter em depósito, cuja consumação “(...) *se prolonga no tempo, dependente da ação do sujeito ativo (...)*” (Mirabete, Manual de Direito Penal, volume I, Editora Atlas, 1987, p. 128), de sorte que, mesmo que a investigação para apuração de crime de associação para o tráfico de drogas tenha começado em período anterior ao flagrante, de rigor concluir que aquela data é a que merece ser considerada.

Em suma, como a ação policial (que culminou com a prisão do paciente também em decorrência de acusação de oferecer à venda substância entorpecente, delito de consumação instantânea, portanto, ocorrida na data da prisão) ocorreu em data certa e determinada - 9 de maio de 2007 - respeitados os argumentos da defesa, já vigorava a nova legislação a ponto de justificar a exigência de cumprimento de tempo superior a 1/6 da pena para a progressão de regime.

Entendo que os períodos introduzidos pela Lei n. 11.464/2007 para a progressão de regime dos condenados pela prática de crimes hediondos e a eles equiparados devem ser aplicados apenas aos casos supervenientes à entrada em vigor da referida lei, ou seja, 29 de março de 2007.

Com efeito, antes das alterações promovidas na Lei dos Crimes Hediondos, esta Corte já havia se posicionado no sentido da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prisional em casos de condenação pela prática de tais crimes, seguindo o entendimento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, por ocasião do julgamento do HC n. 82.959-SP, declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que trazia o referido óbice.

Por essa razão, inúmeras ordens foram concedidas para afastar tal ilegalidade, determinando-se aos juízos das execuções criminais que analisassem a presença dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão da progressão de regime, nos moldes da única regra aplicável à época, ou seja, o artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

Com o advento da novel legislação, banuiu-se expressamente do ordenamento jurídico a vedação ao cumprimento progressivo da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos, sob a condição de que estes

cumpram um lapso diferenciado para a obtenção de um regime menos gravoso, de 2/5 (dois quintos) em se tratando de réu primário, ou 3/5 (três quintos) quando reincidente. Nesse ponto, verifica-se que o legislador introduziu no ordenamento jurídico verdadeira *novatio legis in pejus*, cuja aplicação retroativa é vedada pelos artigos 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 2º do Código Penal, devendo incidir, portanto, apenas aos crimes hediondos, e assemelhados, praticados após 29 de março de 2007.

Situação semelhante foi encontrada quando do advento da Lei n. 8.072/1990, oportunidade em que se entendeu que a sua aplicação deveria ser restrita aos crimes cometidos após a sua vigência, por tratar-se de legislação mais prejudicial ao condenado, não se aplicando às execuções penais em curso, conforme elucida Alberto Silva Franco:

Em resumo, a regra do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar a execução penal em curso (a fim de perpetuar no regime fechado quem ainda, por falta de requisito temporal, nele se ache, ou a fim de fazer regressar ao regime fechado quem já se encontre no regime semi-aberto ou aberto), ou a que vier a ser iniciada em razão de fato criminoso ocorrido antes da vigência da nova lei (a fim de obstar o direito à progressão no regime penitenciário). O princípio da legalidade é o alicerce comum que dá lastro às garantias do cidadão no campo penal, processual penal e de execução penal. Toda alteração legal que signifique um agravo ou uma restrição ao princípio constitucional da legalidade deve ser rechaçada com veemência e, na área da execução penal, deve entender-se como alteração dessa ordem “tudo quanto se referir ao *quantum*, modo ou forma de cumprimento da pena” (Cobo del Rosal e Boix Reig, *Garantias constitucionales del derecho sancionador, Derecho penal y Constitución*, Madrid: Edersa, 1982, p. 216). (*Crimes hediondos*. 5. Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 286).

A matéria possui solução pacífica nesta Corte, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

Habeas corpus. Processual Penal. Crime hediondo. Execução penal. Regime prisional integral fechado. Afastamento do óbice. Progressão de regime. Requisito objetivo. Art. 112 da Lei de Execuções Penais. Lei n. 11.464/2007. Aplicação retroativa. Lei penal mais gravosa. Impossibilidade.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, e após a publicação da Lei n. 11.464/2007, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.

2. A inovação trazida pela Lei n. 11.464/2007 - cumprimento de dois quintos (2/5) da pena imposta, se primário, e três quintos (3/5) se reincidente, como

requisito objetivo para a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos -, por ser evidentemente mais gravosa, não pode retroagir para prejudicar o réu, e só poderá ser aplicada aos crimes cometidos após a vigência da nova lei.

3. O requisito objetivo necessário para a progressão de regime prisional dos crimes hediondos e equiparados ocorridos antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464, em 29 de março de 2007, como é o caso ora em tela, é aquele previsto no artigo 112, da Lei de Execuções Penais.

4. Ordem concedida para reformar a condenação do Paciente, na parte relativa à imposição do regime integralmente fechado, ficando a aferição dos requisitos objetivos e subjetivos da progressão a cargo do Juízo das Execuções Penais, que deverá adotar como critério objetivo aquele previsto no artigo 112, da Lei n. 7.210/1984. (HC n. 91.933-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 6.3.2008, DJ 7.4.2008 p. 1)

Habeas corpus. Penal. Processo de execução. Crimes hediondos. Progressão de regime. Possibilidade. Lei n. 11.464/2007. Lapsos temporais mais gravosos. *Novatio legis in pejus*. Irretroatividade. Ordem concedida.

1. Esta Corte já havia firmado entendimento no sentido de considerar inconstitucional a vedação ao cumprimento progressivo da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos, nos termos do posicionamento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 82.959-SP.

2. A Lei n. 11.464/2007, apesar de banir expressamente aludida vedação, estabeleceu lapsos temporais mais gravosos para os condenados pela prática de crimes hediondos alcançarem a progressão de regime prisional, constituindo-se, neste ponto, verdadeira *novatio legis in pejus*, cuja retroatividade é vedada pelos artigos 5º, XL, da Constituição Federal e 2º do Código Penal, aplicáveis, portanto, apenas aos crimes praticados após a vigência da novel legislação, ou seja, 29 de março de 2007.

3. Ordem concedida para afastar a incidência dos lapsos temporais previstos na Lei n. 11.464/2007, para que o juízo das execuções criminais analise os requisitos objetivos e subjetivos do paciente para a obtenção da progressão de regime de acordo com o regramento do art. 112 da Lei de Execuções Penais. (HC n. 83.799-MS, de minha Relatoria, Sexta Turma, julgado em 25.9.2007, DJ 25.2.2008 p. 364).

Na hipótese dos autos, o fato criminoso ocorreu em 9.5.2007, ou seja, em data posterior a entrada em vigência da Lei n. 11.464/2007, que é de 29.3.2007, que introduziu lapsos temporais mais gravosos para a obtenção da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos e assemelhados.

Pelo exposto, por falta do requisito objetivo para progressão de regime, denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sra. Presidente, desconsiderar os fatos pós 29 de março de 2007, quando vigente a Lei n. 11.464, corresponderia à anistia, o que não nos cabe fazer, pois não estamos legitimados a procedê-la.

De modo que acompanho o voto de V. Exa., denegando a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Sra. Presidente, cumprimento o advogado pela bela, objetiva e concisa sustentação oral. O argumento de V. Exa. é incontestável.

Acompanho integralmente o voto de V. Exa., denegando a ordem de *habeas corpus*.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 25.555-MG
(2007/0256772-1)**

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)

Recorrente: Patrícia do Carmo Miranda Soares

Advogado: Agnaldo Alves de Souza

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procurador: Marco Antônio Gonçalves Torres e outro(s)

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidora pública em exercício de função pública. Vínculo temporário e precário. Desnecessidade de processo administrativo e de motivação para dispensa. Período de gestação.

Fruição de licença maternidade. Estabilidade provisória. Inteligência do art. 10, II, **b**, do ADCT.

1. Se a Lei Complementar Estadual n. 59/2001, de Minas Gerais, estabelece o Diretor do Foro como autoridade competente para designar, a título precário, o substituto em função judicial na Comarca, *mutatis mutandis*, a ele compete dispensar quem anteriormente designou (Precedente: RMS n. 19.415-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 5.4.2006).

2. Ante a precariedade do ato de designação, revela-se legítima a dispensa *ad nutum* de servidor nestes termos designado para o exercício de função pública, independentemente da existência de processo administrativo para tanto (Precedentes: RMS n. 11.464-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJU de 14.5.2007; RMS n. 15.890-MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 17.11.2003).

3. A estabilidade do serviço público, garantia conferida aos servidores públicos concursados ocupantes de cargos de provimento efetivo, não pode servir de fundamento para a dispensa de servidora pública não estável, como a ora recorrente, por motivo de gravidez ou por se encontrar a mesma no gozo de licença-maternidade.

4. Assim, servidora designada precariamente para o exercício de função pública faz jus, quando gestante, à estabilidade provisória de que trata o art. 10, II, **b**, do ADCT, que veda, até adequada regulamentação, a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

5. Recurso ordinário parcialmente provido para, concedida em parte a segurança pleiteada, assegurar à impetrante o direito à indenização correspondente aos valores que receberia caso não tivesse sido dispensada, até 05 (cinco) meses após a realização parto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 18 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS),
Relator

DJe 9.11.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Patrícia do Carmo Miranda Soares*, com fulcro no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Carta Maior, contra acórdão proferido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que concedeu apenas em parte a segurança por ela pretendida, em *writ* por meio do qual objetivava a anulação do ato de sua dispensa da função pública de Psicóloga Judicial, por ter sido o mesmo publicado enquanto em gozo, a impetrante, de licença maternidade.

Noticiam os autos que a ora impetrante foi designada, em abril de 2004, para desempenhar, a título precário, junto ao Foro da Comarca de Contagem-MG, a função pública de “Psicóloga Social”, até o provimento efetivo do referido cargo por quem de direito (fl. 16, e-STJ).

Em 16 de maio de 2006 foi a impetrante dispensada da referida função, nos termos da Portaria n. 35/2006 da Direção do Foro da Comarca de Contagem (fl. 15, e-STJ).

Apontando o mencionado ato de dispensa como coator é que a ora recorrente impetrou o mandado de segurança que deu origem física aos presentes autos. Aduziu, em sua peça inaugural, ter sido cientificada da dispensa, pela publicação da Portaria n. 35/2006, quando já em gozo de licença maternidade, situação que afirma iniciada desde 25.5.2006, apesar de somente oficializada em 6.6.2006, com a publicação do respectivo ato concessivo da licença.

Sustentou, assim, a impetrante, ser ilegal sua dispensa durante o período de gestação, independentemente do caráter precário de sua designação para exercício da função pública que ocupava, postulando, primeiramente, pela anulação do ato inquinado de coator e, alternativamente, pelo reconhecimento de seu direito à indenização pelo período correspondente à estabilidade que lhe seria constitucionalmente assegurada, desde a confirmação da gestação até os cinco meses subsequentes à realização do parto, ante a inteligência do art. 10, inciso II, **b**, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Juízo de Direito Diretor do Foro da Comarca de Contagem, apontado como autoridade coatora, apesar de regularmente notificado, não prestou informações acerca do ato perpetrado.

A 5ª Câmara Cível do Eg. TJ-MG, pela maioria de votos dos seus integrantes, concedeu parcialmente a ordem pretendida, para suspender os efeitos do ato de dispensa da impetrante tão-somente por um período de 120 (cento e vinte) dias contados do início da licença-maternidade da mesma. O aresto, na ocasião exarado, restou assim ementado:

Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público em exercício de função pública. Vínculo temporário e precário. Desnecessidade de processo administrativo e de motivação para dispensa. Período de gestação. Fruição de licença maternidade. Dispensa. Impossibilidade. Concessão parcial da ordem. A servidora pública que exerce função pública, por meio de designação, mantém vínculo de natureza temporária e precária. A sua dispensa do exercício da função pública prescinde de processo administrativo e motivação, haja vista que esses institutos são assegurados constitucionalmente somente aos servidores efetivos e/ou estáveis. Todavia, não se pode perder de vista que a licença maternidade de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego ou salário, é uma garantia constitucional dos trabalhadores urbanos e rurais estendida aos servidores públicos.

Em face do julgado, interpõe a impetrante o recurso ordinário que ora se apresenta, insistindo no argumento de que necessária a anulação da Portaria que veiculou sua dispensa da função pública que exercia. Requer, alternativamente, seja reconhecida sua estabilidade provisória, nos termos do art. 10, inciso II, **b**, do ADCT, pelo prazo de 05 (cinco) meses a contar da data da realização do parto.

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. José Eduardo de Santana, opina pelo não provimento do recurso (fls. 133-137).

Brevemente relatados, *decido*.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): *Prima facie*, tenho por oportuno delimitar os exatos contornos da controvérsia.

Consoante o relatado, o presente recurso é interposto em face de acórdão do TJ-MG que, apenas em parte, concedeu ordem pretendida por servidora dispensada, *ad nutum*, do exercício de função pública para a qual designada precariamente, com esteio em legislação local de duvidosa constitucionalidade. Na ocasião, refutando a pretensão da impetrante de se ver reintegrada ao serviço público, reconheceu a Corte de origem, o direito de não suportar os efeitos do ato de dispensa senão após o transcurso de período de 120 (cento e vinte) dias contados do início da licença-maternidade que gozava quando da prática do ato apontado como coator.

Concluiu, assim, a Corte local, que faz jus a servidora designada para o exercício de função pública, ainda que não seja possível reputá-la estável sequer provisoriamente, à garantia constitucional de licença à gestante, sem prejuízo do emprego ou salário. Por isso é que se concedeu, na origem, apenas em parte, a ordem pretendida pela impetrante, para *“suspender os efeitos do ato de dispensa da impetrante tão-somente por um período de 120 (cento e vinte) dias contados da data em que a mesma entrou em licença-maternidade, qual seja, 25 de maio de 2006”*.

Ainda irresignada, interpôs a impetrante, como dito, o recurso que ora se afigura, reiterando sua pretensão inicial, qual seja, a de se ver “reintegrada” à função que exercia ou, alternativamente, ter assegurado o direito à indenização, não somente pelos 120 dias da licença-maternidade, consoante reconhecido na Corte local, mas pelo período de 05 (cinco) meses de estabilidade provisória de que trata o art. 10, inciso II, alínea **b**, do ADCT, a contar do fim do período de gestação.

Feito o breve intróito, tenho que assiste razão apenas em parte à recorrente, merecendo prosperar, assim, apenas sua pretensão de se ver indenizada à luz da inteligência do art. 10, inciso II, **b**, do ADCT.

A Lei Complementar Estadual n. 59/2001 (Lei de Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais), em vigor quando da dispensa da impetrante, cuidou apenas do provimento efetivo de cargos, por ato do Presidente do Tribunal de Justiça, após prévia aprovação prévia em concurso público. Da mesma forma, estabeleceu a competência do Presidente da Corte Estadual para demitir servidores efetivos.

Por outro lado, as hipóteses de dispensa de servidores designados a título precário não foram reguladas pela Lei Complementar Estadual n. 59/2001, assim como já não o tinham sido na Lei Complementar Estadual n. 38/1995. No entanto, seu artigo 272 (art. 298 da LCE n. 38/1995) dispôs que:

Art. 272. Na hipótese de vaga ou afastamento, o Diretor do Foro designará substituto para o exercício do cargo enquanto persistir a vacância ou durar o afastamento, observado o disposto no art. 270 desta Lei Complementar, submetendo-se o ato à aprovação do Presidente do Tribunal de Justiça.

Com base na interpretação deste dispositivo, formou-se nesta Corte o entendimento de que, como o Diretor do Foro detém competência para designar servidores a título precário, para fins de substituição de cargo em caso de vacância ou afastamento, teria também competência para dispensar servidor por ele contratado temporariamente.

Nesse sentido, asseverou a Ministra Laurita Vaz, quando do julgamento do RMS n. 19.415-MG (DJ 5.4.2006), que:

(...), consoante se verifica da Lei de Organização Judiciária, o ato de designação de servidores, a título precário, é da competência do Juiz de Direito Diretor do Foro. Desse modo, é forçoso concluir, na falta de regramento expreso para os casos de desligamento (dispensa imotivada), que a mesma autoridade que detém a competência para a designação, também é competente para a dispensa, a qual, *in casu*, prescinde de motivação, por cuidar-se de ato administrativo discricionário, consoante já assinalado.

Impõe-se asseverar, ainda, que à referida modalidade de “designação” para o exercício de função pública, a título precário, este Superior Tribunal de Justiça, em ocasiões outras, terminou por emprestar natureza análoga à hipótese de contratação por tempo determinado para atender a necessidade de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX), razão pela qual se firmou orientação no sentido de que, ante a precariedade do ato de designação, revela-se legítima a dispensa *ad nutum* do servidor nestes termos designado para exercício de função pública, independentemente da existência de processo administrativo para tanto.

Nesta esteira, oportuna a colação dos seguintes precedentes, que servem de fundamento à rejeição da pretensão da impetrante de se ver reintegrada à função para a qual se encontrava anteriormente designada:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Servidor designado a título precário. Dispensa. Competência. Juiz diretor do foro. Precedentes. Exoneração *ad nutum*. Legalidade. Precedentes.

1. “Se a Lei Complementar Estadual n. 38/1995 estabelece o Juiz Diretor do Foro como autoridade competente para designar, a título precário, o substituto em função judicial na comarca, *mutatis mutandis*, pode ele dispensar aquele que anteriormente designou.” (RMS n. 12.805-MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 5.4.2004).

2. *O servidor designado em caráter precário, por não ter direito à estabilidade, pode ser exonerado ad nutum pela Administração, independentemente de abertura de processo administrativo para sua dispensa. Precedentes.*

3. Recurso ordinário improvido. (RMS n. 11.464-MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26.4.2007, DJ 14.5.2007, p. 398).

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual. Nomeação a título precário. Dispensa *ad nutum*. Possibilidade. Independência de existência de processo administrativo. Precedentes análogos. Eventual indenização. Impossibilidade de discussão na via mandamental.

O recorrente foi designado para o exercício da respectiva função, sempre em caráter precário, por isso que sua dispensa ad nutum é viável, independentemente da existência de procedimento administrativo.

Eventual direito à indenização refoge ao âmbito da ação mandamental.

Recurso desprovido. (RMS n. 15.890-MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 17.11.2003).

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Serventuário da justiça. Comissário de menores. Contratação a título precário. Competência delegada da autoridade coatora para a prática do ato. Dispensa *ad nutum*. Legalidade.

(...)

2 - *Os ocupantes de cargos, empregos ou funções temporárias, em razão da instabilidade do vínculo, da precariedade da admissão e do lapso temporal a que se subordinaram desde o início, podem ser demitidos ad nutum, não se cogitando qualquer afronta ao devido processo legal, pertinentes somente aos servidores concursados.*

3 - Precedente (RMS n. 9.649-MG).

4 - Recurso conhecido, porém, desprovido. (RMS n. 9.646-MG, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quinta Turma, DJ 23.4.2001).

Administrativo. Servidor público estadual. Lei n. 10.254/1990, art. 7º. Nomeação a título precário com ressalva da possibilidade de desligamento imediato. Dispensa. Devido processo legal. Competência. Determinação do presidente do Tribunal de Justiça.

1. *Nomeado em caráter precário, com ressalva, inclusive, de desligamento automático na hipótese de provimento efetivo, legítima a dispensa, independentemente de processo administrativo.*

2. Recurso não provido. (RMS n. 9.296-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 1º.2.1999).

Subjaz, todavia, a segunda questão posta nas razões da presente irresignação recursal à apreciação desta Corte Superior, qual seja, saber se à ora impetrante

socorre a inteligência da norma inserta no art. 10, inciso II, **b**, do ADCT. Ou seja, resta esclarecer se servidora designada precariamente para o exercício de função pública faz jus, quando gestante, à estabilidade provisória de que trata o art. 10, II, **b**, do ADCT, que veda, até adequada regulamentação, a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A questão, é bem verdade, pelo menos em linhas gerais, não está sendo posta pela vez primeira à apreciação deste Superior Tribunal de Justiça.

Tanto que a eg. Quinta Turma deste Tribunal, em recentíssimo julgado, seguindo orientação já inaugurada pelo Pretório Excelso, assegurou à servidora gestante exonerada *ad nutum* do exercício de função comissionada, o direito de receber indenização correspondente ao que receberia, caso não tivesse sido dispensada, até 05 (cinco) meses após o parto, valendo-se, para tanto, da exegese do próprio art. 10, inciso II, alínea **b**, do ADCT.

Na ocasião, fez o i. Relator do feito, e. Min. Arnaldo Esteves Lima, constar do voto condutor do julgado as seguintes ilações:

(...) Verifica-se, da leitura dos arts. 6º e 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, que constitui direito social a proteção à maternidade. Outrossim, a licença à gestante dar-se-á sem prejuízo não apenas do emprego, mas também do salário.

A estabilidade provisória, denominada, ainda, de período de garantia de emprego, prevista no art. 10, inc. II, letra **b**, do ADCT, visa assegurar à trabalhadora a permanência no seu emprego durante o lapso de tempo correspondente ao início da gestação até os primeiros meses de vida da criança, com o objetivo de impedir o exercício do direito do empregador de rescindir unilateralmente e de forma imotivada o vínculo laboral.

No âmbito estatutário, diante da garantia de estabilidade do servidor público, conferida após 3 (três) anos de efetivo exercício para concursados e ocupantes de cargos de provimento efetivo, nos termos do art. 41, *caput*, da Constituição Federal, não se verifica igual regramento, considerando a impossibilidade de rescisão unilateral pela Administração quando não existir o cometimento de uma falta disciplinar grave.

No entanto, essa circunstância não constitui óbice ao reconhecimento do pedido formulado pela ora recorrente.

A estabilidade do serviço público é conferida a todos os servidores públicos concursados ocupantes de cargos de provimento efetivo. No entanto, essa garantia não pode servir de fundamento para a dispensa de servidora pública por motivo de gravidez ou por se encontrar no gozo de licença-maternidade. Admitir tal conduta seria permitir um tratamento discriminatório, diferenciado, que colide com o ideal de justiça preconizado no texto constitucional de proteção à maternidade.

A tranqüilidade que se deve conferir à servidora pública revela-se na busca da manutenção de sua situação funcional, para que o período gestacional transcorra sem sobressaltos e evitar que seja punida porque se encontra grávida, atento à circunstância de que a Constituição Federal garante a irredutibilidade salarial no período de licenciamento.

A discussão não pode ser reduzida à existência ou não de lei assegurando a estabilidade provisória ou temporária de servidora pública gestante. Situa-se, em um plano mais elevado, de nível constitucional, albergando os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da proteção à maternidade.

A respeito da natureza dos princípios constitucionais, leciona Cármem Lúcia Antunes Rocha (*Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 25):

Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas-mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, atento ao princípio constitucional de proteção à maternidade, já assegurou à servidora pública federal ocupante de cargo em comissão, demitida quando no gozo de licença-gestante, o direito à remuneração devida até 5 (cinco) meses após o parto, com fundamento nos arts. 7º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, **b**, do ADCT, consoante atesta a seguinte ementa:

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Licença-gestante. Exoneração. CF, art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, **b**.

I. Servidora pública exonerada quando no gozo de licença-gestante; a exoneração constitui ato arbitrário, porque contrário à norma constitucional: CF, art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, **b**.

II. Remuneração devida no prazo da licença-gestante, vale dizer, até cinco meses após o parto. Inaplicabilidade, no caso, das Súmulas n. 269 e n. 271-STF.

III. Recurso provido. (RMS n. 24.263-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 9.5.2003).

Há, ainda, decisão monocrática da Suprema Corte que manteve acórdão que assegurara a garantia da estabilidade provisória à militar temporária gestante: AI n. 547.104-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.11.2005.

Em conseqüência, *equivocado o entendimento do Tribunal a quo, segundo o qual a garantia em discussão é destinada tão-somente a trabalhadoras submetidas ao regime da CLT. Tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal a compreensão de que o texto constitucional contempla a estabilidade provisória da gestante, seja ela celetista, servidora pública ou militar.*

Especificamente no tocante à exoneração ou dispensa do exercício de função comissionada ou cargo em comissão, tal como ocorrido no caso vertente, o Superior Tribunal de Justiça, porque constatado que a motivação da exoneração do cargo em comissão deu-se em razão da gravidez, assegurou a servidora pública não o direito de permanecer no cargo, mas de receber indenização correspondente, consoante atesta a seguinte ementa:

Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Cargo em comissão. Gestante. Exoneração. Falta de motivação do ato administrativo no sentido de que a exoneração se deu por outra razão que não a da gravidez. Inexistência de direito a permanecer no cargo, que é de confiança. Direito, contudo, a uma indenização equivalente a cinco meses de remuneração, a contar da gravidez. Invocação de normas protetivas da própria constituição para o trabalhador *in genere* (arts. 5º, parágrafo 2º, 7º, inc. XVIII, e 10, inciso II, alínea **b**, do ADCT). Recurso ordinário conhecido e provido.

I - A impetrante foi nomeada para exercer cargo em comissão. Alega que foi exonerada simplesmente por estar grávida. O impetrante, em suas informações, ao fazer a defesa do ato impugnado, não alegou nenhuma razão para a exoneração. Restou, assim, claro que o motivo foi a gravidez.

II - Ainda que não haja norma expressa para proteger a recorrente, pode-se-lhe aplicar, por força do § 2º do art. 5º da Constituição, dispositivos constitucionais relativos ao trabalhador em geral (art. 7º, inc. XVIII, combinado com o art. 10, inc. II, **b**, do ADCT).

III - Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido para que à recorrente, que não tem direito a permanecer no cargo, seja paga uma indenização equivalente à remuneração que ela teria em 5 (cinco) meses a contar da gravidez. (RMS n. 3.313-SC, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 20.3.1995).

Na presente hipótese, impõe-se seja adotado idêntico raciocínio jurídico. Muito embora não se afaste o caráter precário do exercício de função comissionada, não há dúvida de que a ora recorrente foi dispensada porque se encontrava no gozo de licença-maternidade, consoante atesta o ofício que indicou outra servidora para o exercício da função (fl. 20).

(...)

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário. Diante da circunstância de que não tem a recorrente direito de permanecer no exercício da função comissionada, *concedo a segurança em parte* para assegurar-lhe indenização

correspondente ao que receberia, caso não tivesse sido dispensada, até 5 (cinco) meses após o parto. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 105-STJ. (RMS n. 22.361-RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 8.11.2007, DJ 7.2.2008, p. 1).

Na hipótese vertente, a despeito de não serem exatamente idênticas as situações funcionais da ora recorrente (designada precariamente para o exercício de função pública) e da impetrante agraciada com o decidido no paradigma *supra* transcrito (servidora designada para o exercício de função comissionada), não vislumbro a existência de qualquer fundamento capaz de obstar seja conferida àquela a proteção judicial a esta já assegurada no precedente trazido à colação.

Isto porque se revelam irrefutáveis, a meu sentir, os fundamentos bem lançados pelo e. Min. Arnaldo Esteves Lima quando do julgamento do RMS n. 22.361-RJ.

Como bem destacado, a estabilidade do serviço público, garantia conferida aos servidores públicos concursados ocupantes de cargos de provimento efetivo, não pode servir de fundamento para a dispensa de servidora pública não estável, como a ora recorrente, por motivo de gravidez ou por se encontrar a mesma no gozo de licença-maternidade. Admitir tal conduta seria permitir um tratamento discriminatório, diferenciado, que colide com o ideal de justiça preconizado no texto constitucional de proteção à maternidade.

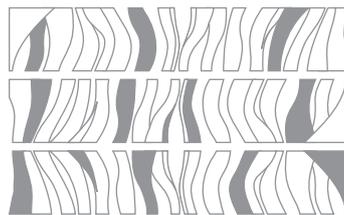
A tranqüilidade que se deve conferir à servidora pública revela-se na busca da manutenção de sua situação funcional, para que o período gestacional transcorra sem sobressaltos. Evita-se, assim, seja a mulher punida por se encontrar grávida, atentando-se, especialmente, à circunstância de que a Constituição Federal garante a mesma irredutibilidade salarial no período de licenciamento.

Procede, assim, a pretensão da recorrente, de se ver amparada pela inteligência do art. 10, II, **b**, do ADCT, que proscreve a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após a realização do parto.

Ante o exposto, ***dou parcial provimento*** ao recurso ordinário, para *conceder em parte a segurança pleiteada, assegurando à impetrante o direito à indenização correspondente aos valores que receberia, caso não tivesse sido dispensada, até 05 (cinco) meses após a realização do parto.*

Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 105-STJ.

É como voto.



Índice Analítico

A

- PrCv Ação coletiva - Ajuizamento - Ação individual - Suspensão - CPC, art. 20 - **Expurgos inflacionários** - Honorários advocatícios - Prévia condenação do réu - Impossibilidade. REsp n. 1.185.334 - RS. RSTJ 225/506.
- PrCv **Ação de alimentos** - Improcedência - Curso superior - Conclusão - Prova da incapacidade de sustento - Necessidade. REsp n. 1.218.510 - SP. RSTJ 225/524.
- PrCv **Ação de cobrança** - Contratada - Extinção - Desconsideração da personalidade jurídica - Desnecessidade - Legitimidade passiva *ad causam* - Antigas sócias - Serviço de marketing - Sociedade simples - Responsabilidade ilimitada. REsp n. 895.792 - RJ. RSTJ 225/412.
- PrCv **Ação de investigação de relação avoenga** - CC/2002, art. 1.606, *caput* - Direito à identidade genética - Direito à privacidade e intimidade - Genitor do investigante vivo - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Neta - Princípio da razoabilidade - Relação de parentesco *per saltum* - Reconhecimento - Impossibilidade. REsp n. 876.434 - RS. RSTJ 225/580.
- PrCv **Ação de reintegração de posse** - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Inspeção judicial tardia - Posse integral da área - Não comprovação - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 1.213.518 - AM. RSTJ 225/511.

- Cv **Ação indenizatória** - Acidente automobilístico - Fato do produto - Fornecedor - Responsabilidade objetiva. REsp n. 1.026.153 - SP. RSTJ 225/633.
- PrCv **Ação indenizatória** - Dano moral - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ofício de notas - Lei n. 8.935/1994, art. 22 - Lei n. 9.492/1997, art. 38 - Personalidade jurídica - Ausência - Reconhecimento de firma - Assinatura falsificada. REsp n. 1.177.372 - RJ. RSTJ 225/487.
- PrCv **Ação indenizatória** - Não-cabimento - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Hemofilia - Transfusão de sangue - HIV - Prova - Reexame - Vedação - Responsabilidade civil do Estado - Não-configuração. REsp n. 1.202.159 - RJ. RSTJ 225/263.
- PrCv Ação individual - Suspensão - Ação coletiva - Ajuizamento - CPC, art. 20 - **Expurgos inflacionários** - Honorários advocatícios - Prévia condenação do réu - Impossibilidade. REsp n. 1.185.334 - RS. RSTJ 225/506.
- PrPn **Ação penal originária** - Crime de corrupção ativa - Crime de corrupção passiva - Desembargador - Afastamento - Possibilidade - Gravação ambiental - Legalidade - Lei Complementar n. 35/1979, art. 29. APn n. 644 - BA. RSTJ 225/19.
- PrPn Ação penal pública condicionada à representação - Audiência de retratação da representação - Realização *ex officio* - Impossibilidade - **Crime de lesão corporal de natureza leve** - Lei n. 11.340/2006, art. 16 - Ofendida - Manifestação de vontade - Necessidade - Violência doméstica e familiar. RMS n. 34.607 - MS. RSTJ 225/806.
- Cv Acidente automobilístico - **Ação indenizatória** - Fato do produto - Fornecedor - Responsabilidade objetiva. REsp n. 1.026.153 - SP. RSTJ 225/633.
- PrPn Acórdão - Fundamentação - Ausência - **Apelação** - Nulidade absoluta - Razões de decidir - Motivação em sentença de 1º grau e em parecer do Ministério Público - Insuficiência. HC n. 210.981 - SP. RSTJ 225/865.
- Adm Acusado - Nova oitiva - Necessidade - Demissão - Nulidade - Oitiva de testemunhas - Deferimento - **Processo administrativo disciplinar**. MS n. 17.423 - DF. RSTJ 225/182.
- Adm Advocacia - Impossibilidade - Incompatibilidade - Caracterização - Lei n. 8.906/1994, art. 28, IV - **Ministério Público Estadual (MPE)** - Assessor jurídico. REsp n. 997.714 - RS. RSTJ 225/257.
- Cv Alcance subjetivo da sentença - Alteração - Impossibilidade - CPC, art. 543-C - Eficácia da sentença - Limitação territorial - Não-cabimento - **Execução de sentença** - Ação civil pública - Expurgos inflacionários - Pagamento - Lei n. 9.494/1997, art. 2º-A, *caput* - Inaplicabilidade. REsp n. 1.243.887 - PR. RSTJ 225/123.

- Trbt Alíquota tributária - Alteração, aumento ou fixação - Impossibilidade - **Cofins** - Regime de contribuição - Lei n. 10.833/2003, art. 10, XI - Princípio da legalidade - Ofensa - Secretaria da Receita Federal - Instrução Normativa n. 468/2004. REsp n. 1.089.998 - RJ. RSTJ 225/295.
- PrCv Ameaça de grave lesão à saúde e à economia públicas - Suspensão da fabricação e comercialização de medicamentos - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.425 - DF. RSTJ 225/84.
- PrPn **Apelação** - Acórdão - Fundamentação - Ausência - Nulidade absoluta - Razões de decidir - Motivação em sentença de 1º grau e em parecer do Ministério Público - Insuficiência. HC n. 210.981 - SP. RSTJ 225/865.
- PrPn **Apelação** - Constrangimento ilegal - Crime de estelionato - Tentativa - Crime de furto qualificado - Efeito devolutivo - Ampliação - Não-cabimento - *Reformatio in pejus* - Impossibilidade. HC n. 174.237 - SP. RSTJ 225/743.
- Cv Artista - Autorização - Ausência - CD remasterizado - Dano moral - Violação - **Direito autoral** - Indenização - Cabimento - Lei n. 9.610/1998, arts. 24, IV, e 49. REsp n. 1.098.626 - RJ. RSTJ 225/439.
- PrCv Assinatura - Reconhecimento em cartório por semelhança - CPC, arts. 369 e 389, II - **Embargos à execução** - Impugnação - Ônus da prova - Apresentante - Não-cabimento - Título executivo extrajudicial. REsp n. 302.469 - MG. RSTJ 225/403.
- Pn Atipicidade da conduta - CPC, art. 405, II, e § 4º - **Crime de falso testemunho ou falsa perícia** - Informante - Paciente - Irmã do autor da ação. HC n. 192.659 - ES. RSTJ 225/752.
- Cv **Ato de incorporação imobiliária** - Atribuição aos adquirentes do imóvel - Possibilidade - Condomínio especial horizontal de casas - Lei n. 4.591/1964 - Lei n. 6.766/1979 - Responsabilidade pela construção. REsp n. 709.403 - SP. RSTJ 225/546.
- Adm Ato regulamentador - Ausência - Benefício - Concessão - Impossibilidade - Lei n. 11.770/2008, art. 2º - Licença-maternidade - Prorrogação - **Servidoras públicas municipais**. REsp n. 1.258.074 - MG. RSTJ 225/337.
- Cv Atribuição aos adquirentes do imóvel - Possibilidade - **Ato de incorporação imobiliária** - Condomínio especial horizontal de casas - Lei n. 4.591/1964 - Lei n. 6.766/1979 - Responsabilidade pela construção. REsp n. 709.403 - SP. RSTJ 225/546.
- PrPn Audiência de retratação da representação - Realização *ex officio* - Impossibilidade - Ação penal pública condicionada à representação - **Crime de lesão corporal de natureza leve** - Lei n. 11.340/2006, art. 16 - Ofendida - Manifestação de vontade - Necessidade - Violência doméstica e familiar. RMS n. 34.607 - MS. RSTJ 225/806.

Cv Auxílio cesta-alimentação - Verba variável - Competência - Justiça Estadual - Lei Complementar n. 108/2001, art. 3º - Lei n. 6.321/1976 - Lei n. 7.418/1985 - **Previdência privada** - Proventos de complementação de aposentadoria - Incorporação - Não-cabimento. REsp n. 1.023.053 - RS. RSTJ 225/381.

PrCv **Auxílio-acidente** - Benefício concedido anterior à Lei n.9.032/1995 - CPC, arts. 543-B, § 3º, e 557, § 1º-A - Juízo de retratação - Lei nova - Pedido de revisão - Impossibilidade - Repercussão geral. REsp n. 1.050.688 - SP. RSTJ 225/813.

B

Trbt Base de cálculo - Valor - Inclusão - Contribuição Social sobre o Lucro - CTN, art. 43, § 2º - Disponibilidade econômica e jurídica da renda - Empresas controladas e coligadas situadas no exterior - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Lei n. 9.249/1995, art. 25, § 5º - Medida Provisória n. 2.158-35/2001, art. 74. REsp n. 1.161.003 - RS. RSTJ 225/321.

Adm Benefício - Concessão - Impossibilidade - Ato regulamentador - Ausência - Lei n. 11.770/2008, art. 2º - Licença-maternidade - Prorrogação - **Servidoras públicas municipais**. REsp n. 1.258.074 - MG. RSTJ 225/337.

PrCv Benefício concedido anterior à Lei n.9.032/1995 - **Auxílio-acidente** - CPC, arts. 543-B, § 3º, e 557, § 1º-A - Juízo de retratação - Lei nova - Pedido de revisão - Impossibilidade - Repercussão geral. REsp n. 1.050.688 - SP. RSTJ 225/813.

Trbt Benefícios fiscais supervenientes - Redução da taxa de juros - **Contribuição provisória sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF)** - Depósito judicial - Diferenças dos índices dos juros - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 9.703/1998, art. 1º, § 2º - Lei n. 10.637/2002, art. 14, § 3º. REsp n. 1.235.353 - PR. RSTJ 225/190.

C

Adm Cadastro de serviço de proteção ao crédito - Registro - **Concurso público** - Investigação social - Inabilitação - Não-cabimento - Princípio da presunção de inocência - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Inexistência. RMS n. 30.734 - DF. RSTJ 225/793.

PrCv Caixa Econômica Federal (CEF) - Interesse jurídico - Competência - Justiça Federal - Decreto n. 2.476/1988 - Lei n. 7.682/1988 - Lei n.

- 12.409/2011 - Medida Provisória n. 1.671/1998 - Seguro habitacional - Apólice pública - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. EDcl no REsp n. 1.091.393 - SC. RSTJ 225/359.
- PrCv Câmara de Vereadores - Eleição da Mesa Diretora - Lesão à ordem pública - Verificação - Impossibilidade - **Suspensão de segurança** - Não-cabimento. AgRg na SS n. 2.498 - BA. RSTJ 225/113.
- Adm Cargo público - Investidura - Cabimento - **Concurso público** - Condenação transitada em julgado - Quitação eleitoral - Validade - Suspensão dos direitos políticos - Encerramento. RMS n. 35.045 - DF. RSTJ 225/249.
- Cv CC/2002, art. 206, § 3º, V - Inaplicabilidade - Ciência do registro - **Inscrição errônea no SPC** - Indenização - Cabimento - Prescrição - Termo inicial. REsp n. 1.276.311 - RS. RSTJ 225/664.
- PrCv CC/2002, art. 1.606, *caput* - **Ação de investigação de relação avoenga** - Direito à identidade genética - Direito à privacidade e intimidade - Genitor do investigante vivo - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Neta - Princípio da razoabilidade - Relação de parentesco *per saltum* - Reconhecimento - Impossibilidade. REsp n. 876.434 - RS. RSTJ 225/580.
- Cv CD remasterizado - Artista - Autorização - Ausência - Dano moral - Violação - **Direito autoral** - Indenização - Cabimento - Lei n. 9.610/1998, arts. 24, IV, e 49. REsp n. 1.098.626 - RJ. RSTJ 225/439.
- Adm CF/1988, ADCT, art. 10, II, **b** - Dispensa *ad nutum* - Possibilidade - Exercício de função pública - Vínculo temporário e precário - Licença maternidade - Estabilidade provisória - Cabimento - **Servidora pública** - Gravidez. RMS n. 25.555 - MG. RSTJ 225/892.
- PrCv CF/1988, art. 5º, XXI e LXX, **b** - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Associação de municípios - Lei n. 10.016/2009, art. 21 - Lei n. 12.016/2009, art. 21 e 22 - **Mandado de segurança coletivo** - Pessoa jurídica de direito público - Substituição processual - Não-cabimento. RMS n. 34.270 - MG. RSTJ 225/241.
- Adm CF/1988, art. 37, IX - **Contrato temporário** - Precariedade - Direito líquido e certo - Ausência - Serviço público - Estabilidade - Não-configuração. AgRg no RMS n. 33.227 - PA. RSTJ 225/232.
- Cv Ciência do registro - CC/2002, art. 206, § 3º, V - Inaplicabilidade - **Inscrição errônea no SPC** - Indenização - Cabimento - Prescrição - Termo inicial. REsp n. 1.276.311 - RS. RSTJ 225/664.
- Cv Cirurgia de natureza mista - Obrigação de meio e de resultado - **Responsabilidade civil** - Médico. REsp n. 1.097.955 - MG. RSTJ 225/428.
- Cv Cláusula abusiva - Dano moral - Dano material - Cabimento - **Plano de saúde** - Tratamento - Valor de cobertura - Limitação - Impossibilidade. REsp n. 735.750 - SP. RSTJ 225/568.

- Trbt **Cofins** - Regime de contribuição - Alíquota tributária - Alteração, aumento ou fixação - Impossibilidade - Lei n. 10.833/2003, art. 10, XI - Princípio da legalidade - Ofensa - Secretaria da Receita Federal - Instrução Normativa n. 468/2004. REsp n. 1.089.998 - RJ. RSTJ 225/295.
- PrCv Comércio - Cobrança de ICMS - **Suspensão de segurança** - Não-cabimento. AgRg na SS n. 2.482 - MA. RSTJ 225/110.
- Cv Competência - Auxílio cesta-alimentação - Verba variável - Justiça Estadual - Lei Complementar n. 108/2001, art. 3º - Lei n. 6.321/1976 - Lei n. 7.418/1985 - **Previdência privada** - Proventos de complementação de aposentadoria - Incorporação - Não-cabimento. REsp n. 1.023.053 - RS. RSTJ 225/381.
- PrPn Competência - Conexão - Concurso de jurisdições da mesma categoria - CPP, art. 78, II - **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Sexta Vara Federal Criminal da Subseção do Rio de Janeiro. HC n. 116.516 - RJ. RSTJ 225/703.
- PrCv Competência - Dissídios trabalhistas entre empregados e empregadores - Junta de Conciliação e Arbitragem - Resolução n. 9/2005-STJ - **Sentença estrangeira contestada** - Homologação. SEC n. 4.933 - MX. RSTJ 225/160.
- PrCv Competência - Justiça Federal - Caixa Econômica Federal (CEF) - Interesse jurídico - Decreto n. 2.476/1988 - Lei n. 7.682/1988 - Lei n. 12.409/2011 - Medida Provisória n. 1.671/1998 - Seguro habitacional - Apólice pública - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. EDcl no REsp n. 1.091.393 - SC. RSTJ 225/359.
- PrCv Competência da Justiça Brasileira - Previsão de exclusão - Homologação - Impossibilidade - **Sentença estrangeira contestada**. SEC n. 5.262 - CH. RSTJ 225/168.
- PrPn Competência do juízo - **Crime de homicídio triplamente qualificado** - Local do início dos atos executórios - Teoria do resultado - Relativização. HC n. 196.458 - SP. RSTJ 225/845.
- Adm **Concurso público** - Cadastro de serviço de proteção ao crédito - Registro - Investigação social - Inabilitação - Não-cabimento - Princípio da presunção de inocência - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Inexistência. RMS n. 30.734 - DF. RSTJ 225/793.
- Adm **Concurso público** - Cargo público - Investidura - Cabimento - Condenação transitada em julgado - Quitação eleitoral - Validade - Suspensão dos direitos políticos - Encerramento. RMS n. 35.045 - DF. RSTJ 225/249.
- Adm **Concurso público** - Aprovação fora do número de vagas - Nomeação - Direito líquido e certo - Novas vagas - Vigência do certame. RMS n. 31.847 - RS. RSTJ 225/277.

- Adm **Concurso público** - Limite de idade - Decadência - Termo inicial - Indeferimento da matrícula - Mandado de segurança. REsp n. 1.258.466 - MS. RSTJ 225/341.
- PrPn Condenação - Manutenção - **Crime de homicídio qualificado** - Laudos periciais antagônicos - Segundo laudo pericial - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 88.645 - PA. RSTJ 225/825.
- Adm Condenação transitada em julgado - Cargo público - Investidura - Cabimento - **Concurso público** - Quitação eleitoral - Validade - Suspensão dos direitos políticos - Encerramento. RMS n. 35.045 - DF. RSTJ 225/249.
- PrCv **Condição da ação** - Preclusão - Não-ocorrência - CPC, art. 267, § 3º - Defesa de mérito - Preclusão - Teoria da asserção. REsp n. 595.188 - RS. RSTJ 225/539.
- Cv Condomínio especial horizontal de casas - **Ato de incorporação imobiliária** - Atribuição aos adquirentes do imóvel - Possibilidade - Lei n. 4.591/1964 - Lei n. 6.766/1979 - Responsabilidade pela construção. REsp n. 709.403 - SP. RSTJ 225/546.
- PrPn Conexão - Concurso de jurisdições da mesma categoria - Competência - CPP, art. 78, II - **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Sexta Vara Federal Criminal da Subseção do Rio de Janeiro. HC n. 116.516 - RJ. RSTJ 225/703.
- PrPn Constrangimento ilegal - **Apelação** - Crime de estelionato - Tentativa - Crime de furto qualificado - Efeito devolutivo - Ampliação - Não-cabimento - *Reformatio in pejus* - Impossibilidade. HC n. 174.237 - SP. RSTJ 225/743.
- PrPn Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 312 - **Crime de roubo qualificado** - Lei n. 12.403/2011 - Prisão preventiva - Revogação - Não-cabimento. HC n. 210.892 - SC. RSTJ 225/777.
- PrPn Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Garantia da ordem pública - **Prisão preventiva** - Manutenção. HC n. 205.981 - DF. RSTJ 225/764.
- Pn Continuidade delitiva - Crime de atentado violento ao pudor - **Crime de estupro** - Lei n. 11.464/2007 - Aplicabilidade - *Quantum* final da reprimenda - Aferição - *Reformatio in pejus* - Não-ocorrência - Súmula n. 711-STF. HC n. 165.186 - SP. RSTJ 225/836.
- PrCv Contratada - Extinção - **Ação de cobrança** - Desconsideração da personalidade jurídica - Desnecessidade - Legitimidade passiva *ad causam* - Antigas sócias - Serviço de marketing - Sociedade simples - Responsabilidade ilimitada. REsp n. 895.792 - RJ. RSTJ 225/412.
- Adm **Contrato temporário** - Precariedade - CF/1988, art. 37, IX - Direito líquido e certo - Ausência - Serviço público - Estabilidade - Não-configuração. AgRg no RMS n. 33.227 - PA. RSTJ 225/232.

- Trbt **Contribuição provisória sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF)** - Benefícios fiscais supervenientes - Redução da taxa de juros - Depósito judicial - Diferenças dos índices dos juros - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 9.703/1998, art. 1º, § 2º - Lei n. 10.637/2002, art. 14, § 3º. REsp n. 1.235.353 - PR. RSTJ 225/190.
- Trbt Contribuição Social sobre o Lucro - Base de cálculo - Valor - Inclusão - CTN, art. 43, § 2º - Disponibilidade econômica e jurídica da renda - Empresas controladas e coligadas situadas no exterior - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Lei n. 9.249/1995, art. 25, § 5º - Medida Provisória n. 2.158-35/2001, art. 74. REsp n. 1.161.003 - RS. RSTJ 225/321.
- PrCv CPC, art. 20 - Ação coletiva - Ajuizamento - Ação individual - Suspensão - **Expurgos inflacionários** - Honorários advocatícios - Prévia condenação do réu - Impossibilidade. REsp n. 1.185.334 - RS. RSTJ 225/506.
- PrCv CPC, art. 267, § 3º - **Condição da ação** - Preclusão - Não-ocorrência - Defesa de mérito - Preclusão - Teoria da asserção. REsp n. 595.188 - RS. RSTJ 225/539.
- PrCv CPC, arts. 369 e 389, II - Assinatura - Reconhecimento em cartório por semelhança - **Embargos à execução** - Impugnação - Ônus da prova - Apresentante - Não-cabimento - Título executivo extrajudicial. REsp n. 302.469 - MG. RSTJ 225/403.
- Pn CPC, art. 405, II, e § 4º - Atipicidade da conduta - **Crime de falso testemunho ou falsa perícia** - Informante - Paciente - Irmã do autor da ação. HC n. 192.659 - ES. RSTJ 225/752.
- PrCv CPC, arts. 543-A, § 5º, e 543-B, § 3º - Fundamentação sucinta suficiente - **Negativa de prestação jurisdicional** - Inexistência - Recurso protelatório - Aplicação de multa - Repercussão geral - Ausência. AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.231.838 - CE. RSTJ 225/118.
- PrCv CPC, arts. 543-B, § 3º, e 557, § 1º-A - **Auxílio-acidente** - Benefício concedido anterior à Lei n.9.032/1995 - Juízo de retratação - Lei nova - Pedido de revisão - Impossibilidade - Repercussão geral. REsp n. 1.050.688 - SP. RSTJ 225/813.
- Cv CPC, art. 543-C - Alcance subjetivo da sentença - Alteração - Impossibilidade - Eficácia da sentença - Limitação territorial - Não-cabimento - **Execução de sentença** - Ação civil pública - Expurgos inflacionários - Pagamento - Lei n. 9.494/1997, art. 2º-A, *caput* - Inaplicabilidade. REsp n. 1.243.887 - PR. RSTJ 225/123.
- PrPn CPP, art. 78, II - Competência - Conexão - Concurso de jurisdições da mesma categoria - **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Sexta Vara Federal Criminal da Subseção do Rio de Janeiro. HC n. 116.516 - RJ. RSTJ 225/703.

- PrPn CPP, art. 84, §§ 1º e 2º - Inconstitucionalidade - **Foro por prerrogativa de função** - Não-cabimento - Lei n. 9.868/1999, art. 27 - Lei n. 10.628/2002 - Lei processual penal no tempo - *Tempus regit actum* - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 115.521 - DF. RSTJ 225/692.
- PrPn CPP, art. 312 - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Crime de roubo qualificado** - Lei n. 12.403/2011 - Prisão preventiva - Revogação - Não-cabimento. HC n. 210.892 - SC. RSTJ 225/777.
- Trbt Créditos sobre outros bens incorporados ao ativo imobilizado - Aproveitamento - Impossibilidade - Lei n. 10.637/2002, art. 3º, VI - Revogação - Lei n. 10.833/2003, arts. 3º, VI, e 15 - Lei n. 11.196/2005, art. 43 - Programa de Integração Social (PIS) - **Regime da não cumulatividade**. REsp n. 1.258.979 - SC. RSTJ 225/349.
- Pn Crime de associação para o tráfico - **Crime de tráfico de entorpecente** - Crime hediondo - Crime permanente - Lei n. 11.346/2006 - Lei penal mais gravosa - Aplicabilidade. HC n. 218.946 - SP. RSTJ 225/883.
- Pn Crime de atentado violento ao pudor - Continuidade delitiva - **Crime de estupro** - Lei n. 11.464/2007 - Aplicabilidade - *Quantum* final da reprimenda - Aferição - *Reformatio in pejus* - Não-ocorrência - Súmula n. 711-STF. HC n. 165.186 - SP. RSTJ 225/836.
- PrPn Crime de corrupção ativa - **Ação penal originária** - Crime de corrupção passiva - Desembargador - Afastamento - Possibilidade - Gravação ambiental - Legalidade - Lei Complementar n. 35/1979, art. 29. APn n. 644 - BA. RSTJ 225/19.
- PrPn Crime de corrupção passiva - **Ação penal originária** - Crime de corrupção ativa - Desembargador - Afastamento - Possibilidade - Gravação ambiental - Legalidade - Lei Complementar n. 35/1979, art. 29. APn n. 644 - BA. RSTJ 225/19.
- PrPn Crime de estelionato - Tentativa - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Crime de furto qualificado - Efeito devolutivo - Ampliação - Não-cabimento - *Reformatio in pejus* - Impossibilidade. HC n. 174.237 - SP. RSTJ 225/743.
- Pn **Crime de estupro** - Continuidade delitiva - Crime de atentado violento ao pudor - Lei n. 11.464/2007 - Aplicabilidade - *Quantum* final da reprimenda - Aferição - *Reformatio in pejus* - Não-ocorrência - Súmula n. 711-STF. HC n. 165.186 - SP. RSTJ 225/836.
- Pn **Crime de falso testemunho ou falsa perícia** - Atipicidade da conduta - CPC, art. 405, II, e § 4º - Informante - Paciente - Irmã do autor da ação. HC n. 192.659 - ES. RSTJ 225/752.
- PrPn Crime de furto qualificado - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Crime de estelionato - Tentativa - Efeito devolutivo - Ampliação - Não-cabimento - *Reformatio in pejus* - Impossibilidade. HC n. 174.237 - SP. RSTJ 225/743.

- PrPn **Crime de homicídio qualificado** - Condenação - Manutenção - Laudos periciais antagônicos - Segundo laudo pericial - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 88.645 - PA. RSTJ 225/825.
- PrPn **Crime de homicídio triplamente qualificado** - Competência do juízo - Local do início dos atos executórios - Teoria do resultado - Relativização. HC n. 196.458 - SP. RSTJ 225/845.
- PrPn **Crime de lesão corporal de natureza leve** - Ação penal pública condicionada à representação - Audiência de retratação da representação - Realização *ex officio* - Impossibilidade - Lei n. 11.340/2006, art. 16 - Ofendida - Manifestação de vontade - Necessidade - Violência doméstica e familiar. RMS n. 34.607 - MS. RSTJ 225/806.
- PrPn **Crime de roubo qualificado** - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 312 - Lei n. 12.403/2011 - Prisão preventiva - Revogação - Não-cabimento. HC n. 210.892 - SC. RSTJ 225/777.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Crime de associação para o tráfico - Crime hediondo - Crime permanente - Lei n. 11.346/2006 - Lei penal mais gravosa - Aplicabilidade. HC n. 218.946 - SP. RSTJ 225/883.
- Adm Crime de tráfico internacional de entorpecentes - **Expulsão de estrangeiro do território nacional** - Impossibilidade - Filho brasileiro - Dependência econômica - Comprovação - Lei n. 6.815/1980, art. 75, II, b. HC n. 197.570 - DF. RSTJ 225/175.
- Pn Crime hediondo - Crime de associação para o tráfico - **Crime de tráfico de entorpecente** - Crime permanente - Lei n. 11.346/2006 - Lei penal mais gravosa - Aplicabilidade. HC n. 218.946 - SP. RSTJ 225/883.
- PrPn Crime militar - **Execução penal** - Legislação castrense - Previsão - Ausência - Lei de Execução Penal - Aplicação subsidiária - Princípio da individualização da pena - Regime prisional - Progressão - Cabimento. HC n. 215.765 - RS. RSTJ 225/785.
- Pn Crime permanente - Crime de associação para o tráfico - **Crime de tráfico de entorpecente** - Crime hediondo - Lei n. 11.346/2006 - Lei penal mais gravosa - Aplicabilidade. HC n. 218.946 - SP. RSTJ 225/883.
- Trbt CTN, art. 43, § 2º - Base de cálculo - Valor - Inclusão - Contribuição Social sobre o Lucro - Disponibilidade econômica e jurídica da renda - Empresas controladas e coligadas situadas no exterior - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Lei n. 9.249/1995, art. 25, § 5º - Medida Provisória n. 2.158-35/2001, art. 74. REsp n. 1.161.003 - RS. RSTJ 225/321.
- PrCv Curso superior - Conclusão - **Ação de alimentos** - Improcedência - Prova da incapacidade de sustento - Necessidade. REsp n. 1.218.510 - SP. RSTJ 225/524.

D

- PrCv Dano moral - **Ação indenizatória** - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ofício de notas - Lei n. 8.935/1994, art. 22 - Lei n. 9.492/1997, art. 38 - Personalidade jurídica - Ausência - Reconhecimento de firma - Assinatura falsificada. REsp n. 1.177.372 - RJ. RSTJ 225/487.
- Cv Dano moral - Dano material - Cabimento - Cláusula abusiva - **Plano de saúde** - Tratamento - Valor de cobertura - Limitação - Impossibilidade. REsp n. 735.750 - SP. RSTJ 225/568.
- Cv Dano moral - Violação - Artista - Autorização - Ausência - CD remasterizado - **Direito autoral** - Indenização - Cabimento - Lei n. 9.610/1998, arts. 24, IV, e 49. REsp n. 1.098.626 - RJ. RSTJ 225/439.
- Trbt **Débito tributário** - Crédito de precatório de terceiros - Compensação - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Ausência. AgRg no RMS n. 31.617 - PR. RSTJ 225/226.
- Adm Decadência - Termo inicial - **Concurso público** - Limite de idade - Indeferimento da matrícula - Mandado de segurança. REsp n. 1.258.466 - MS. RSTJ 225/341.
- PrCv Decreto n. 2.476/1988 - Caixa Econômica Federal (CEF) - Interesse jurídico - Competência - Justiça Federal - Lei n. 7.682/1988 - Lei n. 12.409/2011 - Medida Provisória n. 1.671/1998 - Seguro habitacional - Apólice pública - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. EDcl no REsp n. 1.091.393 - SC. RSTJ 225/359.
- PrCv Defesa de mérito - Preclusão - **Condição da ação** - Preclusão - Não-ocorrência - CPC, art. 267, § 3º - Teoria da asserção. REsp n. 595.188 - RS. RSTJ 225/539.
- Adm Demissão - Nulidade - Acusado - Nova oitiva - Necessidade - Oitiva de testemunhas - Deferimento - **Processo administrativo disciplinar**. MS n. 17.423 - DF. RSTJ 225/182.
- Trbt Depósito judicial - Benefícios fiscais supervenientes - Redução da taxa de juros - **Contribuição provisória sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF)** - Diferenças dos índices dos juros - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 9.703/1998, art. 1º, § 2º - Lei n. 10.637/2002, art. 14, § 3º. REsp n. 1.235.353 - PR. RSTJ 225/190.
- PrCv Desconsideração da personalidade jurídica - Desnecessidade - **Ação de cobrança** - Contratada - Extinção - Legitimidade passiva *ad causam* - Antigas sócias - Serviço de marketing - Sociedade simples - Responsabilidade ilimitada. REsp n. 895.792 - RJ. RSTJ 225/412.

- PrPn Desembargador - Afastamento - Possibilidade - **Ação penal originária** - Crime de corrupção ativa - Crime de corrupção passiva - Gravação ambiental - Legalidade - Lei Complementar n. 35/1979, art. 29. APn n. 644 - BA. RSTJ 225/19.
- Cv Desfazimento judicial - Impossibilidade - **Falência** - Órgão administrativo - Autorização - Refis - Parcelamento das dívidas - União - Interesse de agir - Ausência - *Venire contra factum proprium*. REsp n. 1.033.963 - MG. RSTJ 225/421.
- Trbt Diferenças dos índices dos juros - Levantamento - Impossibilidade - Benefícios fiscais supervenientes - Redução da taxa de juros - **Contribuição provisória sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF)** - Depósito judicial - Lei n. 9.703/1998, art. 1º, § 2º - Lei n. 10.637/2002, art. 14, § 3º. REsp n. 1.235.353 - PR. RSTJ 225/190.
- PrCv Direito à identidade genética - **Ação de investigação de relação avoenga** - CC/2002, art. 1.606, *caput* - Direito à privacidade e intimidade - Genitor do investigante vivo - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Neta - Princípio da razoabilidade - Relação de parentesco *per saltum* - Reconhecimento - Impossibilidade. REsp n. 876.434 - RS. RSTJ 225/580.
- PrCv Direito à privacidade e intimidade - **Ação de investigação de relação avoenga** - CC/2002, art. 1.606, *caput* - Direito à identidade genética - Genitor do investigante vivo - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Neta - Princípio da razoabilidade - Relação de parentesco *per saltum* - Reconhecimento - Impossibilidade. REsp n. 876.434 - RS. RSTJ 225/580.
- Cv **Direito autoral** - Artista - Autorização - Ausência - CD remasterizado - Dano moral - Violação - Indenização - Cabimento - Lei n. 9.610/1998, arts. 24, IV, e 49. REsp n. 1.098.626 - RJ. RSTJ 225/439.
- Cv Direito intertemporal - **Falência** - Fase falimentar - Lei n. 11.101/2005 - Aplicabilidade - Fase pré-falimentar - Decreto-Lei n. 7.661/1945 - Aplicabilidade - Lei n. 11.101/2005, art. 192, § 4º. REsp n. 1.105.176 - MG. RSTJ 225/642.
- Adm Direito líquido e certo - Ausência - CF/1988, art. 37, IX - **Contrato temporário** - Precariedade - Serviço público - Estabilidade - Não-configuração. AgRg no RMS n. 33.227 - PA. RSTJ 225/232.
- Trbt Direito líquido e certo - Ausência - **Débito tributário** - Crédito de precatório de terceiros - Compensação - Impossibilidade. AgRg no RMS n. 31.617 - PR. RSTJ 225/226.
- Adm Dispensa *ad nutum* - Possibilidade - CF/1988, ADCT, art. 10, II, **b** - Exercício de função pública - Vínculo temporário e precário - Licença

- maternidade - Estabilidade provisória - Cabimento - **Servidora pública** - Gravidez. RMS n. 25.555 - MG. RSTJ 225/892.
- Trbt Disponibilidade econômica e jurídica da renda - Base de cálculo - Valor - Inclusão - Contribuição Social sobre o Lucro - CTN, art. 43, § 2º - Empresas controladas e coligadas situadas no exterior - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Lei n. 9.249/1995, art. 25, § 5º - Medida Provisória n. 2.158-35/2001, art. 74. REsp n. 1.161.003 - RS. RSTJ 225/321.
- PrCv Divergência jurisprudencial não-demonstrada - **Ação de reintegração de posse** - Inspeção judicial tardia - Posse integral da área - Não comprovação - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 1.213.518 - AM. RSTJ 225/511.
- PrCv Divergência jurisprudencial não-demonstrada - **Ação indenizatória** - Não-cabimento - Hemofilia - Transfusão de sangue - HIV - Prova - Reexame - Vedação - Responsabilidade civil do Estado - Não-configuração. REsp n. 1.202.159 - RJ. RSTJ 225/263.
- Adm Dolo - Ausência - **Improbidade administrativa** - Não-configuração - Lei n. 8.429/1992 - Promoção pessoal indevida. AgRg no AREsp n. 21.662 - SP. RSTJ 225/207.

E

- PrPn Efeito devolutivo - Ampliação - Não-cabimento - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Crime de estelionato - Tentativa - Crime de furto qualificado - *Reformatio in pejus* - Impossibilidade. HC n. 174.237 - SP. RSTJ 225/743.
- Cv Eficácia da sentença - Limitação territorial - Não-cabimento - Alcance subjetivo da sentença - Alteração - Impossibilidade - CPC, art. 543-C - **Execução de sentença** - Ação civil pública - Expurgos inflacionários - Pagamento - Lei n. 9.494/1997, art. 2º-A, *caput* - Inaplicabilidade. REsp n. 1.243.887 - PR. RSTJ 225/123.
- PrCv **Embargos à execução** - Assinatura - Reconhecimento em cartório por semelhança - CPC, arts. 369 e 389, II - Impugnação - Ônus da prova - Apresentante - Não-cabimento - Título executivo extrajudicial. REsp n. 302.469 - MG. RSTJ 225/403.
- Cv Emenda Constitucional n. 20/1998 - Lei Complementar n. 108/2001 - Patrocinador e fundo de pensão - Litisconsórcio necessário - Não-ocorrência - **Previdência privada fechada** - Regime de contribuição - Direito adquirido - Inexistência - União - Interesse - Ausência. REsp n. 1.111.077 - DF. RSTJ 225/647.

- Trbt Empresas controladas e coligadas situadas no exterior - Base de cálculo - Valor - Inclusão - Contribuição Social sobre o Lucro - CTN, art. 43, § 2º - Disponibilidade econômica e jurídica da renda - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Lei n. 9.249/1995, art. 25, § 5º - Medida Provisória n. 2.158-35/2001, art. 74. REsp n. 1.161.003 - RS. RSTJ 225/321.
- Adm Exclusão da corporação - **Ex-policial militar** - Lei Complementar n. 53/1990(MS), art. 117, § 2º - Inaplicabilidade - Lei n. 8.213/1991 - Lei n. 9.717/1998 - Superveniência - Pensão - Pagamento - Impossibilidade. AgRg no RMS n. 28.408 - MS. RSTJ 225/821.
- Cv **Execução de sentença** - Ação civil pública - Alcance subjetivo da sentença - Alteração - Impossibilidade - CPC, art. 543-C - Eficácia da sentença - Limitação territorial - Não-cabimento - Expurgos inflacionários - Pagamento - Lei n. 9.494/1997, art. 2º-A, *caput* - Inaplicabilidade. REsp n. 1.243.887 - PR. RSTJ 225/123.
- PrCv **Execução de título extrajudicial** - Imóvel - Pequena propriedade rural - Caracterização - Impenhorabilidade - Reconhecimento - Lei n. 8.629/1993. REsp n. 1.284.708 - PR. RSTJ 225/530.
- PrPn **Execução penal** - Crime militar - Legislação castrense - Previsão - Ausência - Lei de Execução Penal - Aplicação subsidiária - Princípio da individualização da pena - Regime prisional - Progressão - Cabimento. HC n. 215.765 - RS. RSTJ 225/785.
- PrPn **Execução penal** - Fuga de sentenciado - Mandado de prisão - Suspensão - Impossibilidade - Sistema penitenciário estadual - Precariedade - Irrelevância. HC n. 212.991 - RS. RSTJ 225/875.
- Adm Exercício de função pública - Vínculo temporário e precário - CF/1988, ADCT, art. 10, II, **b** - Dispensa *ad nutum* - Possibilidade - Licença maternidade - Estabilidade provisória - Cabimento - **Servidora pública** - Gravidez. RMS n. 25.555 - MG. RSTJ 225/892.
- Adm **Ex-policial militar** - Exclusão da corporação - Lei Complementar n. 53/1990(MS), art. 117, § 2º - Inaplicabilidade - Lei n. 8.213/1991 - Lei n. 9.717/1998 - Superveniência - Pensão - Pagamento - Impossibilidade. AgRg no RMS n. 28.408 - MS. RSTJ 225/821.
- Adm **Expulsão de estrangeiro do território nacional** - Impossibilidade - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - Filho brasileiro - Dependência econômica - Comprovação - Lei n. 6.815/1980, art. 75, II, **b**. HC n. 197.570 - DF. RSTJ 225/175.
- PrCv **Expurgos inflacionários** - Ação coletiva - Ajuizamento - Ação individual - Suspensão - CPC, art. 20 - Honorários advocatícios - Prévia condenação do réu - Impossibilidade. REsp n. 1.185.334 - RS. RSTJ 225/506.

Cv Expurgos inflacionários - Pagamento - Alcance subjetivo da sentença - Alteração - Impossibilidade - CPC, art. 543-C - Eficácia da sentença - Limitação territorial - Não-cabimento - **Execução de sentença** - Ação civil pública - Lei n. 9.494/1997, art. 2º-A, *caput* - Inaplicabilidade. REsp n. 1.243.887 - PR. RSTJ 225/123.

F

Cv **Falência** - Desfazimento judicial - Impossibilidade - Órgão administrativo - Autorização - Refis - Parcelamento das dívidas - União - Interesse de agir - Ausência - *Venire contra factum proprium*. REsp n. 1.033.963 - MG. RSTJ 225/421.

Cv **Falência** - Direito intertemporal - Fase falimentar - Lei n. 11.101/2005 - Aplicabilidade - Fase pré-falimentar - Decreto-Lei n. 7.661/1945 - Aplicabilidade - Lei n. 11.101/2005, art. 192, § 4º. REsp n. 1.105.176 - MG. RSTJ 225/642.

Cv Fase falimentar - Lei n. 11.101/2005 - Aplicabilidade - Direito intertemporal - **Falência** - Fase pré-falimentar - Decreto-Lei n. 7.661/1945 - Aplicabilidade - Lei n. 11.101/2005, art. 192, § 4º. REsp n. 1.105.176 - MG. RSTJ 225/642.

Cv Fase pré-falimentar - Decreto-Lei n. 7.661/1945 - Aplicabilidade - Direito intertemporal - **Falência** - Fase falimentar - Lei n. 11.101/2005 - Aplicabilidade - Lei n. 11.101/2005, art. 192, § 4º. REsp n. 1.105.176 - MG. RSTJ 225/642.

Cv Fato do produto - **Ação indenizatória** - Acidente automobilístico - Fornecedor - Responsabilidade objetiva. REsp n. 1.026.153 - SP. RSTJ 225/633.

Adm Filho brasileiro - Dependência econômica - Comprovação - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - **Expulsão de estrangeiro do território nacional** - Impossibilidade - Lei n. 6.815/1980, art. 75, II, b. HC n. 197.570 - DF. RSTJ 225/175.

Cv Fornecedor - Responsabilidade objetiva - **Ação indenizatória** - Acidente automobilístico - Fato do produto. REsp n. 1.026.153 - SP. RSTJ 225/633.

PrPn **Foro por prerrogativa de função** - Não-cabimento - CPP, art. 84, §§ 1º e 2º - Inconstitucionalidade - Lei n. 9.868/1999, art. 27 - Lei n. 10.628/2002 - Lei processual penal no tempo - *Tempus regit actum* - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 115.521 - DF. RSTJ 225/692.

PrPn Fuga de sentenciado - **Execução penal** - Mandado de prisão - Suspensão - Impossibilidade - Sistema penitenciário estadual - Precariedade - Irrelevância. HC n. 212.991 - RS. RSTJ 225/875.

PrCv Fundamentação sucinta suficiente - CPC, arts. 543-A, § 5º, e 543-B, § 3º - **Negativa de prestação jurisdicional** - Inexistência - Recurso protelatório - Aplicação de multa - Repercussão geral - Ausência. AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.231.838 - CE. RSTJ 225/118.

G

PrPn Garantia da ordem pública - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Prisão preventiva** - Manutenção. HC n. 205.981 - DF. RSTJ 225/764.

PrCv Genitor do investigante vivo - **Ação de investigação de relação avoenga** - CC/2002, art. 1.606, *caput* - Direito à identidade genética - Direito à privacidade e intimidade - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Neta - Princípio da razoabilidade - Relação de parentesco *per saltum* - Reconhecimento - Impossibilidade. REsp n. 876.434 - RS. RSTJ 225/580.

PrPn Gravação ambiental - Legalidade - **Ação penal originária** - Crime de corrupção ativa - Crime de corrupção passiva - Desembargador - Afastamento - Possibilidade - Lei Complementar n. 35/1979, art. 29. APn n. 644 - BA. RSTJ 225/19.

H

PrPn **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Competência - Conexão - Concurso de jurisdições da mesma categoria - CPP, art. 78, II - Sexta Vara Federal Criminal da Subseção do Rio de Janeiro. HC n. 116.516 - RJ. RSTJ 225/703.

PrCv Hemofilia - Transfusão de sangue - HIV - **Ação indenizatória** - Não-cabimento - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Prova - Reexame - Vedação - Responsabilidade civil do Estado - Não-configuração. REsp n. 1.202.159 - RJ. RSTJ 225/263.

PrCv Homologação - Impossibilidade - Competência da Justiça Brasileira - Previsão de exclusão - **Sentença estrangeira contestada**. SEC n. 5.262 - CH. RSTJ 225/168.

PrCv Honorários advocatícios - Ação coletiva - Ajuizamento - Ação individual - Suspensão - CPC, art. 20 - **Expurgos inflacionários** - Prévia condenação do réu - Impossibilidade. REsp n. 1.185.334 - RS. RSTJ 225/506.

I

PrCv Ilegitimidade ativa *ad causam* - Associação de municípios - CF/1988, art. 5º, XXI e LXX, **b** - Lei n. 10.016/2009, art. 21 - Lei n. 12.016/2009, art. 21

- e 22 - **Mandado de segurança coletivo** - Pessoa jurídica de direito público - Substituição processual - Não-cabimento. RMS n. 34.270 - MG. RSTJ 225/241.
- PrCv Ilegitimidade ativa *ad causam* - Neta - **Ação de investigação de relação avoenga** - CC/2002, art. 1.606, *caput* - Direito à identidade genética - Direito à privacidade e intimidade - Genitor do investigante vivo - Princípio da razoabilidade - Relação de parentesco *per saltum* - Reconhecimento - Impossibilidade. REsp n. 876.434 - RS. RSTJ 225/580.
- PrCv Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ofício de notas - **Ação indenizatória** - Dano moral - Lei n. 8.935/1994, art. 22 - Lei n. 9.492/1997, art. 38 - Personalidade jurídica - Ausência - Reconhecimento de firma - Assinatura falsificada. REsp n. 1.177.372 - RJ. RSTJ 225/487.
- PrCv Imóvel - Pequena propriedade rural - Caracterização - **Execução de título extrajudicial** - Impenhorabilidade - Reconhecimento - Lei n. 8.629/1993. REsp n. 1.284.708 - PR. RSTJ 225/530.
- PrCv Impenhorabilidade - Reconhecimento - **Execução de título extrajudicial** - Imóvel - Pequena propriedade rural - Caracterização - Lei n. 8.629/1993. REsp n. 1.284.708 - PR. RSTJ 225/530.
- Trbt **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Base de cálculo - Valor - Inclusão - Contribuição Social sobre o Lucro - CTN, art. 43, § 2º - Disponibilidade econômica e jurídica da renda - Empresas controladas e coligadas situadas no exterior - Lei n. 9.249/1995, art. 25, § 5º - Medida Provisória n. 2.158-35/2001, art. 74. REsp n. 1.161.003 - RS. RSTJ 225/321.
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Pleito subsidiário - Não-apreciação - Produtos farmacêuticos e hospitalares - Retorno dos autos - Tribunal *a quo* - Substituição tributária para frente - Validade. AgRg no REsp n. 1.278.200 - MG. RSTJ 225/216.
- Adm **Improbidade administrativa** - Não-configuração - Dolo - Ausência - Lei n. 8.429/1992 - Promoção pessoal indevida. AgRg no AREsp n. 21.662 - SP. RSTJ 225/207.
- PrCv Impugnação - Assinatura - Reconhecimento em cartório por semelhança - CPC, arts. 369 e 389, II - **Embargos à execução** - Ônus da prova - Apresentante - Não-cabimento - Título executivo extrajudicial. REsp n. 302.469 - MG. RSTJ 225/403.
- Adm Incompatibilidade - Caracterização - Advocacia - Impossibilidade - Lei n. 8.906/1994, art. 28, IV - **Ministério Público Estadual (MPE)** - Assessor jurídico. REsp n. 997.714 - RS. RSTJ 225/257.
- Adm Indeferimento da matrícula - **Concurso público** - Limite de idade - Decadência - Termo inicial - Mandado de segurança. REsp n. 1.258.466 - MS. RSTJ 225/341.

- Cv Indenização - Cabimento - Artista - Autorização - Ausência - CD remasterizado - Dano moral - Violação - **Direito autoral** - Lei n. 9.610/1998, arts. 24, IV, e 49. REsp n. 1.098.626 - RJ. RSTJ 225/439.
- Pn Informante - Atipicidade da conduta - CPC, art. 405, II, e § 4º - **Crime de falso testemunho ou falsa perícia** - Paciente - Irmã do autor da ação. HC n. 192.659 - ES. RSTJ 225/752.
- Adm Iniciativa de lei - Chefe do Poder Executivo - Lei n. 12.317/2010 - Inaplicabilidade - Princípio *lex specialis derogat generali* - Regime jurídico - Competência estadual - **Servidor público estadual** - Assistente social. RMS n. 35.196 - MS. RSTJ 225/288.
- Cv **Inscrição errônea no SPC** - Indenização - Cabimento - CC/2002, art. 206, § 3º, V - Inaplicabilidade - Ciência do registro - Prescrição - Termo inicial. REsp n. 1.276.311 - RS. RSTJ 225/664.
- PrCv Inspeção judicial tardia - **Ação de reintegração de posse** - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Posse integral da área - Não comprovação - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 1.213.518 - AM. RSTJ 225/511.
- Adm Investigação social - Inabilitação - Não-cabimento - Cadastro de serviço de proteção ao crédito - Registro - **Concurso público** - Princípio da presunção de inocência - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Inexistência. RMS n. 30.734 - DF. RSTJ 225/793.

J

- PrCv Juízo de retratação - **Auxílio-acidente** - Benefício concedido anterior à Lei n.9.032/1995 - CPC, arts. 543-B, § 3º, e 557, § 1º-A - Lei nova - Pedido de revisão - Impossibilidade - Repercussão geral. REsp n. 1.050.688 - SP. RSTJ 225/813.
- PrCv Junta de Conciliação e Arbitragem - Competência - Dissídios trabalhistas entre empregados e empregadores - Resolução n. 9/2005-STJ - **Sentença estrangeira contestada** - Homologação. SEC n. 4.933 - MX. RSTJ 225/160.
- Cv Justiça Estadual - Auxílio cesta-alimentação - Verba variável - Competência - Lei Complementar n. 108/2001, art. 3º - Lei n. 6.321/1976 - Lei n. 7.418/1985 - **Previdência privada** - Proventos de complementação de aposentadoria - Incorporação - Não-cabimento. REsp n. 1.023.053 - RS. RSTJ 225/381.

L

- PrPn Laudos periciais antagônicos - Condenação - Manutenção - **Crime de homicídio qualificado** - Segundo laudo pericial - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 88.645 - PA. RSTJ 225/825.

- PrPn Legislação castrense - Previsão - Ausência - Crime militar - **Execução penal** - Lei de Execução Penal - Aplicação subsidiária - Princípio da individualização da pena - Regime prisional - Progressão - Cabimento. HC n. 215.765 - RS. RSTJ 225/785.
- PrCv Legitimidade passiva *ad causam* - Antigas sócias - **Ação de cobrança** - Contratada - Extinção - Desconsideração da personalidade jurídica - Desnecessidade - Serviço de marketing - Sociedade simples - Responsabilidade ilimitada. REsp n. 895.792 - RJ. RSTJ 225/412.
- PrPn Lei Complementar n. 35/1979, art. 29 - **Ação penal originária** - Crime de corrupção ativa - Crime de corrupção passiva - Desembargador - Afastamento - Possibilidade - Gravação ambiental - Legalidade. APn n. 644 - BA. RSTJ 225/19.
- Adm Lei Complementar n. 53/1990(MS), art. 117, § 2º - Inaplicabilidade - Exclusão da corporação - **Ex-policial militar** - Lei n. 8.213/1991 - Lei n. 9.717/1998 - Superveniência - Pensão - Pagamento - Impossibilidade. AgRg no RMS n. 28.408 - MS. RSTJ 225/821.
- Cv Lei Complementar n. 108/2001 - Emenda Constitucional n. 20/1998 - Patrocinador e fundo de pensão - Litisconsórcio necessário - Não-ocorrência - **Previdência privada fechada** - Regime de contribuição - Direito adquirido - Inexistência - União - Interesse - Ausência. REsp n. 1.111.077 - DF. RSTJ 225/647.
- Cv Lei Complementar n. 108/2001, art. 3º - Auxílio cesta-alimentação - Verba variável - Competência - Justiça Estadual - Lei n. 6.321/1976 - Lei n. 7.418/1985 - **Previdência privada** - Proventos de complementação de aposentadoria - Incorporação - Não-cabimento. REsp n. 1.023.053 - RS. RSTJ 225/381.
- PrPn Lei de Execução Penal - Aplicação subsidiária - Crime militar - **Execução penal** - Legislação castrense - Previsão - Ausência - Princípio da individualização da pena - Regime prisional - Progressão - Cabimento. HC n. 215.765 - RS. RSTJ 225/785.
- Cv Lei n. 4.591/1964 - **Ato de incorporação imobiliária** - Atribuição aos adquirentes do imóvel - Possibilidade - Condomínio especial horizontal de casas - Lei n. 6.766/1979 - Responsabilidade pela construção. REsp n. 709.403 - SP. RSTJ 225/546.
- Cv Lei n. 6.321/1976 - Auxílio cesta-alimentação - Verba variável - Competência - Justiça Estadual - Lei Complementar n. 108/2001, art. 3º - Lei n. 7.418/1985 - **Previdência privada** - Proventos de complementação de aposentadoria - Incorporação - Não-cabimento. REsp n. 1.023.053 - RS. RSTJ 225/381.

- Cv Lei n. 6.766/1979 - **Ato de incorporação imobiliária** - Atribuição aos adquirentes do imóvel - Possibilidade - Condomínio especial horizontal de casas - Lei n. 4.591/1964 - Responsabilidade pela construção. REsp n. 709.403 - SP. RSTJ 225/546.
- Adm Lei n. 6.815/1980, art. 75, II, **b** - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - **Expulsão de estrangeiro do território nacional** - Impossibilidade - Filho brasileiro - Dependência econômica - Comprovação. HC n. 197.570 - DF. RSTJ 225/175.
- Cv Lei n. 7.418/1985 - Auxílio cesta-alimentação - Verba variável - Competência - Justiça Estadual - Lei Complementar n. 108/2001, art. 3º - Lei n. 6.321/1976 - **Previdência privada** - Proventos de complementação de aposentadoria - Incorporação - Não-cabimento. REsp n. 1.023.053 - RS. RSTJ 225/381.
- PrCv Lei n. 7.682/1988 - Caixa Econômica Federal (CEF) - Interesse jurídico - Competência - Justiça Federal - Decreto n. 2.476/1988 - Lei n. 12.409/2011 - Medida Provisória n. 1.671/1998 - Seguro habitacional - Apólice pública - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. EDcl no REsp n. 1.091.393 - SC. RSTJ 225/359.
- Adm Lei n. 8.213/1991 - Exclusão da corporação - **Ex-policial militar** - Lei Complementar n. 53/1990(MS), art. 117, § 2º - Inaplicabilidade - Lei n. 9.717/1998 - Superveniência - Pensão - Pagamento - Impossibilidade. AgRg no RMS n. 28.408 - MS. RSTJ 225/821.
- Adm Lei n. 8.429/1992 - Dolo - Ausência - **Improbidade administrativa** - Não-configuração - Promoção pessoal indevida. AgRg no AREsp n. 21.662 - SP. RSTJ 225/207.
- PrCv Lei n. 8.629/1993 - **Execução de título extrajudicial** - Imóvel - Pequena propriedade rural - Caracterização - Impenhorabilidade - Reconhecimento. REsp n. 1.284.708 - PR. RSTJ 225/530.
- Adm Lei n. 8.906/1994, art. 28, IV - Advocacia - Impossibilidade - Incompatibilidade - Caracterização - **Ministério Público Estadual (MPE)** - Assessor jurídico. REsp n. 997.714 - RS. RSTJ 225/257.
- PrCv Lei n. 8.935/1994, art. 22 - **Ação indenizatória** - Dano moral - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ofício de notas - Lei n. 9.492/1997, art. 38 - Personalidade jurídica - Ausência - Reconhecimento de firma - Assinatura falsificada. REsp n. 1.177.372 - RJ. RSTJ 225/487.
- Trbt Lei n. 9.249/1995, art. 25, § 5º - Base de cálculo - Valor - Inclusão - Contribuição Social sobre o Lucro - CTN, art. 43, § 2º - Disponibilidade econômica e jurídica da renda - Empresas controladas e coligadas situadas no exterior - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Medida

- Provisória n. 2.158-35/2001, art. 74. REsp n. 1.161.003 - RS. RSTJ 225/321.
- PrCv Lei n. 9.492/1997, art. 38 - **Ação indenizatória** - Dano moral - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ofício de notas - Lei n. 8.935/1994, art. 22 - Personalidade jurídica - Ausência - Reconhecimento de firma - Assinatura falsificada. REsp n. 1.177.372 - RJ. RSTJ 225/487.
- Cv Lei n. 9.494/1997, art. 2º-A, *caput* - Inaplicabilidade - Alcance subjetivo da sentença - Alteração - Impossibilidade - CPC, art. 543-C - Eficácia da sentença - Limitação territorial - Não-cabimento - **Execução de sentença** - Ação civil pública - Expurgos inflacionários - Pagamento. REsp n. 1.243.887 - PR. RSTJ 225/123.
- Cv Lei n. 9.610/1998, arts. 24, IV, e 49 - Artista - Autorização - Ausência - CD remasterizado - Dano moral - Violação - **Direito autoral** - Indenização - Cabimento. REsp n. 1.098.626 - RJ. RSTJ 225/439.
- Trbt Lei n. 9.703/1998, art. 1º, § 2º - Benefícios fiscais supervenientes - Redução da taxa de juros - **Contribuição provisória sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF)** - Depósito judicial - Diferenças dos índices dos juros - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 10.637/2002, art. 14, § 3º. REsp n. 1.235.353 - PR. RSTJ 225/190.
- Adm Lei n. 9.717/1998 - Superveniência - Exclusão da corporação - **Ex-policiaI militar** - Lei Complementar n. 53/1990(MS), art. 117, § 2º - Inaplicabilidade - Lei n. 8.213/1991 - Pensão - Pagamento - Impossibilidade. AgRg no RMS n. 28.408 - MS. RSTJ 225/821.
- PrPn Lei n. 9.868/1999, art. 27 - CPP, art. 84, §§ 1º e 2º - Inconstitucionalidade - **Foro por prerrogativa de função** - Não-cabimento - Lei n. 10.628/2002 - Lei processual penal no tempo - *Tempus regit actum* - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 115.521 - DF. RSTJ 225/692.
- PrCv Lei n. 10.016/2009, art. 21 - CF/1988, art. 5º, XXI e LXX, **b** - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Associação de municípios - Lei n. 12.016/2009, art. 21 e 22 - **Mandado de segurança coletivo** - Pessoa jurídica de direito público - Substituição processual - Não-cabimento. RMS n. 34.270 - MG. RSTJ 225/241.
- PrPn Lei n. 10.628/2002 - CPP, art. 84, §§ 1º e 2º - Inconstitucionalidade - **Foro por prerrogativa de função** - Não-cabimento - Lei n. 9.868/1999, art. 27 - Lei processual penal no tempo - *Tempus regit actum* - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 115.521 - DF. RSTJ 225/692.
- Trbt Lei n. 10.637/2002, art. 3º, VI - Revogação - Créditos sobre outros bens incorporados ao ativo imobilizado - Aproveitamento - Impossibilidade - Lei

- n. 10.833/2003, arts. 3º, VI, e 15 - Lei n. 11.196/2005, art. 43 - Programa de Integração Social (PIS) - **Regime da não cumulatividade**. REsp n. 1.258.979 - SC. RSTJ 225/349.
- Trbt Lei n. 10.637/2002, art. 14, § 3º - Benefícios fiscais supervenientes - Redução da taxa de juros - **Contribuição provisória sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF)** - Depósito judicial - Diferenças dos índices dos juros - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 9.703/1998, art. 1º, § 2º. REsp n. 1.235.353 - PR. RSTJ 225/190.
- Trbt Lei n. 10.833/2003, arts. 3º, VI, e 15 - Créditos sobre outros bens incorporados ao ativo imobilizado - Aproveitamento - Impossibilidade - Lei n. 10.637/2002, art. 3º, VI - Revogação - Lei n. 11.196/2005, art. 43 - Programa de Integração Social (PIS) - **Regime da não cumulatividade**. REsp n. 1.258.979 - SC. RSTJ 225/349.
- Trbt Lei n. 10.833/2003, art. 10, XI - Alíquota tributária - Alteração, aumento ou fixação - Impossibilidade - **Cofins** - Regime de contribuição - Princípio da legalidade - Ofensa - Secretaria da Receita Federal - Instrução Normativa n. 468/2004. REsp n. 1.089.998 - RJ. RSTJ 225/295.
- Cv Lei n. 11.101/2005, art. 192, § 4º - Direito intertemporal - **Falência** - Fase falimentar - Lei n. 11.101/2005 - Aplicabilidade - Fase pré-falimentar - Decreto-Lei n. 7.661/1945 - Aplicabilidade. REsp n. 1.105.176 - MG. RSTJ 225/642.
- Trbt Lei n. 11.196/2005, art. 43 - Créditos sobre outros bens incorporados ao ativo imobilizado - Aproveitamento - Impossibilidade - Lei n. 10.637/2002, art. 3º, VI - Revogação - Lei n. 10.833/2003, arts. 3º, VI, e 15 - Programa de Integração Social (PIS) - **Regime da não cumulatividade**. REsp n. 1.258.979 - SC. RSTJ 225/349.
- PrPn Lei n. 11.340/2006, art. 16 - Ação penal pública condicionada à representação - Audiência de retratação da representação - Realização *ex officio* - Impossibilidade - **Crime de lesão corporal de natureza leve** - Ofendida - Manifestação de vontade - Necessidade - Violência doméstica e familiar. RMS n. 34.607 - MS. RSTJ 225/806.
- Pn Lei n. 11.346/2006 - Crime de associação para o tráfico - **Crime de tráfico de entorpecente** - Crime hediondo - Crime permanente - Lei penal mais gravosa - Aplicabilidade. HC n. 218.946 - SP. RSTJ 225/883.
- Pn Lei n. 11.464/2007 - Aplicabilidade - Continuidade delitiva - Crime de atentado violento ao pudor - **Crime de estupro** - *Quantum* final da reprimenda - Aferição - *Reformatio in pejus* - Não-ocorrência - Súmula n. 711-STF. HC n. 165.186 - SP. RSTJ 225/836.

- Adm Lei n. 11.770/2008, art. 2º - Ato regulamentador - Ausência - Benefício - Concessão - Impossibilidade - Licença-maternidade - Prorrogação - **Servidoras públicas municipais**. REsp n. 1.258.074 - MG. RSTJ 225/337.
- PrCv Lei n. 12.016/2009, art. 21 e 22 - CF/1988, art. 5º, XXI e LXX, **b** - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Associação de municípios - Lei n. 10.016/2009, art. 21 - **Mandado de segurança coletivo** - Pessoa jurídica de direito público - Substituição processual - Não-cabimento. RMS n. 34.270 - MG. RSTJ 225/241.
- Adm Lei n. 12.317/2010 - Inaplicabilidade - Iniciativa de lei - Chefe do Poder Executivo - Princípio *lex specialis derogat generali* - Regime jurídico - Competência estadual - **Servidor público estadual** - Assistente social. RMS n. 35.196 - MS. RSTJ 225/288.
- PrPn Lei n. 12.403/2011 - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 312 - **Crime de roubo qualificado** - Prisão preventiva - Revogação - Não-cabimento. HC n. 210.892 - SC. RSTJ 225/777.
- PrCv Lei n. 12.409/2011 - Caixa Econômica Federal (CEF) - Interesse jurídico - Competência - Justiça Federal - Decreto n. 2.476/1988 - Lei n. 7.682/1988 - Medida Provisória n. 1.671/1998 - Seguro habitacional - Apólice pública - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. EDcl no REsp n. 1.091.393 - SC. RSTJ 225/359.
- PrCv Lei nova - Pedido de revisão - Impossibilidade - **Auxílio-acidente** - Benefício concedido anterior à Lei n.9.032/1995 - CPC, arts. 543-B, § 3º, e 557, § 1º-A - Juízo de retratação - Repercussão geral. REsp n. 1.050.688 - SP. RSTJ 225/813.
- Pn Lei penal mais gravosa - Aplicabilidade - Crime de associação para o tráfico - **Crime de tráfico de entorpecente** - Crime hediondo - Crime permanente - Lei n. 11.346/2006. HC n. 218.946 - SP. RSTJ 225/883.
- PrPn Lei processual penal no tempo - *Tempus regit actum* - CPP, art. 84, §§ 1º e 2º - Inconstitucionalidade - **Foro por prerrogativa de função** - Não-cabimento - Lei n. 9.868/1999, art. 27 - Lei n. 10.628/2002 - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 115.521 - DF. RSTJ 225/692.
- PrCv Lesão à ordem pública - Verificação - Impossibilidade - Câmara de Vereadores - Eleição da Mesa Diretora - **Suspensão de segurança** - Não-cabimento. AgRg na SS n. 2.498 - BA. RSTJ 225/113.
- Adm Licença maternidade - Estabilidade provisória - Cabimento - CF/1988, ADCT, art. 10, II, **b** - Dispensa *ad nutum* - Possibilidade - Exercício de função pública - Vínculo temporário e precário - **Servidora pública** - Gravidez. RMS n. 25.555 - MG. RSTJ 225/892.
- Adm Licença-maternidade - Prorrogação - Ato regulamentador - Ausência - Benefício - Concessão - Impossibilidade - Lei n. 11.770/2008, art. 2º - **Servidoras públicas municipais**. REsp n. 1.258.074 - MG. RSTJ 225/337.

PrPn Local do início dos atos executórios - Competência do juízo - **Crime de homicídio triplamente qualificado** - Teoria do resultado - Relativização. HC n. 196.458 - SP. RSTJ 225/845.

M

PrPn Mandado de prisão - Suspensão - Impossibilidade - **Execução penal** - Fuga de sentenciado - Sistema penitenciário estadual - Precariedade - Irrelevância. HC n. 212.991 - RS. RSTJ 225/875.

Adm Mandado de segurança - **Concurso público** - Limite de idade - Decadência - Termo inicial - Indeferimento da matrícula. REsp n. 1.258.466 - MS. RSTJ 225/341.

PrCv **Mandado de segurança coletivo** - CF/1988, art. 5º, XXI e LXX, **b** - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Associação de municípios - Lei n. 10.016/2009, art. 21 - Lei n. 12.016/2009, art. 21 e 22 - Pessoa jurídica de direito público - Substituição processual - Não-cabimento. RMS n. 34.270 - MG. RSTJ 225/241.

PrCv Medida Provisória n. 1.671/1998 - Caixa Econômica Federal (CEF) - Interesse jurídico - Competência - Justiça Federal - Decreto n. 2.476/1988 - Lei n. 7.682/1988 - Lei n. 12.409/2011 - Seguro habitacional - Apólice pública - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. EDcl no REsp n. 1.091.393 - SC. RSTJ 225/359.

Trbt Medida Provisória n. 2.158-35/2001, art. 74 - Base de cálculo - Valor - Inclusão - Contribuição Social sobre o Lucro - CTN, art. 43, § 2º - Disponibilidade econômica e jurídica da renda - Empresas controladas e coligadas situadas no exterior - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Lei n. 9.249/1995, art. 25, § 5º. REsp n. 1.161.003 - RS. RSTJ 225/321.

PrCv **Militar** - Alienação mental - Nulidade - Inexistência - Prescrição quinquenal - Não-ocorrência - Procuração outorgada pelo incapaz. EDcl no AgRg no AREsp n. 9.511 - RJ. RSTJ 225/237.

Adm **Ministério Público Estadual (MPE)** - Assessor jurídico - Advocacia - Impossibilidade - Incompatibilidade - Caracterização - Lei n. 8.906/1994, art. 28, IV. REsp n. 997.714 - RS. RSTJ 225/257.

N

PrCv **Negativa de prestação jurisdicional** - Inexistência - CPC, arts. 543-A, § 5º, e 543-B, § 3º - Fundamentação sucinta suficiente - Recurso protelatório - Aplicação de multa - Repercussão geral - Ausência. AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.231.838 - CE. RSTJ 225/118.

- Adm Nomeação - Direito líquido e certo - **Concurso público** - Aprovação fora do número de vagas - Novas vagas - Vigência do certame. RMS n. 31.847 - RS. RSTJ 225/277.
- Adm Novas vagas - Vigência do certame - **Concurso público** - Aprovação fora do número de vagas - Nomeação - Direito líquido e certo. RMS n. 31.847 - RS. RSTJ 225/277.
- PrCv Nulidade - Inexistência - **Militar** - Alienação mental - Prescrição quinquenal - Não-ocorrência - Procuração outorgada pelo incapaz. EDcl no AgRg no AREsp n. 9.511 - RJ. RSTJ 225/237.
- PrPn Nulidade absoluta - Acórdão - Fundamentação - Ausência - **Apelação** - Razões de decidir - Motivação em sentença de 1º grau e em parecer do Ministério Público - Insuficiência. HC n. 210.981 - SP. RSTJ 225/865.

O

- Cv Obrigação de meio e de resultado - Cirurgia de natureza mista - **Responsabilidade civil** - Médico. REsp n. 1.097.955 - MG. RSTJ 225/428.
- PrPn Ofendida - Manifestação de vontade - Necessidade - Ação penal pública condicionada à representação - Audiência de retratação da representação - Realização *ex officio* - Impossibilidade - **Crime de lesão corporal de natureza leve** - Lei n. 11.340/2006, art. 16 - Violência doméstica e familiar. RMS n. 34.607 - MS. RSTJ 225/806.
- Adm Oitiva de testemunhas - Deferimento - Acusado - Nova oitiva - Necessidade - Demissão - Nulidade - **Processo administrativo disciplinar**. MS n. 17.423 - DF. RSTJ 225/182.
- PrCv Ônus da prova - Apresentante - Não-cabimento - Assinatura - Reconhecimento em cartório por semelhança - CPC, arts. 369 e 389, II - **Embargos à execução** - Impugnação - Título executivo extrajudicial. REsp n. 302.469 - MG. RSTJ 225/403.
- Cv Órgão administrativo - Autorização - Desfazimento judicial - Impossibilidade - **Falência** - Refis - Parcelamento das dívidas - União - Interesse de agir - Ausência - *Venire contra factum proprium*. REsp n. 1.033.963 - MG. RSTJ 225/421.

P

- Pn Paciente - Irmã do autor da ação - Atipicidade da conduta - CPC, art. 405, II, e § 4º - **Crime de falso testemunho ou falsa perícia** - Informante. HC n. 192.659 - ES. RSTJ 225/752.

- Cv Patrocinador e fundo de pensão - Litisconsórcio necessário - Não-ocorrência - Emenda Constitucional n. 20/1998 - Lei Complementar n. 108/2001 - **Previdência privada fechada** - Regime de contribuição - Direito adquirido - Inexistência - União - Interesse - Ausência. REsp n. 1.111.077 - DF. RSTJ 225/647.
- Adm Pensão - Pagamento - Impossibilidade - Exclusão da corporação - **Expolicial militar** - Lei Complementar n. 53/1990(MS), art. 117, § 2º - Inaplicabilidade - Lei n. 8.213/1991 - Lei n. 9.717/1998 - Superveniência. AgRg no RMS n. 28.408 - MS. RSTJ 225/821.
- PrCv Personalidade jurídica - Ausência - **Ação indenizatória** - Dano moral - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ofício de notas - Lei n. 8.935/1994, art. 22 - Lei n. 9.492/1997, art. 38 - Reconhecimento de firma - Assinatura falsificada. REsp n. 1.177.372 - RJ. RSTJ 225/487.
- PrCv Pessoa jurídica de direito público - Substituição processual - Não-cabimento - CF/1988, art. 5º, XXI e LXX, **b** - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Associação de municípios - Lei n. 10.016/2009, art. 21 - Lei n. 12.016/2009, art. 21 e 22 - **Mandado de segurança coletivo**. RMS n. 34.270 - MG. RSTJ 225/241.
- Cv **Plano de saúde** - Cláusula abusiva - Dano moral - Dano material - Cabimento - Tratamento - Valor de cobertura - Limitação - Impossibilidade. REsp n. 735.750 - SP. RSTJ 225/568.
- Trbt Pleito subsidiário - Não-apreciação - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Produtos farmacêuticos e hospitalares - Retorno dos autos - Tribunal *a quo* - Substituição tributária para frente - Validade. AgRg no REsp n. 1.278.200 - MG. RSTJ 225/216.
- PrCv Posse integral da área - Não comprovação - **Ação de reintegração de posse** - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Inspeção judicial tardia - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 1.213.518 - AM. RSTJ 225/511.
- Cv Prescrição - Termo inicial - CC/2002, art. 206, § 3º, V - Inaplicabilidade - Ciência do registro - **Inscrição errônea no SPC** - Indenização - Cabimento. REsp n. 1.276.311 - RS. RSTJ 225/664.
- PrCv Prescrição quinquenal - Não-ocorrência - **Militar** - Alienação mental - Nulidade - Inexistência - Procuração outorgada pelo incapaz. EDcl no AgRg no AREsp n. 9.511 - RJ. RSTJ 225/237.
- PrCv Prévia condenação do réu - Impossibilidade - Ação coletiva - Ajuizamento - Ação individual - Suspensão - CPC, art. 20 - **Expurgos inflacionários** - Honorários advocatícios. REsp n. 1.185.334 - RS. RSTJ 225/506.
- Cv **Previdência privada** - Auxílio cesta-alimentação - Verba variável - Competência - Justiça Estadual - Lei Complementar n. 108/2001, art. 3º

- Lei n. 6.321/1976 - Lei n. 7.418/1985 - Proventos de complementação de aposentadoria - Incorporação - Não-cabimento. REsp n. 1.023.053 - RS. RSTJ 225/381.
- Cv **Previdência privada fechada** - Emenda Constitucional n. 20/1998 - Lei Complementar n. 108/2001 - Patrocinador e fundo de pensão - Litisconsórcio necessário - Não-ocorrência - Regime de contribuição - Direito adquirido - Inexistência - União - Interesse - Ausência. REsp n. 1.111.077 - DF. RSTJ 225/647.
- PrPn Princípio da individualização da pena - Crime militar - **Execução penal** - Legislação castrense - Previsão - Ausência - Lei de Execução Penal - Aplicação subsidiária - Regime prisional - Progressão - Cabimento. HC n. 215.765 - RS. RSTJ 225/785.
- Trbt Princípio da legalidade - Ofensa - Alíquota tributária - Alteração, aumento ou fixação - Impossibilidade - **Cofins** - Regime de contribuição - Lei n. 10.833/2003, art. 10, XI - Secretaria da Receita Federal - Instrução Normativa n. 468/2004. REsp n. 1.089.998 - RJ. RSTJ 225/295.
- Adm Princípio da presunção de inocência - Cadastro de serviço de proteção ao crédito - Registro - **Concurso público** - Investigação social - Inabilitação - Não-cabimento - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Inexistência. RMS n. 30.734 - DF. RSTJ 225/793.
- PrCv Princípio da razoabilidade - **Ação de investigação de relação avoenga** - CC/2002, art. 1.606, *caput* - Direito à identidade genética - Direito à privacidade e intimidade - Genitor do investigante vivo - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Neta - Relação de parentesco *per saltum* - Reconhecimento - Impossibilidade. REsp n. 876.434 - RS. RSTJ 225/580.
- PrPn Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - CPP, art. 84, §§ 1º e 2º - Inconstitucionalidade - **Foro por prerrogativa de função** - Não-cabimento - Lei n. 9.868/1999, art. 27 - Lei n. 10.628/2002 - Lei processual penal no tempo - *Tempus regit actum*. HC n. 115.521 - DF. RSTJ 225/692.
- Adm Princípio *lex specialis derogat generali* - Iniciativa de lei - Chefe do Poder Executivo - Lei n. 12.317/2010 - Inaplicabilidade - Regime jurídico - Competência estadual - **Servidor público estadual** - Assistente social. RMS n. 35.196 - MS. RSTJ 225/288.
- PrPn **Prisão preventiva** - Manutenção - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Garantia da ordem pública. HC n. 205.981 - DF. RSTJ 225/764.
- PrPn Prisão preventiva - Revogação - Não-cabimento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 312 - **Crime de roubo qualificado** - Lei n. 12.403/2011. HC n. 210.892 - SC. RSTJ 225/777.
- Adm **Processo administrativo disciplinar** - Acusado - Nova oitiva - Necessidade - Demissão - Nulidade - Oitiva de testemunhas - Deferimento. MS n. 17.423 - DF. RSTJ 225/182.

- PrCv Procuração outorgada pelo incapaz - **Militar** - Alienação mental - Nulidade - Inexistência - Prescrição quinquenal - Não-ocorrência. EDcl no AgRg no AREsp n. 9.511 - RJ. RSTJ 225/237.
- Trbt Produtos farmacêuticos e hospitalares - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Pleito subsidiário - Não-apreciação - Retorno dos autos - Tribunal *a quo* - Substituição tributária para frente - Validade. AgRg no REsp n. 1.278.200 - MG. RSTJ 225/216.
- Trbt Programa de Integração Social (PIS) - Créditos sobre outros bens incorporados ao ativo imobilizado - Aproveitamento - Impossibilidade - Lei n. 10.637/2002, art. 3º, VI - Revogação - Lei n. 10.833/2003, arts. 3º, VI, e 15 - Lei n. 11.196/2005, art. 43 - **Regime da não cumulatividade**. REsp n. 1.258.979 - SC. RSTJ 225/349.
- Adm Promoção pessoal indevida - Dolo - Ausência - **Improbidade administrativa** - Não-configuração - Lei n. 8.429/1992. AgRg no AREsp n. 21.662 - SP. RSTJ 225/207.
- PrCv Prova - Reexame - Vedação - **Ação de reintegração de posse** - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Inspeção judicial tardia - Posse integral da área - Não comprovação. REsp n. 1.213.518 - AM. RSTJ 225/511.
- PrCv Prova - Reexame - Vedação - **Ação indenizatória** - Não-cabimento - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Hemofilia - Transfusão de sangue - HIV - Responsabilidade civil do Estado - Não-configuração. REsp n. 1.202.159 - RJ. RSTJ 225/263.
- PrCv Prova da incapacidade de sustento - Necessidade - **Ação de alimentos** - Improcedência - Curso superior - Conclusão. REsp n. 1.218.510 - SP. RSTJ 225/524.
- Cv Proventos de complementação de aposentadoria - Incorporação - Não-cabimento - Auxílio cesta-alimentação - Verba variável - Competência - Justiça Estadual - Lei Complementar n. 108/2001, art. 3º - Lei n. 6.321/1976 - Lei n. 7.418/1985 - **Previdência privada**. REsp n. 1.023.053 - RS. RSTJ 225/381.

Q

- Pn *Quantum* final da reprimenda - Aferição - Continuidade delitiva - Crime de atentado violento ao pudor - **Crime de estupro** - Lei n. 11.464/2007 - Aplicabilidade - *Reformatio in pejus* - Não-ocorrência - Súmula n. 711-STF. HC n. 165.186 - SP. RSTJ 225/836.
- Adm Quitação eleitoral - Validade - Cargo público - Investidura - Cabimento - **Concurso público** - Condenação transitada em julgado - Suspensão dos direitos políticos - Encerramento. RMS n. 35.045 - DF. RSTJ 225/249.

R

- PrPn Razões de decidir - Motivação em sentença de 1º grau e em parecer do Ministério Público - Insuficiência - Acórdão - Fundamentação - Ausência - **Apelação** - Nulidade absoluta. HC n. 210.981 - SP. RSTJ 225/865.
- PrCv Reconhecimento de firma - Assinatura falsificada - **Ação indenizatória** - Dano moral - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Ofício de notas - Lei n. 8.935/1994, art. 22 - Lei n. 9.492/1997, art. 38 - Personalidade jurídica - Ausência. REsp n. 1.177.372 - RJ. RSTJ 225/487.
- PrCv Recurso protelatório - Aplicação de multa - CPC, arts. 543-A, § 5º, e 543-B, § 3º - Fundamentação sucinta suficiente - **Negativa de prestação jurisdicional** - Inexistência - Repercussão geral - Ausência. AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.231.838 - CE. RSTJ 225/118.
- Cv Refis - Parcelamento das dívidas - Desfazimento judicial - Impossibilidade - **Falência** - Órgão administrativo - Autorização - União - Interesse de agir - Ausência - *Venire contra factum proprium*. REsp n. 1.033.963 - MG. RSTJ 225/421.
- PrPn *Reformatio in pejus* - Impossibilidade - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Crime de estelionato - Tentativa - Crime de furto qualificado - Efeito devolutivo - Ampliação - Não-cabimento. HC n. 174.237 - SP. RSTJ 225/743.
- Pn *Reformatio in pejus* - Não-ocorrência - Continuidade delitiva - Crime de atentado violento ao pudor - **Crime de estupro** - Lei n. 11.464/2007 - Aplicabilidade - *Quantum* final da reprimenda - Aferição - Súmula n. 711-STF. HC n. 165.186 - SP. RSTJ 225/836.
- Trbt **Regime da não cumulatividade** - Créditos sobre outros bens incorporados ao ativo imobilizado - Aproveitamento - Impossibilidade - Lei n. 10.637/2002, art. 3º, VI - Revogação - Lei n. 10.833/2003, arts. 3º, VI, e 15 - Lei n. 11.196/2005, art. 43 - Programa de Integração Social (PIS). REsp n. 1.258.979 - SC. RSTJ 225/349.
- Cv Regime de contribuição - Direito adquirido - Inexistência - Emenda Constitucional n. 20/1998 - Lei Complementar n. 108/2001 - Patrocinador e fundo de pensão - Litisconsórcio necessário - Não-ocorrência - **Previdência privada fechada** - União - Interesse - Ausência. REsp n. 1.111.077 - DF. RSTJ 225/647.
- Adm Regime jurídico - Competência estadual - Iniciativa de lei - Chefe do Poder Executivo - Lei n. 12.317/2010 - Inaplicabilidade - Princípio *lex specialis derogat generali* - **Servidor público estadual** - Assistente social. RMS n. 35.196 - MS. RSTJ 225/288.

- PrPn Regime prisional - Progressão - Cabimento - Crime militar - **Execução penal** - Legislação castrense - Previsão - Ausência - Lei de Execução Penal - Aplicação subsidiária - Princípio da individualização da pena. HC n. 215.765 - RS. RSTJ 225/785.
- PrCv Relação de parentesco *per saltum* - Reconhecimento - Impossibilidade - **Ação de investigação de relação avoenga** - CC/2002, art. 1.606, *caput* - Direito à identidade genética - Direito à privacidade e intimidade - Genitor do investigante vivo - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Neta - Princípio da razoabilidade. REsp n. 876.434 - RS. RSTJ 225/580.
- PrCv Repercussão geral - **Auxílio-acidente** - Benefício concedido anterior à Lei n.9.032/1995 - CPC, arts. 543-B, § 3º, e 557, § 1º-A - Juízo de retratação - Lei nova - Pedido de revisão - Impossibilidade. REsp n. 1.050.688 - SP. RSTJ 225/813.
- PrCv Repercussão geral - Ausência - CPC, arts. 543-A, § 5º, e 543-B, § 3º - Fundamentação sucinta suficiente - **Negativa de prestação jurisdicional** - Inexistência - Recurso protelatório - Aplicação de multa. AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.231.838 - CE. RSTJ 225/118.
- PrCv Resolução n. 9/2005-STJ - Competência - Dissídios trabalhistas entre empregados e empregadores - Junta de Conciliação e Arbitragem - **Sentença estrangeira contestada** - Homologação. SEC n. 4.933 - MX. RSTJ 225/160.
- Cv **Responsabilidade civil** - Médico - Cirurgia de natureza mista - Obrigação de meio e de resultado. REsp n. 1.097.955 - MG. RSTJ 225/428.
- PrCv Responsabilidade civil do Estado - Não-configuração - **Ação indenizatória** - Não-cabimento - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Hemofilia - Transfusão de sangue - HIV - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 1.202.159 - RJ. RSTJ 225/263.
- Cv Responsabilidade pela construção - **Ato de incorporação imobiliária** - Atribuição aos adquirentes do imóvel - Possibilidade - Condomínio especial horizontal de casas - Lei n. 4.591/1964 - Lei n. 6.766/1979. REsp n. 709.403 - SP. RSTJ 225/546.
- Trbt Retorno dos autos - Tribunal *a quo* - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Pleito subsidiário - Não-apreciação - Produtos farmacêuticos e hospitalares - Substituição tributária para frente - Validade. AgRg no REsp n. 1.278.200 - MG. RSTJ 225/216.

S

- Trbt Secretaria da Receita Federal - Instrução Normativa n. 468/2004 - Alíquota tributária - Alteração, aumento ou fixação - Impossibilidade - **Cofins** - Regime de contribuição - Lei n. 10.833/2003, art. 10, XI - Princípio da legalidade - Ofensa. REsp n. 1.089.998 - RJ. RSTJ 225/295.

- PrPn Segundo laudo pericial - Nulidade - Não-ocorrência - Condenação - Manutenção - **Crime de homicídio qualificado** - Laudos periciais antagônicos. HC n. 88.645 - PA. RSTJ 225/825.
- PrCv Seguro habitacional - Apólice pública - Caixa Econômica Federal (CEF) - Interesse jurídico - Competência - Justiça Federal - Decreto n. 2.476/1988 - Lei n. 7.682/1988 - Lei n. 12.409/2011 - Medida Provisória n. 1.671/1998 - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. EDcl no REsp n. 1.091.393 - SC. RSTJ 225/359.
- Adm Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Inexistência - Cadastro de serviço de proteção ao crédito - Registro - **Concurso público** - Investigação social - Inabilitação - Não-cabimento - Princípio da presunção de inocência. RMS n. 30.734 - DF. RSTJ 225/793.
- PrCv **Sentença estrangeira contestada** - Competência da Justiça Brasileira - Previsão de exclusão - Homologação - Impossibilidade. SEC n. 5.262 - CH. RSTJ 225/168.
- PrCv **Sentença estrangeira contestada** - Homologação - Competência - Dissídios trabalhistas entre empregados e empregadores - Junta de Conciliação e Arbitragem - Resolução n. 9/2005-STJ. SEC n. 4.933 - MX. RSTJ 225/160.
- PrCv Serviço de marketing - **Ação de cobrança** - Contratada - Extinção - Desconsideração da personalidade jurídica - Desnecessidade - Legitimidade passiva *ad causam* - Antigas sócias - Sociedade simples - Responsabilidade ilimitada. REsp n. 895.792 - RJ. RSTJ 225/412.
- Adm Serviço público - Estabilidade - Não-configuração - CF/1988, art. 37, IX - **Contrato temporário** - Precariedade - Direito líquido e certo - Ausência. AgRg no RMS n. 33.227 - PA. RSTJ 225/232.
- Adm **Servidor público estadual** - Assistente social - Iniciativa de lei - Chefe do Poder Executivo - Lei n. 12.317/2010 - Inaplicabilidade - Princípio *lex specialis derogat generali* - Regime jurídico - Competência estadual. RMS n. 35.196 - MS. RSTJ 225/288.
- Adm **Servidora pública** - Gravidez - CF/1988, ADCT, art. 10, II, **b** - Dispensa *ad nutum* - Possibilidade - Exercício de função pública - Vínculo temporário e precário - Licença maternidade - Estabilidade provisória - Cabimento. RMS n. 25.555 - MG. RSTJ 225/892.
- Adm **Servidoras públicas municipais** - Ato regulamentador - Ausência - Benefício - Concessão - Impossibilidade - Lei n. 11.770/2008, art. 2º - Licença-maternidade - Prorrogação. REsp n. 1.258.074 - MG. RSTJ 225/337.
- PrPn Sexta Vara Federal Criminal da Subseção do Rio de Janeiro - Competência - Conexão - Concurso de jurisdições da mesma categoria - CPP, art. 78, II - **Habeas corpus** - Via eleita inadequada. HC n. 116.516 - RJ. RSTJ 225/703.

- PrCv **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)** - Caixa Econômica Federal (CEF) - Interesse jurídico - Competência - Justiça Federal - Decreto n. 2.476/1988 - Lei n. 7.682/1988 - Lei n. 12.409/2011 - Medida Provisória n. 1.671/1998 - Seguro habitacional - Apólice pública. EDcl no REsp n. 1.091.393 - SC. RSTJ 225/359.
- PrPn Sistema penitenciário estadual - Precariedade - Irrelevância - **Execução penal** - Fuga de sentenciado - Mandado de prisão - Suspensão - Impossibilidade. HC n. 212.991 - RS. RSTJ 225/875.
- PrCv Sociedade simples - Responsabilidade ilimitada - **Ação de cobrança** - Contratada - Extinção - Desconsideração da personalidade jurídica - Desnecessidade - Legitimidade passiva *ad causam* - Antigas sócias - Serviço de marketing. REsp n. 895.792 - RJ. RSTJ 225/412.
- Trbt Substituição tributária para frente - Validade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Pleito subsidiário - Não-apreciação - Produtos farmacêuticos e hospitalares - Retorno dos autos - Tribunal *a quo*. AgRg no REsp n. 1.278.200 - MG. RSTJ 225/216.
- Pn Súmula n. 711-STF - Continuidade delitiva - Crime de atentado violento ao pudor - **Crime de estupro** - Lei n. 11.464/2007 - Aplicabilidade - *Quantum final* da reprimenda - Aferição - *Reformatio in pejus* - Não-ocorrência. HC n. 165.186 - SP. RSTJ 225/836.
- PrCv Suspensão da fabricação e comercialização de medicamentos - Ameaça de grave lesão à saúde e à economia públicas - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.425 - DF. RSTJ 225/84.
- PrCv **Suspensão de liminar e de sentença** - Ameaça de grave lesão à saúde e à economia públicas - Suspensão da fabricação e comercialização de medicamentos. AgRg na SLS n. 1.425 - DF. RSTJ 225/84.
- PrCv **Suspensão de segurança** - Não-cabimento - Câmara de Vereadores - Eleição da Mesa Diretora - Lesão à ordem pública - Verificação - Impossibilidade. AgRg na SS n. 2.498 - BA. RSTJ 225/113.
- PrCv **Suspensão de segurança** - Não-cabimento - Comércio - Cobrança de ICMS. AgRg na SS n. 2.482 - MA. RSTJ 225/110.
- Adm Suspensão dos direitos políticos - Encerramento - Cargo público - Investidura - Cabimento - **Concurso público** - Condenação transitada em julgado - Quitação eleitoral - Validade. RMS n. 35.045 - DF. RSTJ 225/249.

T

- PrCv Teoria da asserção - **Condição da ação** - Preclusão - Não-ocorrência - CPC, art. 267, § 3º - Defesa de mérito - Preclusão. REsp n. 595.188 - RS. RSTJ 225/539.

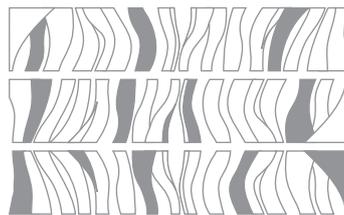
- PrPn Teoria do resultado - Relativização - Competência do juízo - **Crime de homicídio triplamente qualificado** - Local do início dos atos executórios. HC n. 196.458 - SP. RSTJ 225/845.
- PrCv Título executivo extrajudicial - Assinatura - Reconhecimento em cartório por semelhança - CPC, arts. 369 e 389, II - **Embargos à execução** - Impugnação - Ônus da prova - Apresentante - Não-cabimento. REsp n. 302.469 - MG. RSTJ 225/403.
- Cv Tratamento - Valor de cobertura - Limitação - Impossibilidade - Cláusula abusiva - Dano moral - Dano material - Cabimento - **Plano de saúde**. REsp n. 735.750 - SP. RSTJ 225/568.

U

- Cv União - Interesse - Ausência - Emenda Constitucional n. 20/1998 - Lei Complementar n. 108/2001 - Patrocinador e fundo de pensão - Litisconsórcio necessário - Não-ocorrência - **Previdência privada fechada** - Regime de contribuição - Direito adquirido - Inexistência. REsp n. 1.111.077 - DF. RSTJ 225/647.
- Cv União - Interesse de agir - Ausência - Desfazimento judicial - Impossibilidade - **Falência** - Órgão administrativo - Autorização - Refis - Parcelamento das dívidas - *Venire contra factum proprium*. REsp n. 1.033.963 - MG. RSTJ 225/421.

V

- Cv *Venire contra factum proprium* - Desfazimento judicial - Impossibilidade - **Falência** - Órgão administrativo - Autorização - Refis - Parcelamento das dívidas - União - Interesse de agir - Ausência. REsp n. 1.033.963 - MG. RSTJ 225/421.
- PrPn Violência doméstica e familiar - Ação penal pública condicionada à representação - Audiência de retratação da representação - Realização *ex officio* - Impossibilidade - **Crime de lesão corporal de natureza leve** - Lei n. 11.340/2006, art. 16 - Ofendida - Manifestação de vontade - Necessidade. RMS n. 34.607 - MS. RSTJ 225/806.



Índice Sistemático

AÇÃO PENAL - APn

644-BA..... Rel. Min. Eliana Calmon RSTJ 225/19.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA - AgRg na SLS

1.425-DF..... Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 225/84.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA - AgRg na SS

2.482-MA Rel. Min. Ari Pargendler..... RSTJ 225/110.

2.498-BA..... Rel. Min. Ari Pargendler..... RSTJ 225/113.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgRg no AREsp

21.662-SP..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 225/207.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no RMS

28.408-MS Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 225/821.

31.617-PR..... Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 225/226.

33.227-PA Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 225/232.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

1.278.200-MG Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 225/216.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp

1.231.838-CE..... Rel. Min. Felix Fischer..... RSTJ 225/118.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EDcl no AgRg no AREsp

9.511-RJ..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima..... RSTJ 225/237.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - EDcl no REsp

1.091.393-SC Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... RSTJ 225/359.

HABEAS CORPUS - HC

88.645-PA Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 225/825.
 115.521-DF..... Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze RSTJ 225/692.
 116.516-RJ Rel. Min. Laurita Vaz..... RSTJ 225/703.
 165.186-SP..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 225/836.
 174.237-SP..... Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 225/743.
 192.659-ES Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 225/752.
 196.458-SP..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior..... RSTJ 225/845.
 197.570-DF..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima..... RSTJ 225/175.
 205.981-DF..... Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze RSTJ 225/764.
 210.892-SC Rel. Min. Adilson Vieira Macabu* RSTJ 225/777.
 210.981-SP..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... RSTJ 225/865.
 212.991-RS Rel. Min. Vasco Della Giustina* RSTJ 225/875.
 215.765-RS Rel. Min. Gilson Dipp RSTJ 225/785.
 218.946-SP..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... RSTJ 225/883.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

17.423-DF..... Rel. Min. Cesar Asfor Rocha RSTJ 225/182.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

25.555-MG Rel. Min. Vasco Della Giustina* RSTJ 225/892.
 30.734-DF..... Rel. Min. Laurita Vaz..... RSTJ 225/793.
 31.847-RS Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 225/277.
 34.270-MG Rel. Min. Teori Albino Zavascki RSTJ 225/241.

34.607-MS	Rel. Min. Adilson Vieira Macabu*	RSTJ 225/806.
35.045-DF.....	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 225/249.
35.196-MS	Rel. Min. Humberto Martins.....	RSTJ 225/288.

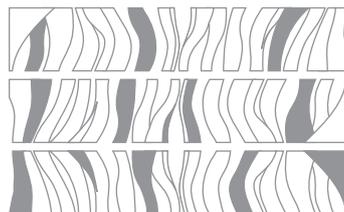
RECURSO ESPECIAL - REsp

302.469-MG	Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	RSTJ 225/403.
595.188-RS	Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira	RSTJ 225/539.
709.403-SP.....	Rel. Min. Raul Araújo Filho	RSTJ 225/546.
735.750-SP.....	Rel. Min. Raul Araújo Filho	RSTJ 225/568.
876.434-RS	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 225/580.
895.792-RJ	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 225/412.
997.714-RS	Rel. Min. Benedito Gonçalves	RSTJ 225/257.
1.023.053-RS	Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	RSTJ 225/381.
1.026.153-SP.....	Rel. Min. Marco Buzzi.....	RSTJ 225/633.
1.033.963-MG	Rel. Min. Sidnei Beneti.....	RSTJ 225/421.
1.050.688-SP.....	Rel. Min. Gilson Dipp	RSTJ 225/813.
1.089.998-RJ	Rel. Min. Humberto Martins.....	RSTJ 225/295.
1.097.955-MG	Rel. Min. Nancy Andrichi	RSTJ 225/428.
1.098.626-RJ	Rel. Min. Sidnei Beneti.....	RSTJ 225/439.
1.105.176-MG	Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira	RSTJ 225/642.
1.111.077-DF.....	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 225/647.
1.161.003-RS	Rel. Min. Mauro Campbell Marques	RSTJ 225/321.
1.177.372-RJ	Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino	RSTJ 225/487.
1.185.334-RS	Rel. Min. Massami Uyeda	RSTJ 225/506.
1.202.159-RJ	Rel. Min. Benedito Gonçalves	RSTJ 225/263.
1.213.518-AM	Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	RSTJ 225/511.
1.218.510-SP.....	Rel. Min. Nancy Andrichi	RSTJ 225/524.
1.235.353-PR.....	Rel. Min. Herman Benjamin	RSTJ 225/190.
1.243.887-PR.....	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 225/123.
1.258.074-MG	Rel. Min. Castro Meira	RSTJ 225/337.
1.258.466-MS	Rel. Min. Castro Meira	RSTJ 225/341.
1.258.979-SC	Rel. Min. Herman Benjamin	RSTJ 225/349.
1.276.311-RS	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 225/664.
1.284.708-PR.....	Rel. Min. Massami Uyeda	RSTJ 225/530.

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA - SEC

4.933-MX	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 225/160.
5.262-CH.....	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 225/168.

* Desembargador Convocado



Siglas e Abreviaturas

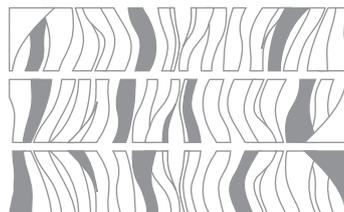
AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
Ana	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
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
EI	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	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
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
PEExt	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
RD	Reconsideração de Despacho
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
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

SIGLAS E ABREVIATURAS

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

01. Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 1, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989.
02. Revista de Direito Administrativo – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 2, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 05.09.2007 – DJ 19.09.2007.
03. Revista LTr – Legislação do Trabalho – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 26.08.1985 – DJ 28.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989 – **Registro alterado** – Portaria n. 5, de 22.11.2011 – DJe de 23.11.2011.
04. 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.
05. 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.
06. 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 – **Registro alterado/retificado** – Portaria n. 3, de 19.06.2002 – DJ de 25.06.2002.
07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Portaria n. 1, de 08.02.1990 – DJ 12.02.1990 – **Registro alterado** – Portaria n. 3, de 19.03.2010 – DJe 22.03.2010.
08. 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.
09. Revista Jurídica – de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) – Portaria n. 4, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990.
10. 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.
11. Revista de Processo – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 6, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990.
12. 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.
13. Revista dos Tribunais – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 8, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990.

14. 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.
15. 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.
16. Revista Jurisprudência Mineira – editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 12, de 10.09.1990 – DJ 12.09.1990.
17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 13, de 17.12.1990 – DJ 19.12.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 10, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
18. Jurisprudência Catarinense – editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Portaria n. 1, de 22.05.1991 – DJ 27.05.1991.
19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 16.09.1991 – DJ 20.09.1991 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010.
20. 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 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
21. 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.
22. Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992.
23. Revista de Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 4, de 20.04.1992 – DJ 24.04.1992.
24. Revista Forense – editada pela Editora Forense – Portaria n. 5, de 22.06.1992 – DJ 06.07.1992 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 22.11.2011 – DJe de 23.11.2011.
25. 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.
26. 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.
27. 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.

28. 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.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 4, de 15.06.1994 – DJ 17.06.1994.
30. Genesis – Revista de Direito do Trabalho – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 5, de 14.09.1994 – DJ 16.09.1994 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista – editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. – Portaria n. 6, de 02.12.1994 – DJ 06.12.1994.
32. 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 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
33. 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 – **Registro cancelado** – Portaria n. 18.06.2010 – DJe 22.06.2010.
34. Lex – Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 29.04.1996 – DJ 02.05.1996 – **Registro cancelado** – Portaria n. 11, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 3, de 12.08.1996 – DJ 15.08.1996.
36. 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.
37. Revista do Ministério Público – Portaria n. 1, de 26.10.1998 – DJ 05.11.1998 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex – editada pela Editora Consulex Ltda. – Portaria n. 1, de 04.02.1999 – DJ 23.02.1999 – Republicada em 25.02.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001.
39. Genesis – Revista de Direito Processual Civil – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 2, de 12.04.1999 – DJ 15.04.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
40. 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.
41. 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.

42. Revista de Estudos Tributários – editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 8, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999.
43. 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.
44. Revista Interesse Público – editada pela Editora Fórum Ltda. – Portaria n. 1, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 2, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 29.03.2000 – DJ 03.04.2000 – **Registro retificado** – Portaria n. 2, de 14.09.2009 – DJe 15.09.2009 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 5, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 6, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 7, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
49. Revista de Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 7, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 9, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 4, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas – editada pela Editora Revista dos Tribunais – Portaria n. 6, de 11.06.2001 – DJ 19.06.2001.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência – editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. – Portaria n. 1, de 08.04.2002 – DJ 02.05.2002 – Republicada em 19.04.2002 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 31.07.2009 – DJe 05.08.2009.
53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Portaria n. 2, de 23.04.2002 – DJ 02.05.2002 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 09.04.2010 – DJe 18.04.2010.

54. 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.
55. Revista Juris Plenum – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 1, de 23.05.2005 – DJ 30.05.2005.
56. Revista Bonijuris – versão impressa – co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) – Portaria n. 2, de 18.10.2005 – DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 3, de 16.12.2005 – DJ 08.02.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 9, de 12.12.2011 – DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 4, de 02.08.2006 – DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM – Jur Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 5, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.
60. DVD – Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 6, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.
61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris – editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. – Portaria n. 7, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM – Gazetajuris – editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. – Portaria n. 8, de 02.10.2006 – DJ 04.10.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 12.11.2008 – DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 1, de 1º.02.2008 – DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 2, de 1º.02.2008 – DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 4, de 10.10.2008 – DJe 15.10.2008.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários – editada pela MP Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 30.10.2008 – DJe 07.11.2008.
67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 7, de 15.12.2008 – DJe 17.12.2008.
68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) – Portal da Rede Mundial de Computadores – endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ – editada pelo Tribunal de Justiça do

Estado do Rio de Grande do Sul – Portaria n. 1, de 19.02.2010 – DJe 24.02.2010 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 4, de 19.03.2010 – DJe 22.03.2010.

69. Portal da Rede Mundial de Computadores – “jurisprudência-online” – editada pela Associação dos Advogados de São Paulo – Portaria n. 2, de 19.02.2010 – DJe 24.02.2010.

70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) – Portal da Rede Mundial de Computadores – endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ – editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região – Portaria n. 5, de 09.04.2010 – DJe 13.04.2010.

71. DVD ROM Datadez – de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda.) – Portaria n. 7, de 10.09.2010 – DJe 14.09.2010 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 22.11.2011 – DJe 23.11.2011.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores – “Plenum On-line” – endereço “www.plenum.com.br” – editado pela Plenum Editora Ltda. – Portaria n. 1, de 31.01.2011 – DJe 02.02.2011.

73. DVD-ROM – Juris Síntese DVD – editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 2, de 31.01.2011 – DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores – “JURIS SÍNTESE ONLINE” – endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> – produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n.3, de 29.04.2011 – DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores – “SINTESENET” – endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> – produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 4, de 29.04.2011 – DJe 03.05.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro – de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 7, de 22.11.2011 – DJe 23.11.2011.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Programação Visual - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ