



Primeira Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 33.183-RO
(2010/0208024-3)**

Relator: Ministro Sérgio Kukina
Recorrente: Walter Oliveira Nery Junior
Advogado: Arcelino Leon
Recorrido: Estado de Rondônia
Procurador: Joel de Oliveira e outro(s)

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Policial militar. Exclusão de candidato por maus antecedentes. Condenação penal. Atos incompatíveis com a dignidade da função pública. Regra prevista no edital. Legalidade. Moralidade. Razoabilidade. Inovação recursal. Impossibilidade.

1 - Em que pese a ampla devolutividade que marca o recurso ordinário, a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de não ser possível a apreciação de questões suscitadas apenas por ocasião da sua interposição. Precedentes.

2 - Cabia ao autor, nos termos do art. 333 do CPC, a imediata prova do fato constitutivo do seu direito, mormente em se tratando de mandado de segurança, ação que não admite dilação probatória, mas desse ônus não se desincumbiu. Dessarte, na ausência de prova documental robusta que permita um juízo em contrário, presumem-se legítimos os atos praticados pela Administração, tanto mais quando validados pelo acórdão recorrido.

3 - Não se desconhece a farta jurisprudência desta Corte, e também do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o princípio constitucional da presunção de inocência impede a exclusão de candidatos pelo simples fato de responderem a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado. Todavia, não é esta a hipótese dos autos – e nem mesmo o recorrente a invoca – porque o quadro fático delineado desde a exordial direciona a discussão para o campo de outros princípios (legalidade, moralidade e razoabilidade), estes, sim,

os parâmetros que se mostram adequados, à luz dos fatos que deram origem ao ato impugnado.

4 - A legalidade da exclusão do impetrante do rol dos aprovados é inconteste pois, como ele próprio admite, “é bem verdade que o edital do concurso é claro no sentido de que a investigação social terá caráter eliminatório e tem como objetivo verificar a vida pregressa do candidato”.

5 - Ora, se é possível entender a moralidade administrativa como sendo a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, tal como preconiza o art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 9.784/1999, nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais.

6 - Razoabilidade, tal como a apresenta a lei vigente, é “a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (Lei n. 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso VI). À luz desse preceito, e tendo em mente as funções do policial militar, mostra-se indefensável a tese de que a exigência de certidão criminal negativa seria restrição maior do que aquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, até porque, por qualquer ângulo que se possa apreciar a questão, é certo que a razoabilidade se interpreta *pro societate*, e não em função dos interesses particulares.

7 - Os princípios jurídicos que o impetrante invoca em favor de sua pretensão, a saber, legalidade, moralidade e razoabilidade, são exatamente os preceitos que impedem o seu ingresso nos quadros da Força Policial.

8 - Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 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 Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 21.11.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Walter Oliveira Nery Junior, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado:

Concurso público. Candidato ao cargo de policial militar. Curso de formação. Ação penal. Condenação. Exclusão do certame.

Condenação criminal anotada contra candidato ao cargo de policial militar o coloca em situação de incompatibilidade com o exercício da função pública (fl. 72).

Na impetração, o ora recorrente apontou como autoridade coatora o Secretário de Estado da Administração do Estado de Rondônia, a quem atribuiu, como ato coator, a exclusão do curso de formação para o cargo de policial militar, “em razão de já ter respondido a processo criminal, o que em tese estaria em desacordo com o item 20.1 “c” do Edital n. 257-GDRH-SEAD, de 24 de novembro de 2008” (fl. 3).

Na exordial, alegou que seu direito teria sido violado por três razões, expostas nos seguintes termos:

Senhor julgador, tal fato não pode ser empecilho, para o impetrante, *primeiro* porque conforme os documentos em anexo, comprova que não registra qualquer antecedentes que possam servir de óbice ao seu ingresso na Polícia Militar, *segundo* porque foi admitida a participar do certame e obteve a aprovação e classificação necessária e *terceiro*, que apesar de a Investigação Social, não se confundir com antecedentes, para que possa ser utilizado como instrumento de cerceamento do direito do cidadão, deve ser motivado e fundamentado, para que o cidadão possa combater com argumentos válidos a sua ocorrência ou não.

No caso em tela, como se faz prova através do próprio documento fornecido pela Comissão, expressamente descreve que a eliminação do candidato ocorreu

por avaliações subjetiva, sem que para tanto, tenha que informar qual o seu motivo. (*sic*, fl. 5).

Já nas razões recursais, muda a argumentação e, abandonando as teses inicialmente adotadas, concentra seus esforços na alegação de “violação aos princípios da razoabilidade, legalidade e moralidade” (fl. 82), fazendo-o pelas seguintes razões:

Assim Douto Julgador, a eliminação ou o desligamento do candidato do certame, nesta oportunidade, após praticamente seis meses no Curso de Formação, viola os princípios da razoabilidade, legalidade e moralidade, uma vez que não há sentença condenatória transitada em julgado, de modo que a exclusão do impetrante do certame revela-se inaceitável e desarrazoada, além de ter lhe causado lesão grave e de difícil reparação, posto que o seu afastamento nesse momento o impede de realizar as demais etapas do concurso.

A Constituição federal em seu art. 5, LVII, assim estabelece:

Art. 5º

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Até por que Doutos Julgadores, o único fato em sua vida, embora exista uma condenação, que como já dito foi substituída por penas restritivas de direito, não pode ser considerada como conduta desabonadora.

Por outro lado os critérios para realização da investigação social carecem de objetividade, pois deixam ao arbítrio do aviador estabelecer parâmetros para a aptidão ou não do candidato.

E bem verdade que o Edital do concurso é claro no sentido de que a investigação social terá caráter eliminatório e tem como objetivo verificar a vida pregressa do candidato.

Contudo, verifica-se, a única razão de o impetrante ter sido eliminado é a existência de um procedimento criminal, que ainda nem transitou em julgado.

O único fato ocorrido em sua vida, não pode servir de parâmetro, para ser considerado como pessoa de má reputação ou má conduta social, até por que tal informação não foi negado quando da apresentação dos documentos para o início do curso e ainda assim lhe foi deferido a sua matrícula.

Proceder a sua eliminação nesta oportunidade é causa de imenso prejuízo, pois já passado mais de 06 (seis) meses no Curso de formação, onde teve de se afastar das suas atividades normais, efetuando inúmeras despesas, com fardamento, exames, acreditando que concluiria o Curso de formação, por que como já dito

anteriormente nunca negou que estava respondendo a este processo e ainda assim sua matrícula foi deferido.

Desta forma, encontrando-se regularmente aprovado o candidato e não tendo nenhuma restrições de ordem objetiva, apto está para continuar no Curso de Formação de Praças Combatentes oferecido aos aprovados, posto que superou todas as fases do concurso encontrando-se classificado entre os que foram chamados, portanto, deve ser determinada a sua reinclusão no curso de Formação.

O Estado de Rondônia apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 99 a 104), nas quais defende: (i) a legalidade do ato, porque resultante de simples aplicação de disposição editalícia; (ii) a moralidade da exclusão, pois é dever da administração prover seus cargos com pessoas de conduta ilibada e socialmente escorreita; e, (iii) a razoabilidade da medida, reconhecida expressamente pela Corte Estadual, nos termos do acórdão recorrido.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso, nos termos do parecer às fls. 127 a 133, que recebeu a seguinte ementa:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Concurso público. Eliminação de candidato. Investigação social. Vida progressa. Ação penal. Condenação.

A realização do concurso público obedece a critérios previamente estabelecidos em lei ou edital e a aplicação dos exames está submetida a esses critérios. A Administração Pública atendendo ao princípio da moralidade tem o dever de adotar critérios no sentido de prover os cargos públicos com pessoas de conduta ilibada, selecionando rigorosamente os seus servidores, a fim de garantir à sociedade a eficaz prestação do serviço.

Parecer pelo não provimento do recurso.

Há, nos autos (fls. 36 a 40), cópia da sentença penal que condenou o impetrante às penas do art. 16, *caput*, da Lei Federal n. 10.826/2003, pelo fato de portar arma de fogo de uso restrito das Forças Armadas.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Dentre as muitas razões pelas quais a irresignação não merece prosperar, aponto, por sua relevância, as seguintes:

I - A inovação recursal.

Na peça exordial, apresentou o impetrante três argumentos para sustentar o seu direito, quais sejam: (1) a inexistência de maus antecedentes, (2) a aceitação de sua inscrição no concurso, no qual foi também aprovado e classificado e (3) a falta de motivação do ato que o excluiu do certame.

Todavia, quando da interposição do recurso ordinário, a linha argumentativa desloca-se integralmente para a defesa da tese de que o ato administrativo impugnado violou os princípios da razoabilidade, da legalidade e da moralidade.

Ora, em que pese a ampla devolutividade que marca essa espécie recursal, a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de não ser possível a apreciação de questões suscitadas apenas por ocasião da interposição do recurso ordinário.

Confira-se:

Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. Inovação em sede recursal. Inadmissibilidade. Recurso não provido.

1. A alegação, em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, de questão até então não suscitada nos autos, constitui inadmissível inovação recursal, autorizando o não conhecimento do recurso.

2. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no RMS n. 38.219-AM*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20.8.2013)

Processual Civil. Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Causa de pedir não suscitada perante o Tribunal *a quo*. Inovação recursal. Inadmissibilidade.

[...]

2. Não é possível conhecer de inovação da lide em sede recursal, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes: RMS n. 35.154-SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.12.2011; RMS n. 31.852-MT, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 15.4.2011; RMS n. 32.001-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 28.6.2010; RMS n. 28.625-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 26.2.2010.

3. Agravo regimental não conhecido.

(*AgRg no RMS n. 36.499-SP*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 2.3.2012)

II - A falta de provas.

Na exordial, disse o impetrante que o ato de sua exclusão estaria eivado de nulidade por falta de fundamentação e que a exclusão teria se dado por conta de avaliação subjetiva. Porém, nada trouxe aos autos que fosse capaz de comprovar o quanto alegado.

Com efeito, compulsando a documentação que acompanha a inicial (fls. 10 a 40), tem-se, apenas, cópias dos editais (inclusive o ato apontado como coator - fl. 35) e da sentença penal condenatória.

Nem uma só prova foi colacionada no intuito de demonstrar “que a eliminação do candidato ocorreu por avaliação subjetiva” (fl. 5) ou, ainda, que não tenha chegado ao conhecimento do impetrante os porquês de sua eliminação. Antes, o que se pode inferir a partir do exame das peças processuais, indene de qualquer dúvida, é que (i) o impetrante tinha conhecimento dos fatos, até porque deles foi protagonista; (ii) conhecia, também, a existência da ação penal e da cláusula editalícia que, nas circunstâncias, militar em seu prejuízo, e (iii) ainda assim, se inscreveu para o concurso, quem sabe no intuito de testar o grau de acuidade da banca examinadora ou da própria corporação. Não soam, por isso, verosímeis suas alegações.

Mas ainda que assim não fosse, cabia ao autor, nos termos do art. 333 do CPC, a imediata prova do fato constitutivo do seu direito, mormente em se tratando de mandado de segurança, ação que não admite dilação probatória, mas desse ônus não se desincumbiu.

A propósito:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Impetração. Ausência de prova inequívoca do direito líquido e certo. Inidoneidade da via mandamental.

1. A concessão do mandado de segurança exige prova pré-constituída do direito líquido e certo que se quer ver declarado, não se admitindo dilação probatória, conforme a reiterada jurisprudência desta Corte.

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(*AgRg no AgRg no RMS n. 33.689-SP*, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 24.9.2013)

Dessarte, na ausência de prova documental robusta que permita um juízo em contrário, presumem-se legítimos os atos administrativos praticados pela Administração, tanto mais quando validados pelo acórdão recorrido.

III - O mérito da causa.

Não se desconhece a farta jurisprudência desta Corte, e também do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o princípio constitucional da presunção de inocência impede a exclusão de candidatos pelo simples fato de responderem a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado.

Todavia, não é esta a hipótese dos autos – *e nem mesmo o recorrente a invoca* – porque o quadro fático delineado desde a exordial direciona a discussão para o campo de outros princípios (legalidade, moralidade e razoabilidade), estes, sim, os parâmetros adequados, à luz dos fatos que deram origem ao ato impugnado.

Portanto, não está em causa eventual violação da presunção de inocência, até porque não há controvérsia quanto a autoria e a materialidade do ilícito penal, mas se é legal, moral e razoável a exclusão de candidato ao cargo de policial militar que responda por crime incompatível com a dignidade da nobre função pública. Essa é a questão a ser solvida e que mereceu, por parte do Tribunal de origem, a resposta agora contestada pelo recorrente.

Nesse contexto, tenho que, mesmo que se pudesse superar os já aludidos obstáculos preliminares e adentrar no exame de mérito, a reforma do acórdão recorrido esbarraria, ainda assim, em outros óbices.

Como bem registra o parecer ministerial, da lavra do e. Subprocurador-Geral da República, Dr. Henrique Fagundes Filho, que também adoto como razão de decidir:

Ao analisar os autos, verifica-se que a tese adotada no acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a orientação jurisprudencial firmada por essa Colenda Corte, segundo a qual, é constitucional e legal a eliminação de candidato a concurso público para ingresso na carreira policial pela caracterização de má conduta na investigação sumária da vida pregressa, sendo irrelevante posterior absolvição no juízo criminal, tendo em vista o princípio da incomunicabilidade das instâncias. (fl. 129)

[...]

In casu, a exclusão do impetrante do curso de formação ocorreu do fato de registrar condenação, por posse ilegal de arma, à pena de 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, substituída por duas restritivas de direitos. O desligamento

do impetrante se mostra razoável, haja vista que foi condenado e, enquanto tramitava o mandado de segurança, a decisão transitou em julgado, no dia 26 de julho de 2010.

Com efeito, mesmo que fosse aplicável o princípio da inocência à hipótese dos autos, ainda assim o candidato, ora recorrente, seria excluído do certame por violação frontal à norma editalícia.

Com efeito, a legalidade da exclusão do rol dos aprovados é inconteste, posto que, como o próprio recorrente admite, “é bem verdade que o edital do concurso é claro no sentido de que a investigação social terá caráter eliminatório e tem como objetivo verificar a vida pregressa do candidato” (fl. 82). Penso que ilegal seria o acolhimento da pretensão recursal para, contrariando a norma editalícia a que todos os demais candidatos foram sujeitos, determinar-se a exclusão de sua incidência única e exclusivamente sobre o ora impetrante, sem o amparo de qualquer norma, legal ou constitucional, que socorra tal pretensão.

A questão da moralidade administrativa do ato impugnado não passou ao largo da percepção do Tribunal de origem. A esse respeito, tenho por acertada a fundamentação com que o relator lá cimentou o voto condutor do acórdão recorrido, *verbis*:

Com efeito, essa questão da conduta do candidato a cargos no serviço público tem merecido reflexão. Penso que o descortinar da corrupção em todos os segmentos da administração pública tem nos levado a um certo rigor nos critérios de avaliação de tais situações, mas não há outro caminho. É uma forma de, pelo menos, se acreditar que aquele que não registra má conduta possa melhor se comportar no cargo ou na função.

Disso decorre que o agente público deve cumprir a lei e, ao fazê-lo, impõe-se-lhe ter em vista o contexto da função do ato válido, isto é, deverá ajustar o legal ao honesto e o conveniente aos interesses sociais, enfim à ética da instituição que representa.

E, em se tratando, como se trata, de seleção de candidato a cargo público de agente policial, no contexto da seleção determinada por lei, compreende-se a apuração da conduta social e comportamento do candidato, a fim de aferir se possui perfil compatível com o recomendado para a função.

Assim, se o impetrante possui antecedentes criminais, não preenche os requisitos do edital, item 4.9, por isso que não há direito líquido e certo a garantir-lhe a permanência no certame.

Ora, se é possível entender a moralidade administrativa como sendo a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, tal como

preconiza o art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 9.784/1999, nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais. Nesse passo, é perfeitamente possível considerar que atentatório à moralidade seria, isto sim, a admissão sem qualquer barreira, como quer o recorrente.

Por fim, no que tange à razoabilidade, a argumentação do recorrente é inaceitável.

Razoabilidade, tal como a apresenta a lei vigente, é “a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (Lei n. 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso VI). À luz desse preceito, e tendo em mente as funções do policial militar, mostra-se indefensável a tese de que a exigência de certidão criminal negativa seria restrição maior do que aquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, até porque, por qualquer ângulo que se possa apreciar a questão, é certo que a razoabilidade se interpreta pro societatis, e não em função dos interesses particulares.

Logo, é forçoso reconhecer que os princípios jurídicos que o impetrante invoca em favor de sua pretensão, a saber, legalidade, moralidade e razoabilidade, são exatamente os preceitos que estão a recomendar o seu não ingresso nos quadros da Força Policial.

Diante do exposto, e dos sólidos fundamentos do acórdão recorrido, tenho que o presente recurso ordinário *não comporta provimento*.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 44.360-MS
(2013/0392249-0)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Fábio Camilo da Silva

Advogado: Kaline Rúbia da Silva e outro(s)

Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: Renato Woolley de Carvalho Martins e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Concurso público para Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul. Sindicância da vida pregressa e investigação social. Desclassificação do candidato. Suposta omissão, pelo recorrente, de fatos atinentes a documentos e declarações. Não configuração. Ofensa ao devido processo administrativo. Possibilidade de controle de legalidade do ato pelo Poder Judiciário. Parecer do Ministério Público pelo provimento do recurso ordinário. Recurso parcialmente provido.

1. Compete ao Judiciário analisar o ato de exclusão de candidato, na fase de sindicância da vida pregressa e investigação social do candidato, quando houver flagrante ilegalidade, que dá azo a arbitrariedades por parte dos agentes integrantes da Comissão, bem como que implique ausência de observância às regras previstas no edital, por ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.

2. *In casu*, no julgamento do *mandamus* (fls. 424-430), o Tribunal *a quo* destacou que o motivo que ensejou o indeferimento da inscrição definitiva do candidato foi a manifesta intenção do mesmo em omitir informações relevantes sobre o seu passado.

3. Não resta configurada suposta omissão dolosa por parte do recorrente, quando as informações relacionadas ao seu passado - apuradas no Inquérito n. 17/2009 e Boletim de Ocorrência n. 2.669/2009 - foram prestadas pelo próprio candidato; ademais, tais comunicações não foram exigidas pelo Edital do Concurso (item 9.1, IX do Edital n. 066.0.049.001/2012).

4. A disposição do recorrente a prestar quaisquer esclarecimentos à Comissão de Concurso afasta qualquer má-fé ou dolo do recorrente em omitir informações relevantes acerca de sua vida pregressa e social.

5. Há ofensa ao devido processo administrativo, quando a Comissão de Concurso desclassifica o candidato, sem oitiva do prejudicado, a despeito do Edital prever, em seu item 10.5, prévia intimação deste último, para, no prazo de 3 dias, ser ouvido, antes da prolação da decisão desclassificatória.

6. Ainda que os fatos apurados pela Banca Examinadora configurassem crime, o mesmo restaria prescrito, à luz dos arts. 147 e

109, VI do CPB, este último com a redação anterior à vigência da Lei n. 12.234/2010; quanto à intenção do recorrente em adquirir remédio abortivo, destaca-se que o sistema penal não pune a mera cogitação criminosa.

7. Carece o candidato de interesse de agir, quanto ao alegado direito líquido e certo à gravação da prova oral, pois além de inexistir previsão legal para tanto, a referida etapa do Concurso é realizada em local público (item 12.4 do próprio Edital n. 066.0.049.0001/2012 - fls. 42), o que não impede, dest'arte, a gravação do procedimento e o controle de eventuais arbitrariedades promovidas pelos examinadores.

8. Parecer ministerial acolhido. Concessão parcial da segurança, assegurando-se ao recorrente a participação das demais fases do 30º Concurso para Ingresso na Magistratura do Estado do Mato Grosso do Sul.

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, A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 5 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 17.12.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso em Mandado de Segurança interposto por *Fábio Camilo da Silva*, contra acórdão prolatado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (fls. 424-429), ementado nos seguintes termos:

Mandado de segurança. Concurso público Magistratura. Investigação social. Omissão e/ou fornecimento de dados inexatos relativos à idoneidade moral prevista em edital. Exclusão do certame. Contra-indicação acerca da idoneidade e conduta ilibada do candidato. Legalidade. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

Não se reveste de ilegalidade e abusividade o ato que exclui o candidato do concurso público para o cargo de Magistrado, ao preencher o “Boletim de Investigação Social”, o candidato omite informação relevante acerca de sua idoneidade moral.

Tendo-se embasado a contra-indicação do candidato na fase de investigação social em relatório preliminar, pautado pela regularidade, não há como prosperar o pedido de nulidade do ato, já que a discricionariedade na imposição da exclusão constitui mérito do ato administrativo, não passível de exame pelo Poder Judiciário (fls. 424).

2. Nas razões do Recurso Ordinário de fls. 432-448, narra ter se inscrito no 30o. Concurso para Ingresso na Magistratura do Estado do Mato Grosso do Sul, que previa 5 (cinco) etapas: (a) prova objetiva; (b) provas discursivas; (c) sindicância da vida pregressa, investigação social, exames médicos e psicotécnicos; (d) entrevista e prova oral; (e) avaliação de títulos.

3. Relata ter sido aprovados nas 2 (duas) primeiras etapas e, na 3ª fase, após ter apresentado requisitados, teve sua inscrição definitiva indeferida pelo Presidente da Comissão de Concurso, decisão esta mantida, em sede de Recurso Administrativo, pelo Presidente interino do Conselho Superior da Magistratura.

4. A manutenção do indeferimento ensejou a impetração de Mandado de Segurança no Tribunal de origem, que foi denegado, destacando o voto condutor que o motivo da exclusão do candidato do certame teria sido a *manifesta intenção do mesmo em omitir informações relevantes sobre o seu passado*, narrando, nesse aspecto, suposta ameaça de aborto do recorrente em desfavor da pessoa com a qual tem uma filha; dessa maneira, teria omitido realidade mais grave daquela apresentada, ocultando os documentos, o que teria afrontado a boa-fé, a razoabilidade e o dever de lealdade; assim, concluiu o TJMS que a exclusão foi legal e regular, não podendo, ainda, ser questionada pelo Judiciário, por se tratar de *mérito administrativo*.

5. O recorrente registra, todavia, não haver qualquer omissão em prestar informações à Comissão de Concurso - até mesmo porque foi o próprio candidato quem noticiou os fatos pretéritos de sua vida, tendo mencionado, inclusive, os autos nos quais havia sido investigado pelo Grupo de Atuação

Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) do Ministério Público Sul-Matogrossense, bem como o Boletim de Ocorrências lavrado em seu desfavor.

6. Aduz que a Resolução n. 75 do CNJ dispõe que o conteúdo da declaração firmada pelo candidato, no momento de sua inscrição definitiva, não pode ensejar sua exclusão do certame.

7. Assevera que o item 10.5 do Edital do Concurso pressupunha a oitiva do candidato, no prazo de 3 dias, caso as informações obtidas pela Corregedoria Geral de Justiça evidenciassem fatos desabonadores da conduta do candidato, hábeis a inabilitá-lo a prosseguir no certame, ou, ainda, inaptidões pessoais exigidas para o exercício do cargo.

8. Destaca que o Judiciário pode analisar a razoabilidade e a proporcionalidade do mérito administrativo, averiguando, nesse aspecto, a legalidade do ato.

9. Sustenta que o *fumus boni iuris* revela-se das próprias razões recursais, enquanto que o *periculum in mora* exsurge-se no fato de a prova oral estar na iminência de ser realizada.

10. Requer, dessa maneira, o provimento do Recurso, para que se proceda à sua inscrição definitiva no 30. Concurso para Ingresso na Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como para que a prova oral seja gravada.

11. Contrarrazões às fls. 456-457, pugnando pela negativa de provimento do Recurso Ordinário, sob o argumento de inexistir irregularidade no procedimento que ensejou o cancelamento da matrícula do impetrante no certame promovido pela autoridade coatora, sendo defeso ao Poder Judiciário adentrar na questão atinente à razoabilidade do ato administrativo, por se tratar do mérito do mesmo.

12. O douto *Ministério Público Federal*, em parece de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, oficiou pelo *provimento* do Recurso Ordinário, conforme dispõe a seguinte ementa:

Administrativo. Concurso público. Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul. Fase de investigação social. Exclusão do certame com base no item 9.1 do edital. Omissão de informações e declaração falsa quanto à vida pregressa. Mandado de segurança denegado na origem. Recurso ordinário. Omissão não configurada. Princípio da vinculação ao edital. Parecer pelo provimento do recurso (fls. 468).

13. É o que havia de importante para ser relatado.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Da análise do processo, vislumbra-se que o TJMS publicou Edital n. 066.0.049.0001/2012-SCSM de abertura do 30º Concurso Público (fls. 25-50), destinado a selecionar candidatos para o provimento de vagas no cargo de Juiz Substituto da Carreira da Magistratura do respectivo Órgão; para tanto, previu a realização de 5 etapas: (a) prova objetiva seletiva; (b) prova discursiva; (c) sindicância da vida pregressa e investigação social, exame de sanidade física e mental, e exame psicotécnico; (d) entrevista e prova oral; (e) avaliação de títulos.

2. Restaram incontroversas a aprovação do recorrente na 1ª etapa (fls. 117-122) e na 2ª etapa (fls. 124-132, 133-135 e 137-138), o que ensejou a convocação do candidato para realizar a Inscrição Definitiva (fls. 140-141), quando determinou-se a entrega dos documentos descritos no Item 9.1 do Edital, quais sejam:

9 - Da inscrição definitiva

9.1 Os candidatos classificados nas provas discursivas serão convocados por Edital para, no prazo de dez dias, requererem sua inscrição definitiva, para que possam participar das etapas seguintes do concurso, com os seguintes documentos:

I. cópia do documento de identidade expedido por órgão de identificação dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, ou pela Ordem dos Advogados do Brasil, autenticado;

II. duas fotos 3x4 recentes;

III. cópia do diploma de bacharel em Direito, devidamente registrado, ou certificado de conclusão do curso expedido por Universidade ou Faculdade reconhecida pelo Ministério da Educação e Cultura, autenticados;

IV. prova de estar em dia com as obrigações eleitorais, mediante certidão da zona eleitoral em que estiver inscrito;

V. prova de estar em dia com as obrigações do serviço militar, se o candidato for do sexo masculino;

VI. certidão do órgão disciplinar a que estiver sujeito o requerente, comprovando não estar sendo processado, nem ter sido punido no exercício da profissão, de cargo ou de função, devendo apresentar, caso seja advogado, certidão expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil com informação acerca de sua situação perante aquela instituição;

VII. certidão dos distribuidores criminais das Justiças Estadual, inclusive a Militar, Federal, Militar Federal e Eleitoral, referentes aos lugares em que haja residido ou atuado nos últimos cinco anos;

VIII. prova de que não tem título protestado, não sofreu execução nem responde a ações cíveis desabonadoras;

IX. declaração de que não responde a inquérito policial, Estadual, Federal ou Militar, de que não fez transação em juizado especial e de que não teve nem tem contra si, em curso, ação penal por crime de qualquer natureza;

X. declaração de que conhece as prescrições do presente regulamento e do Edital do concurso e se obriga a respeitá-las;

XI. relação de, no mínimo, dez autoridades, sendo cinco judiciárias, com indicação de seus endereços atualizados e completos, que possam fornecer informações sobre o candidato;

XII. formulário fornecido pela Comissão Examinadora, em que o candidato especificará, de forma detalhada e rigorosamente cronológica, os lugares em que teve residência nos últimos dez anos, além da exata indicação dos períodos e dos locais de atuação como advogado, magistrado, membro do Ministério Público, da Defensoria Pública ou Delegado de Polícia, bem como empregos particulares e outras funções públicas exercidas, nominando as principais autoridades com as quais tenha servido ou atuado;

XIII. os títulos definidos no item 13 deste Edital;

XIV. comprovação de que exerceu, no mínimo, três anos de atividade jurídica (fls. 38-39).

3. O recorrente requereu sua inscrição definitiva (fls. 149), apresentando, concomitantemente, os documentos relacionados no mencionado item 9.1 do Edital (fls. 150-237).

4. Especificamente em relação ao documento requisitado no item IX do item 9.1 já mencionado, observa-se que o candidato declarou *não responder a inquérito policial, estadual, federal ou militar*, bem como *não possuir ação penal por crime de qualquer natureza contra a sua pessoa, nem ter realizado transação em Juizado Especial*; declarou, ainda, que *conhece e se compromete a respeitar as prescrições editalícias*.

5. Todavia, entendeu haver necessidade de apontar os seguintes fatos:
(a) foi investigado pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, em 2009, que investigava suposto envolvimento de seus clientes em crimes de corrupção passiva e ativa (Procedimento Investigatório Criminal n. 17/2009),

posteriormente judicializado nos Autos n. 001.09.052642-3 e *arquivado*; (b) em 2009, houve a lavratura de Boletim de Ocorrência n. 2.669/2009, que foi arquivado antes de se transformar em processo; (c) figura no pólo passivo da Ação de Alimentos n. 0140979-84.2011.8.06.001.

6. Por fim, colocou-se à disposição da Comissão de Concurso para prestar esclarecimentos, caso houvesse necessidade.

7. Devido às informações prestadas (fls. 171-172), o douto Desembargador do TJMS requereu expedição de Ofício aos Promotores da GAECO, para apresentação dos documentos colacionados no Procedimento Investigatório n. 17/2009 e nos Autos n. 001.09.052642-3, referentes à pessoa do impetrante; determinou, ainda, diligências para obtenção de cópia do Boletim de Ocorrência n. 2.669/2009 (fls. 239).

8. As informações relacionadas ao Boletim de Ocorrência n. 2.669/2009 e à investigação instaurada pelo MP foram prestadas às fls. 244-339, tanto pela Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher de Campo Grande-MS quanto pela Promotoria.

9. Após analisar os documentos, a Banca Examinadora do Concurso da Magistratura indeferiu o pedido de inscrição definitiva do candidato (fls. 320-353), ressaltando que o mesmo havia *proferido declaração falsa e omitido informação imprescindível para a adequada avaliação*, informação esta tida como comprometedoras do exercício da função judicante; asseverou que o trabalho desenvolvido pelo candidato junto aos integrantes da organização criminosa *não foram objeto de análise* da decisão.

10. Todavia, levou em consideração *declarações do candidato obtidas nas interceptações telefônicas deferidas no Procedimento Investigatório n. 17/2009* como fundamento para o indeferimento da inscrição definitiva do impetrante, a despeito de tais fatos não terem repercutido definitivamente na seara penal.

11. Nessa linha, registrou o Voto Conductor que o recorrente havia *omitido deliberadamente acerca da realidade dos fatos, assim como dos respectivos documentos*, pois do relacionamento que o candidato teve com Marize Collyer de Lima (referente ao Boletim de Ocorrência n. 17/2009) anuncia condutas não condizentes com a função judicante, pois o candidato teria coagido sua antiga parceira a praticar aborto por meio de medicação, ameaçando agredi-la, caso não realizasse o aborto; ademais, teria providenciado a compra ilegal de medicamento abortivo em Ponta Porã-MS; ressaltou, ainda, que o candidato possuía plena consciência da ilicitude das condutas perpetradas.

12. Concluiu, assim, que houve deliberada ocultação de documentos relacionados aos fatos, e que os mesmos foram mais graves do que aqueles apresentados pelo impetrante, o que fez com que a inscrição definitiva do candidato fosse indeferida, nos termos do art. 28 da Resolução n. 64, de 21.3.2012, do TJMS, e item 9.9 do Edital de Abertura do Concurso, que dispõem o seguinte:

Art. 28 - O candidato que fizer declaração falsa ou omitir quaisquer das informações exigidas nesta Resolução, terá sua inscrição cancelada e sujeitar-se-á às sanções legais.

9.9 - O candidato que fizer declaração falsa ou omitir quaisquer das informações exigidas na Resolução n. 64/2012, será excluído do certame, terá sua inscrição cancelada e sujeitar-se-á às sanções legais (fls. 346).

13. Registrou, peremptoriamente, que *não se trata de excluir o candidato apenas pela existência de procedimentos criminais já instaurados em face de Fábio Camilo da Silva. O que se tem por relevante é a conduta omissiva do candidato, que deixou de trazer aos autos documentos de extrema relevância e a declaração correta dos fatos* (fls. 348).

14. O Recurso Administrativo (fls. 354-365) interposto contra a decisão prolatada pela Comissão do 30º Concurso da Magistratura foi desprovido pelo colendo Conselho Superior da Magistratura (fls. 366-376).

15. Ao prestar informações, a Autoridade Coatora destacou que o impetrante, além de ter omitido os documentos, prestou informações não consentâneas com a realidade; ressaltou inexistir excesso ou desvio de poder, pois houve estrita observação aos ditames legais que tratam do concurso; registrou que, a despeito de os fatos não poderem ser considerados para fins de antecedentes criminais, comprometem a função judicante; asseverou que, apesar de *Fábio Camilo da Silva* não possuir condenações em seus antecedentes criminais, há possibilidade legal disso ocorrer futuramente.

16. Pontuou que os fatos comprometem a continuidade do candidato no certame, ainda que não constatada, até o presente momento, a prática de qualquer delito, pois o que se questiona é a omissão dos documentos e nas declarações.

17. No julgamento do *mandamus* (fls. 424-430), o TJMS destacou que o motivo que ensejou o indeferimento de sua inscrição definitiva foi a *manifesta intenção do mesmo em omitir informações relevantes sobre o seu passado*, faltando, dest'arte, com o dever de lealdade à Administração.

18. Ressaltou não existir irregularidade no procedimento que indeferiu a inscrição definitiva do impetrante, sendo defeso ao Poder Judiciário adentrar na questão atinente à *razoabilidade* do ato, por se tratar de mérito administrativo.

20. Com esteio em tais argumentos, houve a *denegação da ordem*.

21. Cinge-se a controvérsia em saber, portanto, se a *omissão* alegada pela Comissão do Concurso - e confirmada em Mandado de Segurança - existiu e, conseqüentemente, configura ofensa ao Edital e justifica o julgamento subjetivo acerca da idoneidade do candidato.

22. Primeiramente, é importante destacar que o acesso aos cargos públicos pressupõe o preenchimento de requisitos estabelecidos em lei - dentre eles, requisitos de natureza *subjetiva*, que, no caso em exame, relaciona-se à sindicância da vida pregressa e à investigação social do candidato, que almejam à análise da capacitação moral do indivíduo, destinando-se, nesse diapasão, à captação de informações acerca da sociabilidade, atividade profissional, conduta familiar e social do candidato, assim como sobre questões e dados pessoais por este prestados; acerca de tais requisitos de ordem subjetiva, *em regra*, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e na conclusão da Comissão do Concurso, tendo em vista que, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame.

23. Excepcionalmente, contudo, havendo flagrante ilegalidade que dê azo a arbitrariedades por parte dos agentes integrantes da Comissão, bem como que implique ausência de observância às regras previstas no edital, admite-se sua análise pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.

24. *In casu*, conforme já mencionado, o recorrente foi desclassificado na fase da sindicância da vida pregressa e investigação social, por ter, de acordo com a Banca Examinadora, omitido informações relevantes sobre o seu passado.

25. Nessa esteira, sabe-se que a jurisprudência desta egrégia Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que a prestação falsa ou omissão deliberada e relevante, pelo candidato, acerca de elementos atinentes à sua vida pregressa, justifica sua desclassificação no certame, a saber:

Administrativo. Processual Civil. Servidor estadual. Policial militar. Concurso público. Exclusão na fase de investigação social. Omissão de informações. Previsão no edital. Ausência de direito líquido e certo. Precedentes.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão que denegou o pleito de anulação da portaria que excluiu candidato do certame ao cargo de soldado da Polícia Militar por não ter apresentado as devidas informações na fase de investigação social; o impetrante alega que informou em formulário ter respondido ocorrência criminal a qual, contudo, teria resultado em transação penal.

2. As provas pré-constituídas juntadas aos autos não demonstram a juntada das certidões de antecedentes das justiças federal e estadual, assim como das polícias federal e estadual, conforme exigido expressamente nos itens 8.4, “b” e “d” do edital do concurso; tal exigência editalícia, inclusive, possui amparo na Lei Complementar Estadual n. 108/2008.

3. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a omissão em prestar informações, conforme demandado por edital, na fase de investigação social ou de sindicância da vida pregressa, enseja a eliminação de candidato do concurso público. Precedentes: AgRg no RMS n. 34.719-MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23.11.2011; RMS n. 20.465-RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13.12.2010; e RMS n. 32.330-BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1.12.2010.

Agravo regimental improvido (AgRg no RMS n. 39.108-PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 2.5.2013).

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Etapa de avaliação de vida pregressa. Prestação de informações falsas. Exclusão do certame. Legitimidade. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS n. 36.303-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 27.8.2012).

Administrativo. Servidor estadual. Concurso público. Magistratura. Exclusão na fase de investigação social. Omissão de informações. Previsão no edital. Ausência de direito líquido e certo.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que manteve o indeferimento da petição inicial, pela manifesta ausência de direito líquido e certo na impetração; no *writ*, foi perseguida a anulação da exclusão de candidato em concurso para a magistratura estadual que omitiu informações na fase de investigação social.

2. A alegação recursal está baseada na interpretação de que o candidato somente deveria comunicar as ações e transações penais em curso, não sendo necessária a informação de eventos anteriores; todavia, o item 9.IX do Edital é claro no sentido de que as informações referem-se ao presente e ao passado.

3. A falta em cumprir o requisito do Edital, ou seja, prestar as informações devidas para a fase de investigação social enseja a exclusão do candidato. Precedentes: RMS n. 20.465-RO, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13.12.2010; e RMS n. 32.330-BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1.12.2010.

Agravo regimental improvido (AgRg no RMS n. 34.719-MS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 23.11.2011).

26. Na hipótese em exame, mais especificamente da leitura da Declaração de fls. 171-172, observa-se que, o recorrente declarou, *para os devidos fins, nos termos do item 9.1, IX do Edital n. 066.0.049.0001/2012 - SCSM*, que *não responde* a inquérito policial, estadual, federal ou militar, bem como que *não teve e não possui* ação penal por crime de qualquer natureza ajuizada em seu desfavor, *nem realizou transação* em Juizado Especial; tal pronunciamento responde, de forma adequada e suficiente, a exigência editalícia, que exige que o teor da declaração emanada pelo candidato esclareça situações fáticas *atuais, presentes, e não referentes a situações pretéritas*; a propósito, confira-se o disposto no inciso IX do item 9.1 do Edital n. 066.0.049.0001/2012:

9 - Da inscrição definitiva

9.1 - Os candidatos classificados nas provas discursivas serão convocados por Edital para, no prazo de dez dias, requererem sua inscrição definitiva, para que possam participar das etapas seguintes do concurso, com os seguintes documentos:

(...);

IX - declaração de que não responde a inquérito policial, Estadual, Federal ou Militar, de que não fez transação em juizado especial e de que não teve nem tem contra si, em curso, ação penal por crime de qualquer natureza;

(...) (fls. 38).

27. Contudo (talvez por excesso de zelo do candidato), o ora recorrente optou por *inserir uma Observação, no final da Declaração de fls. 171-172, relatando já ter sido investigado pelo Ministério Público e já ter sido formalizado um Boletim de Ocorrência em seu desfavor*, ambos ocorridos no ano de 2009; para melhor visualização das informações prestadas, cita-se o conteúdo da observação formalizada pelo candidato:

OBS: Contudo, tendo em conta os fatos a seguir narrados, entendo serem necessários alguns esclarecimentos.

Apesar de sempre ter tido conduta ilibada e irrepreensível na vida privada e profissional, como era advogado criminalista, e creio que muitos advogados que labutam nessa seara estão sujeitos a isso, fui investigado pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul em 2009, pois alguns (à época, e não mais) clientes

meus estavam sob a suspeita de estarem envolvidos em crimes de corrupção passiva e ativa juntamente com policiais civis da Delegacia Especializada de Ordem Política e Social (DEOPS).

Desta feita, em relação a mim, gerou-se o Procedimento Investigatório Criminal de número 17/2009 junto ao GAECO que posteriormente foi judicializado - Autos n. 001.09.052642-3 e arquivado, pois, conforme narram minhas certidões de antecedentes, nunca pratiquei qualquer crime nem sequer dei azo a uma persecução criminal judicial.

Por outro lado, consta nos termos do Boletim de Ocorrências n. 2.669/2009 fato a mim atribuído (e não ocorrido) em relação à pessoa de Marize Collyer de Lima.

Esclareço que me relatei brevemente com tal pessoa em meados de 2009 e que fruto desse envolvimento nasceu minha filha - I.C. de L. C., devidamente registrada e a quem pago pensão alimentícia regularmente, apesar de ainda estar tramitando na 2ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza a Ação de Alimentos n. 0140979-84.2011.8.06.0001.

(...).

Também esse expediente foi arquivado e sequer se transformou em processo.

(...) (fls. 171-172).

28. Após ter ponderado tais circunstâncias - ocorridas em 2009, conforme já destacado - finalizou a Observação colocando-se à disposição da Comissão de Concurso para prestar quaisquer outras informações que forem julgadas necessárias (ob. cit.).

29. Da análise das circunstâncias ora narradas, observa-se que, ao contrário do que concluiu o Tribunal de origem, *não se verifica qualquer omissão dolosa por parte do recorrente*, pois além de ter emitido declaração em conformidade com o que foi exigido no edital - anunciando não estar respondendo a inquéritos policiais ou a ações criminais, além de jamais ter transacionado nos Juizados Especiais - as informações relacionadas ao seu passado - Inquérito n. 17/2009 e Boletim de Ocorrência n. 2.669/2009 - foram prestadas pelo próprio candidato, comunicações estas que não foram exigidas pelo Edital do 30º Concurso para Provimento de Cargos de Magistrados do TJMS; ademais, a disposição do recorrente a prestar quaisquer esclarecimentos à Comissão de Concurso afasta qualquer má-fé ou dolo do recorrente em omitir informações relevantes acerca de sua vida pregressa.

30. Além disso, a exclusão direta do candidato, pela Comissão de Concurso, sem a prévia oitiva do prejudicado, fulminou-lhe o direito ao devido processo

administrativo previsto no Edital do Concurso, que impescinde da intimação do candidato para, no prazo de 3 dias, ser ouvido antes da decisão desclassificatória; cita-se, por oportuno, o inteiro teor dos itens do Edital n. 066.0.049.0001/2012 que tratam sobre a hipótese em comento:

10 - Da investigação sobre o candidato e da sindicância sobre sua vida pregressa

10.1 - Após a divulgação dos resultados das provas discursivas e antes da aplicação da prova oral, o Presidente da Comissão do Concurso solicitará ao Corregedor-Geral de Justiça que promova investigações em caráter reservado, objetivando colher informações sobre idoneidade moral, educação, sociabilidade, atividade profissional, conduta familiar e social do candidato, bem como sobre informações e dados pessoais por estes prestados, cuja falsidade implicará eliminação do certame, sem prejuízo de outras iniciativas legais.

10.2 - As informações serão colhidas junto às autoridades do domicílio do candidato, tais como juízes, promotores de justiça, defensores públicos, prefeitos, deputados, vereadores, delegados de polícia e outros que o Corregedor-Geral de Justiça entender conveniente.

10.3 - Obtidas as informações, o Presidente da Comissão distribuirá os autos entre os seus membros efetivos, a fim de serem examinados no prazo de cinco dias.

10.4 - Findo o prazo do artigo anterior, a Comissão, em sessão reservada, da qual participará o Corregedor-Geral de Justiça, sem direito a voto, deliberará sobre a manutenção da inscrição dos candidatos.

10.5 - *Se das informações obtidas pela Corregedoria Geral de Justiça se delinear que existe fato desabonador da conduta do candidato, ou fato que seja passível de o inabilitar a prosseguir no certame, ou ainda que evidencie ausência de aptidões pessoais exigidas para o exercício do cargo, este deverá ser ouvido no prazo de 03 (três) dias, contados da intimação veiculada no Diário da Justiça.*

10.6 - Fluído o prazo previsto no parágrafo anterior, com ou sem manifestação do candidato, a Comissão, em sessão reservada, da qual participará o Corregedor-Geral de Justiça, sem direito a voto, deliberará sobre a manutenção da inscrição do candidato (fls. 40).

31. Assim, além de não se verificar a alegada omissão dolosa ou má-fé do candidato, que poderia justificar sua exclusão do certame, houve a inobservância do devido processo administrativo, previsto no Edital do Concurso, de maneira que a concessão da segurança é medida que se impõe.

32. Acerca da exclusão do candidato, com esteio em fatos inverídicos, o Superior Tribunal de Justiça já concedeu a segurança em situações equivalentes, conforme atesta o seguinte julgado:

Constitucional. Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Concurso público para Juiz de Direito. Investigação social. Fatos inverídicos. Eliminação de candidato aprovado. Ilegalidade.

Embora seja a investigação social meio idôneo para averiguar a aptidão e a probidade de candidato ao exercício da magistratura, a sua eliminação deve fundar-se em fatos verídicos, demonstrativos da inidoneidade de comportamento, incompatível com o cargo.

Demonstrada a improcedência da acusação formulada contra candidato aprovado em todas as etapas do certame e classificado dentro do número de vagas previstas, impõe-se seja reconhecido o seu direito à nomeação para o cargo, sob pena de violação a princípios legais e constitucionais.

Recurso ordinário provido. Segurança concedida (RMS n. 14.587-ES, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 7.10.2002, p. 301).

33. Por fim, ainda que a Comissão do Concurso tivesse qualificado o conteúdo dos fatos apurados como desabonadoras da conduta social e moral do candidato, a ilegalidade do ato seria manifesta, pois iriam levar em consideração circunstâncias (suposta ameaça de mal grave, formulada pelo candidato e direcionada a Marize Collyer de Lima, caso a mesma não abortasse, e intenção do recorrente em adquirir remédio abortivo) *que, caso configurassem crime, o mesmo restaria prescrito*, à luz dos arts. 147 e 109, VI do CPC, este último com a redação anterior à vigência da Lei n. 12.234/2010.

34. Impõe-se ponderar, ainda, que *a criança nasceu*, chegando-se à conclusão de que a busca, pelo candidato, de remédio abortivo configuraria, *no máximo, mera cogitação de crime de aborto*, pois sequer há notícias nos autos de que o medicamento fora, efetivamente, adquirido; assim, como é de pleno conhecimento no âmbito jurídico, *não se pune a mera cogitação de prática de conduta criminosa*.

35. Em casos semelhantes, este douto Tribunal Superior de Justiça já firmou entendimento semelhante, a saber:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Limites normativos. Apreciação de matéria constitucional. Inadequação da via eleita. Concurso público. Investigação social. Candidato processado. Prescrição. Presunção de inocência. Precedentes.

I - É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, adentrar ao exame de pretensa violação a dispositivos constitucionais, cuja competência encontra-se adstrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna, ao designar o Pretório Excelso como seu Guardião. Neste contexto,

a pretensão trazida no especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal.

II - Consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, o simples fato de o candidato haver sido investigado em inquérito policial posteriormente arquivado ante a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, não pode ser considerado como desabonador de sua conduta, seu maior detalhamento, de forma impedir sua participação no concurso público, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes.

III - Agravo interno desprovido (AgRg no Ag n. 463.978-DF, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 4.8.2003, p. 370).

36. Diante do exposto, a insurgência do recorrente, quanto ao direito de participar das demais fases do concurso, deve ser acolhida, ante a demonstração de seu direito líquido e certo, nesse aspecto.

37. Por outro lado, carece-lhe de interesse de agir, quanto ao alegado direito líquido e certo à gravação da prova oral, pois além de inexistir previsão legal para tanto, a referida etapa do Concurso é realizada em *local público* (item 12.4 do próprio Edital n. 066.0.049.0001/2012 - fls. 42), o que não impede, dest'arte, a gravação do procedimento e o controle de eventuais arbitrariedades promovidas pelos examinadores.

38. Com base nessas considerações, *acolhe-se o parecer ministerial*, para *votar pela concessão parcial da segurança*, para assegurar ao recorrente *Fábio Camilo da Silva* a participação das demais fases do 30º Concurso para Ingresso na Magistratura do Estado do Mato Grosso do Sul. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.320.737-PR (2012/0086039-6)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Município de São Cristovão do Sul

Advogados: Fernando Takeshi Ishikawa e outro(s)

Patricia Suemi Ishikawa e outro(s)

Fabio Carneiro Cunha

Rafael Gonçalves de Albuquerque

Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Recorrido: D. Borcath Importadora e Exportadora Ltda
Advogado: Jose Machado de Oliveira e outro(s)
Interessado: Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Fósforos de Curitiba

EMENTA

Tributário. Obrigação acessória. Exigência de aposição de selo em caixas de fósforos de procedência estrangeira. Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT. CTN, Art. 98.

As obrigações acessórias são previstas “*no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos*” (CTN, art. 113, § 2º).

Legal que seja a imposição do selo em produtos industrializados de procedência estrangeira (L. 4.502/1964, art. 46), essa exigência tem seus limites na finalidade fiscal e na respectiva razoabilidade.

Espécie em que o selo inibe a importação *sub judice*, à vista do que está evidenciado no seguinte trecho da sentença, reproduzido pelo acórdão:

“(...) a exigência fiscal, no caso específico dos autos, resultaria na selagem manual de 23.148.000 caixas de fósforos”.

Método de fiscalização que não é razoável porque gravoso, aparentando finalidade extrafiscal.

Afronta ao art. III, parte II, do Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, incorporado à nossa ordem jurídica pelo Decreto n. 1.355, de 1994; prevalência da convenção internacional, à vista do disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional.

Recursos especiais conhecidos, mas desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, conhecer dos recursos especiais, mas negar-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentaram oralmente o Dr. Fabio Carneiro Cunha, pelo Município de São Cristóvão do Sul, o Dr. Vitor Soares de Lima, pela Fazenda Nacional, e a Dra. Michelle Heloise Akel, pela D. Borchath Importadora e Exportadora Ltda.

Brasília (DF), 21 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 29.10.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que D. Borchath Importadora e Exportadora Ltda. propôs ação ordinária contra a União, requerendo o reconhecimento da *“inconstitucionalidade e a ilegalidade da exigência de aposição de selos de controle, conforme disposto na Instrução Normativa SRF n. 31/99, determinando-se à Ré que se abstenha de exigí-los, por ocasião do desembaraço aduaneiro, sempre que se trate do mesmo produto (fósforos da marca ‘Zebra’, do fabricante ‘Nacional Match Company’ – produzidos dentro das especificações técnicas exigidas pelos órgãos brasileiros – Inmetro/INOR), sem prejuízo do pagamento dos tributos devidos em cada importação”* (e-stj, fl. 31).

A MM. Juíza Federal Substituta, Dra. Tani Maria Wurster, julgou procedente o pedido para *“reconhecer a inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência no desembaraço aduaneiro de aposição de selos de controle previstos na IN n. 31/99 SRF, sempre que se trate do mesmo produto, fósforos da marca ‘Zebra’, do fabricante ‘Nacional Match Company’, produzidos dentro das especificações técnicas dos órgãos brasileiros, sem prejuízo do pagamento dos tributos devidos pela importação”* (e-stj, fl. 372-373).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, relatora a MM. Juíza Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, negou provimento aos recursos de apelação interpostos pelo Município de São Cristóvão do Sul e pela União nos termos do acórdão assim ementado:

“Tributário. Amicus curiae. Incabível. IPI. Selo de controle. Art. 46 da Lei n. 4.502/1964 e IN n. 31/99.

1. O art. 7º, parágrafo segundo, da Lei n. 9.868/1999 é específico para os processos de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que não admitem intervenção de terceiros na forma do CPC. Assim, conclui-se que a todas as demais lides, aplicável o CPC, que tem regras específicas para intervenção de terceiros, não prevendo a figura do *amicus curiae*.

2. A exigência prevista na Instrução Normativa n. 31/99 da Secretaria da Receita Federal, apesar de atender ao comando disposto no artigo 46 da Lei n. 4.502/1964, onera excessivamente a importação promovida pela autora, produzindo diferenciação repudiada pela Organização Mundial do Comércio entre o produto nacional e o importado, conforme o artigo III, parte II, do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, incorporado à ordem jurídica interna pelo Decreto n. 1.355/1994.

3. Fósforos nacionais e estrangeiros são produtos similares e inexistente dúvida de que são concorrentes no mercado nacional. Embora para ambos a alíquota do IPI seja zero, a imposição dos selos vinculados ao tributo apenas aos fósforos estrangeiros, da forma como estruturada – obrigando o importador a selar cada caixinha para comercialização no mercado interno – sem dúvida impõe ônus que onera o produto estrangeiro excessivamente em comparação com o nacional, com efeito protecionista da indústria local” (e-stj, fl. 697).

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos apenas para fins de prequestionamento (e-stj, fl. 716-721).

O Município de São Cristóvão do Sul interpôs recurso especial, com base no art. 105, III, a, da Constituição Federal, por violação do artigo 46 da Lei n. 4.502, de 1964 e da IN n. 31/1999, sustentando que:

“Apesar de a recorrida pleitear o direito de importar fósforos oriundos de outro país sem a devida aposição de estampilhas, constata-se que o art. 46, da Lei n. 4.502, de 30 de novembro de 1964, dispõe sobre a possibilidade de regulamento determinar ou autorizar que o Ministério da Fazenda estabeleça a rotulagem de produtos estrangeiros.

(...)

Ocorre que o Ministério da Fazenda exerceu seu poder discricionário de exigir a rotulagem de produto estrangeiro por intermédio da Instrução Normativa SRF n. 31/99, que, em seu art. 2º, assevera que estão sujeitos ao selo de controle os fósforos de procedência estrangeira classificados na posição 3605.00.00 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados.

(...)

Em assim sendo, ao declarar a inexigibilidade da aposição de selo de controle em mercadoria proveniente do exterior, sob o fundamento de que tal obrigação onera excessivamente o produto estrangeiro, demonstra-se que o v. acórdão recorrido contraria expressamente dispositivo de lei federal, cujo escopo é propriamente a defesa dos interesses nacionais nas operações de comércio exterior” (e-stj, fl. 730-731).

Seguiu-se o recurso especial interposto pela União, com base no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, por violação do art. 535 do Código de Processo Civil, do art. 46 da Lei n. 4.502, de 1964, e do art. XX, **d**, do GATT, alegando que:

“A defesa da Fazenda Nacional foi calcada no art. 46 da Lei n. 4.502/1964, dispositivo legal que, de um lado, não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo órgão próprio desta Corte Regional e, de outro, não pode ser derogado por norma que lhe é anterior, in casu, o acordo geral GATT, que apenas foi reeditado em 1994 mas que manteve, em seu art. III, a redação do GATT original, que data de 1947, ocasião em que o Brasil já era signatário do referido acordo internacional.

Ao lado da implícita declaração de inconstitucionalidade que ofende ao art. 97 da Constituição Federal, de se notar, ainda, que há negativa de vigência ao referido dispositivo legal, que, não tendo sido afastado por inconstitucionalidade, deixou de ser aplicado, embora plenamente vigente no País. E a Corte Superior competente para examinar legislação federal a que foi negada vigência é esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual cabível o recurso especial.

*Mais ainda, sendo os acordos internacionais recebidos com força legislativa, deixou de ser aplicado, ainda, o art. XX, letra **d**, do GATT, que assim, igualmente, teve sua vigência negada.*

Importante anotar que a norma aplicada pela Corte Regional como inibidora da vigência do at. 46 da Lei n. 4.502, o acordo geral GATT, data de 1947. Nesta data o Brasil era já signatário do acordo. Assim que o referido artigo 46, que veio a lume apenas em 1964, lhe é posterior, devendo prevalecer sobre o acordo de livre comércio, e não o contrário. Note-se que o GATT/1994 é reedição daquele de 1947, tendo a norma apenas sido repetida.

Importante observar, ainda que não se trata aqui de norma tributária, mas de norma baseada no controle do comércio internacional, a cargo da Secretaria da Receita Federal, e como tal deve ser observado. Ainda de se notar que, datando de 1964, a referida norma legal não restou afastada por solução de controvérsias da Organização

Mundial do Comércio até o presente, tampouco foi o Brasil penalizado por força de tal norma vigente” (e-stj, fl. 814-815).

Contrarrazões às fl. 904-936.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): As obrigações acessórias são previstas “*no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos*” (CTN, art. 113, § 2º). Legal que seja a imposição do selo em produtos industrializados de procedência estrangeira (L. 4.502/1964, art. 46), essa exigência tem, portanto, seus limites na finalidade dessas obrigações e na respectiva razoabilidade.

Que o selo inibe a importação *sub judice*, está evidenciado no seguinte trecho da sentença, reproduzido pelo acórdão:

“(...) a exigência fiscal, no caso específico dos autos, resultaria na selagem manual de 23.148.000 caixas de fósforos” (e-stj, fl. 373 e fl. 692).

Quid?

Salvo melhor juízo, nesse caso, a obrigação acessória não é razoável, aparenta finalidade extrafiscal e implica a adoção de método gravoso de fiscalização, afrontando o art. III, parte II, do Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, incorporado à nossa ordem jurídica pelo Decreto n. 1.355, de 1994.

Para essa conclusão, não há necessidade de declarar a inconstitucionalidade do art. 46 da Lei n. 4.502, de 1964. A prevalência do Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio resulta do art. 98 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 98 - Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pela que lhes sobrevenha”.

Quer dizer, nada importa se a Lei n. 4.502, de 1964 é anterior ou posterior ao Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio; em qualquer dos casos sobrepõe-se a convenção internacional.

O Tribunal *a quo* decidiu a lide à vista do exame detido dos autos, enfrentando as questões realmente importantes para o seu desfecho, de modo que a alegação - de que o art. 535, II, do Código de Processo Civil, de que o art. 113 do Código Tributário Nacional e de que os arts. III da Parte II e XX,

letra **d**, do Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio tenham sido contrariados pelo julgado - não procede.

Voto, por isso, no sentido de conhecer dos recursos especiais, negando-lhes provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, também acompanho o voto do Senhor Ministro Relator, mas queria fazer duas observações.

2. Em primeiro lugar, a exigência da selagem dessas caixas de fósforos me parece puramente aduaneira, sem nenhuma repercussão fiscal. É simplesmente o controle do ingresso dessa mercadoria em território nacional, sem que, para esse ingresso, essa exigência signifique incidência de tributo. Portanto, é um controle só aduaneiro, só administrativo a meu ver. Esse é o primeiro ponto.

3. O segundo ponto, Senhor Presidente e Senhor Ministro *Ari Pargendler*, a preservação do mercado interno é uma preocupação constante de todos os países, não apenas do Brasil, nem dos países subdesenvolvidos, nem dos periféricos do capitalismo. Cada sociedade, cada Estado protege seu mercado com os meios disponíveis. O GATT é um tratado antigo, de 1958, muito antigo, e que foi elaborado numa época em que o desequilíbrio entre as economias era absolutamente desconsiderador da complementaridade entre elas. Eu tenho a impressão de que isso é patente, é de 1958, ou até antes esse acordo do GATT.

4. Senhor Ministro *Ari Pargendler*, eu acompanho o voto de V. Exa., mas tenho a pretensão de sugerir que a autoridade aduaneira edite um outro normativo que proteja o mercado interno de fósforo, pois tenho que confessar a minha surpresa em saber que o Brasil importa caixa de fósforos. Eu não sabia, pensei que as caixas de fósforos eram feitas no Paraná.

5. Senhor Presidente, pela importância e relevância dessa matéria, queria fazer mais uma brevíssima observação. Poucos países do mundo mantêm o seu Fisco agregado à sua aduana. Essa medida, que V. Exa. invocou muito bem, art. 113, § 2º, do CTN, é obrigação acessória fiscal. A selagem de controle é de natureza aduaneira, não é fiscal, inclusive porque a alíquota é zero. Não é fiscal; essa medida é puramente aduaneira.

6. Entendo que, neste caso, a aduana brasileira é consorciada com o Fisco brasileiro. Se a aduana fosse separada do Fisco, não haveria essa superposição

de análise da medida adotada. Neste caso, o interesse da selagem não é fiscal, é aduaneiro. Todos percebem claramente a distinção entre o que é interesse fiscal e o que é interesse aduaneiro. Além disso, sei que os tratados se sobrepõem às normas internas nacionais. Entretanto desde o tempo de Hugo Grotius que se dizia: “mas os tratados internacionais se curvam perante às constituições nacionais”, porque, senão, seria abolir a própria soberania interna de cada Estado signatário de qualquer acordo internacional, no caso, o GATT. A Constituição Brasileira – a Constituição, e não a lei ou o Código Tributário, nem lei regulamentar, nem nada – prevê expressamente a proteção do mercado interno como um dos valores nacionais a ser preservado; a previsão é constitucional.

7. Faço essas ressalvas e, embora não seja função do juiz fazer recomendação – ele só decide: sim ou não, por isso ou por aquilo –, penso que, no caso, a medida aduaneira é legítima e deve ser adotada para preservar o mercado internacional de fósforos.

8. Mesmo com as observação do Senhor Ministro *Ari Pargendler*, considero a abertura de mercado, sem reservas, para a produção dos países centrais do capitalismo, um mal, em detrimento do desenvolvimento nacional, a colonização das economias periféricas. Quer dizer, abrir a economia nacional para a importação de produtos industrializados, seja lá qual for: sapatos, óculos, perucas, perfumes etc., significa desemprego no Brasil.

9. Concedo a ordem, mas com esta observação: por causa da desoperacionalidade da medida: trata-se de um milhão e não sei quantas caixinhas de fósforos. Acho que realmente pareceu uma espécie de viés incompatível com a liberdade de comércio, que tem de ser compatibilizada também com a nossa liberdade pessoal.

10. Senhor Presidente, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator, com essas observações, tendo em vista só e somente só a impraticabilidade do exercício da selagem. Mas precisa-se preservar o mercado nacional, sem dúvida alguma.

RECURSO ESPECIAL N. 1.338.038-RS (2012/0167525-9)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Marcos Antônio Miola e outro(s)
Recorrido: Companhia Zaffari Comércio e Indústria
Advogados: Carlos Augusto Sobral Rolemberg e outro(s)
Fábio Canazaro e outro(s)
Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite e outro(s)
Ronei Ribeiro dos Santos e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. ICMS. Fornecimento de refeições prontas. Tributação diferenciada. Fruição por supermercado. Acórdão recorrido fundado em interpretação constitucional (art. 155, § 2º, III, da CF) do termo “similares” a bares e restaurantes contido na legislação estadual. Revisão. Impossibilidade. Matéria constitucional e Súmula n. 280-STF.

1. Fundada na alegação de violação do art. 111, II, do CTN, a Fazenda estadual interpõe recurso especial contra acórdão que, interpretando o alcance do termo “similares” contido na legislação estadual, entendeu que supermercado, no tocante especificamente ao fornecimento de refeições prontas dentro de suas dependências, tem direito a usufruir do tratamento tributário diferenciado de recolhimento de ICMS, porquanto assemelha-se a “bares, lanchonetes, restaurantes, cozinhas industriais e similares”.

2. Para esse mister, a Corte estadual respaldou-se no princípio constitucional da seletividade (art. 155, § 2º, III, da CF), para decidir que o termo “similares” deve levar em consideração a natureza da mercadoria fornecida e não a natureza do estabelecimento.

3. Não cabe a esta Corte Superior, em sede de recurso especial, rever a interpretação que o Tribunal de origem deu à legislação local, notadamente quando amparada em preceito constitucional. Incide, na espécie, o óbice estampado na Súmula n. 280-STF.

4. “Por ofensa reflexa à lei federal não é cabível recurso especial” (AgRg no AREsp n. 62.249-MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24.5.2012).

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sérgio Kukina (voto-vista), não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima (voto-vista) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 5.12.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho, assim ementado (fl. 675):

Processual Civil e Tributário.

Apelação. Julgamento. Resultado. Votos e parte dispositiva. Incompatibilidade. Irrelevância.

Irrelevante a incongruência entre o teor dos votos e o da parte dispositiva, pois o que interessa é o resultado do julgamento.

ICMS. Fornecimento de refeições. Benefícios fiscais. Fruição. Direito. Critério. Essencialidade. Compreensão.

O estabelecimento que produz e comercializa refeições desenvolve atividade similar a “bares, lanchonetes, restaurantes, cozinhas industriais e empresas preparadoras de refeições coletivas”, para efeito de incidência das alíquotas e fruição dos benefícios fiscais previstos nos arts. 23, inc. VI, 27, inc. V e 32, inc. IV, do Livro I, do RICMS/RS.

Hipótese de rejeição.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme ementa de fl. 702.

No apelo especial (fls. 710-723), o recorrente aponta violação do art. 111, II, do CTN. Defende, em resumo, que o Tribunal de origem adotou indevidamente interpretação elástica ao termo “similares”, contido na legislação estadual, para permitir ao supermercado recorrido o mesmo tratamento tributário diferenciado (base de cálculo e alíquota reduzidas) destinado ao fornecimento de “refeições servidas ou fornecidas por bares, lanchonetes, restaurantes, cozinhas industriais e similares”.

Contrarrazões às fls. 747-763.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 783-790.

Inicialmente, neguei seguimento ao recurso especial (fls. 842-844). Todavia, em face dos argumentos lançados no agravo regimental interposto pelo ente público, exerci o juízo de retratação para incluir este feito na pauta de julgamentos da Egrégia Primeira Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Conforme relatado, o recorrente busca a reforma do acórdão recorrido em face de suposta violação do art. 111, II, do CTN, o qual dispõe acerca da literalidade da interpretação da lei tributária para os casos de isenção.

Entretanto, no caso concreto, o exame de mérito passa necessariamente pela interpretação da legislação local que assim respaldou as razões de decidir do acórdão recorrido (fls. 681-682):

Da literalidade dessas normas (legislação estadual), sobre a concessão dos benefícios também para os estabelecimentos “similares” a “bares, lanchonetes e restaurantes”, tal como preconizado no voto condutor do aresto embargado - abrigando, inclusive, “empresas preparadoras de refeições coletivas” e “cozinhas industriais” (destacou-se), razão pela qual não se visualiza a brandida destinação dos favores fiscais a “estabelecimentos” de porte médio e pequeno”.

Nem poderia ser de outro modo, porque o art. 155, § 2º, inc. III da Constituição Federal, consagra a adoção do critério da seletividade do ICMS “em função da essencialidade das mercadorias e serviços” [aqui, relacionada, inequivocadamente, à redução do custo final da alimentação “fornecida” ao universo de consumidores (contribuintes de fato do tributo)], e não da natureza do estabelecimento fornecedor/prestador.

Tampouco impressiona o brandido risco de “extinção” dos benefícios, à vista de insuportável “perda de arrecadação”, decorrente de seu potencial aproveitamento por “enormes supermercados”, em prejuízo a contribuintes de menor porte. Ora, nada impede que o Ente tributante, no exercício dos poderes fiscais delegados pela Carta Política, modifique os incentivos concedidos, para explicitar o direito à sua fruição de acordo com critérios de isonomia e capacidade contributiva.

Constata-se, portanto, que a violação do alegado dispositivo de lei federal, se existente, não seria direta, mas meramente reflexa, insuscetível de análise pela via do recurso especial. A esse respeito: AgRg no AREsp n. 62.249-MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24.5.2012; AgRg no AREsp n. 142.048-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.5.2012; entre outros.

Verifica-se, portanto, que a pretensão da recorrente é a de rever a interpretação que o Tribunal de origem, à luz de preceito constitucional, deu à legislação local acerca do conceito normativo de estabelecimento similar a bares, lanchonetes e restaurantes para fins de tributação sobre o fornecimento de refeições prontas, o que é inviável pela via do recurso especial, consoante dispõe a Súmula n. 280-STF.

Importa registrar, também, que o Tribunal de origem, a rigor, não estendeu benefício fiscal para quem não estava contemplado pela lei estadual, mas, apenas, interpretou o alcance do adjetivo “similares” (indeterminado) nela contido, entendendo que supermercado, no tocante especificamente ao fornecimento de refeições prontas dentro de suas dependências, se assemelha a bares e restaurantes, razão por que deve ser gozar do mesmo tratamento tributário.

A controvérsia, pois, não está no dispositivo federal apontado, mas no alcance da expressão “similares” contida na lei local.

A esse respeito, especificamente, defende o que recorrente (fl. 719):

Ora, o legislador estadual, diga-se no exercício da sua competência constitucional, entendeu privilegiar, além do tipo de mercadoria, determinado tipo de estabelecimento. Não mirou, repita-se, contemplar unicamente o fornecimento de alimentação pronta, mas seu fornecimento através de determinados estabelecimentos. E estes estabelecimentos são aqueles elencados na legislação estadual dentre os quais não se encontram os supermercados.

O acórdão recorrido, por sua vez, respaldou-se no princípio constitucional da seletividade (art. 155, § 2º, III, da CF) para decidir que o termo “similares”

deve levar em consideração a natureza da mercadoria fornecida e não a natureza do estabelecimento.

Todavia, não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, a análise de eventual ofensa a dispositivos constitucionais, uma vez que, nos termos do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal, a uniformização de interpretação de tais normas cabe, tão somente, ao Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, *não conheço* ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: A hipótese é de recurso especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça gaúcho, em demanda ajuizada pela Companhia Zaffari Comércio e Indústria, visando, enquanto empresa do ramo de supermercados, também alcançar benefícios fiscais de ICMS dados pelo próprio Estado recorrente a bares, restaurantes e similares, no tocante ao fornecimento de refeições prontas.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (fl. 604):

ICMS. Refeições prontas. Bar. Restaurante. Similares. Supermercados.

1. A lei assegura tratamento especial às refeições servidas por bares, lancherias, restaurantes, cozinhas industriais e similares.

2. Ao estender-se o benefício aos estabelecimentos similares, enquadra-se nessa norma o supermercado que, a par das suas outras atividades, fornece refeições prontas, porque, neste particular, ainda que parcialmente, desempenha atividade similar a de um restaurante, lancheria ou bar.

3. Não exige a lei que o fornecimento a refeição seja atividade principal ou preponderante do estabelecimento. A lei não visa a "privilegiar" o segmento de bares, lancheria e cozinhas industriais. O escopo do legislador foi o de assegurar refeições prontas a preço menor. Interpretação diversa esvaziaria a intenção do legislador de dispensar tratamento igual aqueles outros que fornecem refeições prontas em detrimento da norma. Não se trata de atribuir à norma extensão não prevista em lei, mas de reconhecer fato inequívoco, isto é, a atuação também como restaurante, bar, lancheria ou cozinha industrial.

Recurso provido. Recurso adesivo prejudicado.

Relator vencido.

O Estado opôs, então, embargos infringentes, que foram rejeitados por decisão assim ementada (fl. 675):

Processual Civil e Tributário. Apelação. Julgamento. Resultado. Votos e parte dispositiva. Incompatibilidade. Irrelevância.

Irrelevante a incongruência entre o teor dos votos e o da parte dispositiva, pois o que interessa é o resultado do julgamento.

ICMS. Fornecimento de refeições. Benefícios fiscais. Fruição. Direito. Critério. Essencialidade. Compreensão.

O estabelecimento que produz e comercializa refeições desenvolve atividade similar a “bares, lanchonetes, restaurantes, cozinhas industriais e empresas preparadoras de refeições coletivas”, para efeito de incidência das alíquotas e fruição dos benefícios fiscais previstos nos arts. 23, inc. VI, 27, inc. V e 32, inc. IV, do Livro I, do RICMS/RS.

Hipótese de rejeição.

Os subsequentes embargos de declaração não foram acolhidos, como se extrai do acórdão de fls. 701-705.

No especial apelo, manejado com fundamento no art. 105, III, **a**, da CF, o ente federativo aponta violação ao art 111, II do CTN, aos seguintes argumentos: (I) “a ora recorrida, 5º maior grupo supermercadista do país, utilizou-se, para pagar a menor o ICMS incidente sobre a comercialização de alimentos prontos nas suas lojas, de benefício fiscal (base de cálculo reduzida e crédito presumido) e alíquota inferior, benefício que a legislação tributária estadual previa exclusivamente nas ‘operações’ envolvendo “refeições servidas ou fornecidas por bares, lanchonetes, restaurantes, cozinhas industriais e similares” (fl. 714); e (II) “O v. acórdão recorrido, por sua vez, acolhendo pretensão do contribuinte, deu interpretação elástica à palavra ‘similares’ contida na norma tributária estadual, para estender o benefício à ora recorrida (...) considerando unicamente uma das vertentes do benefício fiscal, o tipo de mercadoria comercializada - alimentos prontos - desconsiderando a outra, o tipo de estabelecimento” (fls. 714-715).

A Fazenda recorrente entende que houve, no caso, indevida interpretação alargada da norma tributária instituidora das referidas benesses, o que ofenderia os arts. 111, II, do CTN e 150, § 6º, da CF.

Afirma, a esse propósito, a relevância da distinção entre supermercados e restaurantes/bares e cozinhas industriais para fins de recebimento, à conta da similaridade, do tratamento tributário favorecido, *verbis* (fl. 718):

9. Parece evidente a distinção - e a sua relevância para o caso em discussão - entre supermercados e restaurantes/bares e cozinhas industriais (e seus similares). Os primeiros têm como atividade fim a venda de inúmeros produtos, sendo a comercialização de alimentos prontos, preparados no próprio estabelecimento parcela ínfima do seu faturamento. Os segundos têm como atividade fim o fornecimento de refeições acompanhadas das facilidades aos serviços prestados aos clientes. A seletividade implementada pela gama de benefícios fiscais já referidos quer alcançar setor econômico cujos estabelecimentos não somente fornecem a mercadoria (alimentos prontos), mas também serviços correlatos inerentes, como fornecimento de utensílios (pratos, talheres, copos) e eventuais comodidades (garçons; música ambiente, etc), com maior ou menor sofisticação, enquanto a autora, ora recorrida, como destacado no doto vencido, comercializa “comidas prontas a balcão em sua rotisseria, comida que é ‘pesada e etiquetada com código de barra peso e preço. É embalada no balcão, não sendo consumida nas dependências do estabelecimento. O pagamento é efetuado nos Emissoras de Cupom Fiscal, juntamente com outras mercadorias vendidas”, sem nenhum tipo de serviço agregado.

Por fim, sustenta que, “na espécie a norma isentiva não permite outra interpretação: supermercados não podem fazer uso das normas que dão benefícios a bares, restaurantes e similares” (fl. 722).

Contrarrazões apresentadas às fls. 747-763, postulando o não conhecimento do recurso, diante dos óbices das Súmulas n. 280-STF e 7-STJ; no mérito, reivindica o seu desprovimento.

Na decisão presidencial local de fls. 783-791, foi proferido juízo positivo de admissibilidade do apelo especial.

Já neste STJ, inicialmente, o Ministro Relator Benedito Gonçalves negou seguimento ao especial, em decisão monocrática lançada às fls. 842-844.

Posteriormente, em sede de agravo regimental, exercendo o juízo de retratação, o Ministro Relator incluiu o feito em pauta, apresentando, na sessão de 16.4.2013, o voto assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. ICMS. Fornecimento de refeições prontas. Tributação diferenciada. Fruição por supermercado. Acórdão recorrido fundado em interpretação constitucional (art. 155, § 2º, III, da CF) do termo “similares” a bares e restaurantes contido na legislação estadual. Revisão. Impossibilidade. Matéria constitucional e Súmula n. 280-STF.

1. Fundada na alegação de violação do art. 111, II, do CTN, a Fazenda estadual interpõe recurso especial contra acórdão que, interpretando o alcance do termo “similares” contido na legislação estadual, entendeu que supermercado,

no tocante especificamente ao fornecimento de refeições prontas dentro de suas dependências, tem direito a usufruir do tratamento tributário diferenciado de recolhimento de ICMS, porquanto assemelha-se a “bares, lanchonetes, restaurantes, cozinhas industriais e similares”.

2. Para esse mister, a Corte estadual respaldou-se no princípio constitucional da seletividade (art. 155, § 2º, III, da CF), para decidir que o termo “similares” deve levar em consideração a natureza da mercadoria fornecida e não a natureza do estabelecimento.

3. Não cabe a esta Corte Superior, em sede de recurso especial, rever a interpretação que o Tribunal de origem deu à legislação local, notadamente quando amparada em preceito constitucional. Incide, na espécie, o óbice estampado na Súmula n. 280-STF.

4. “Por ofensa reflexa à lei federal não é cabível recurso especial” (AgRg no AREsp n. 62.249-MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJE 24.5.2012).

5. Recurso especial não conhecido.

Assim, após o voto de Sua Excelência o Relator, não conhecendo do recurso, no que foi seguido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

É o breve relato.

Passo a proferir o voto vista.

A controvérsia diz com a possibilidade, ou não, de se estenderem, também a supermercados, benefícios fiscais de ICMS previstos em legislação doméstica, alusivamente à venda de refeições prontas e tendo por contribuintes beneficiários bares, restaurantes, cozinhas industriais, lancherias e outros estabelecimentos similares.

Apona-se que a legislação federal violada seria o art. 111, II do CTN, uma vez que o Tribunal de origem teria dado indevida interpretação ampliativa ao conceito de “bares, lanchonetes, restaurantes, cozinhas industriais e empresas preparadoras de refeições coletivas”, tal como previsto no Regulamento de ICMS vigente no Estado do Rio Grande do Sul.

Esta não é a primeira oportunidade em que analiso a fórmula normativa “interpreta-se literalmente a legislação tributária”, contida no art. 111 do CTN.

No julgamento do *REsp n. 1.020.991-RS*, ocorrido na Sessão da Turma de 9.4.2013, proferi voto, no que fui acompanhado pelos demais pares, entendendo

que, no tocante ao benefício fiscal concedido pelo ente público, não se admite o uso da interpretação extensiva.

É verdade que a questão concreta ali julgada versava sobre o alcance de benefício instituído por duas leis federais (Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003). No entanto, a diretriz hermenêutica posta no art. 111 do CTN não deve ter incidência reservada apenas aos casos em que a lei discutida seja federal, mas também quando a norma instituidora da benesse seja estadual ou municipal, pois a Constituição da República, em seu artigo 146, III, expressamente determinou que competiria à lei complementar, no caso, o Código Tributário, *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*.

Nesse contexto, entendo que, no caso ora examinado, o óbice da Súmula n. 280-STF deve ser afastado.

Por outro giro, mesmo que o acórdão impugnado tenha também se louvado em argumentação constitucional (por isso o simultâneo extraordinário manejado pelo Estado - fls. 725-741), ainda assim não se poderia inibir o enfrentamento, por este Superior Tribunal de Justiça, do tema central veiculado no presente recurso, que consiste em delimitar a abrangência de norma tributária instituidora de benefício fiscal, à luz do art. 111 do CTN, norma de natureza infraconstitucional federal.

Ultrapassada tais preliminares, *passo à análise do mérito*.

Diz o artigo 111 do CTN, de forma textual: “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Sobre o tema, e por sua inegável pertinência com a hipótese ora examinada, transcrevo trechos da decisão proferida no referido *REsp n. 1.020.991-RS*, *verbis*:

Ademais, o art. 111 do CTN, de modo expresso, prevê regra que impõe a interpretação literal nos casos de benefício fiscal, não se admitindo o uso da exegese extensiva. (Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.).

A expressão “interpretação literal”, de acordo com José Eduardo Soares de Melo, revela que “o sentido da lei deve ser aplicado com a maior exatidão a fim de não criar isenção nele não prevista, nem eliminar isenção que nele se incluía.” (MELO, José Eduardo Soares. *Interpretação e Integração da Legislação Tributária*.

In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). Curso de Direito Tributário. 13ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 186).

Já Tárek Moysés Moussallem possui a seguinte compreensão sobre as regras de interpretação da norma tributária:

Por óbvio, o uso da expressão “interpreta-se literalmente” é dotado de sem-sentido deontico por conta de buscar regular uma conduta do aplicador impossível por si só e ao mesmo tempo necessária.

Explica-se.

Impossível porque aplicador algum pode ficar adstrito ao plano sintático da linguagem para construir sentidos. Necessária, pois se trata de etapa irrefutável do processo de interpretação-aplicação uma vez que ninguém constrói sentidos sem passar pelo plano da literalidade.

Daí é que a expressão “interpreta-se literalmente” deve ser compreendida por “interpreta-se restritivamente”. Tem-se em verdade, ordem do legislador para que o aplicador interprete restritivamente os casos de isenção, suspensão, exclusão (!) do crédito tributário bem como a dispensa do cumprimento de deveres instrumentais. (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Interpretação restritiva no direito tributário. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 7., 2010, São Paulo. Anais do VII Congresso Nacional de Estudos Tributários. Direito Tributário e os Conceitos de Direito Privado. 2010. p. 1.217)

Finalmente, Leandro Paulsen se manifesta sobre o tema aduzindo que:

O art. 111 do CTN determina que se interprete literalmente a legislação tributária que disponha sobre a suspensão ou exclusão do crédito tributário, a outorga de isenção e a dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Tal dispositivo tem sido severamente criticado por ser, ele próprio, interpretado literalmente. O que se extrai como norma do art. 111 não é a vedação à utilização dos diversos instrumentos que nos levam à compreensão e à aplicação adequada de qualquer dispositivo legal, quais sejam, as interpretações histórica, teleológica, sistemática, a consideração dos princípios etc. Traz, isto sim, uma advertência no sentido de que as regras atinentes às matérias arroladas devem ser consideradas como regras de exceção, aplicáveis nos limites daquilo que foi pretendido pelo legislador, considerando-se as omissões como “silêncio eloqüente”, não se devendo integrá-las pelo recurso à analogia.” Há de se considerar, por certo, as circunstâncias do caso concreto, pois há princípios constitucionais inafastáveis na aplicação do direito, como a razoabilidade e a proporcionalidade.

Há, ainda, outro âmbito possível para a invocação do art. 111 do CTN. Refiro-me à exigência, pela autoridade fiscal, como condição para o

reconhecimento de isenção, suspensão ou exclusão do crédito tributário ou para dispensa do cumprimento de obrigações acessórias, de requisitos não previstos em lei. Ao referir-se à literalidade da legislação que disponha sobre tais matérias, resta claro que os requisitos também deverão constar expressamente da lei, não tendo o Executivo espaço para qualquer regulamentação inovadora. (PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário - completo. 5.ed. rev., atual., ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 126)

No mesmo sentido, confira-se a jurisprudência desta Corte:

Tributário. Agravo regimental. PIS e Cofins. Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003. Regime da não cumulatividade. Despesas de frete. Transferência interna de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa. Creditamento. Impossibilidade. Interpretação literal.

1. Consoante decidiu esta Turma, "as despesas de frete somente geram crédito quando relacionadas à operação de venda e, ainda assim, desde que sejam suportadas pelo contribuinte vendedor". Precedente.

2. O frete devido em razão das operações de transportes de produtos acabados entre estabelecimento da mesma empresa, por não caracterizar uma operação de venda, não gera direito ao creditamento.

3. *A norma que concede benefício fiscal somente pode ser prevista em lei específica, devendo ser interpretada literalmente, nos termos do art. 111 do CTN, não se admitindo sua concessão por interpretação extensiva, tampouco analógica. Precedentes.*

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.335.014-CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8.2.2013)

Tributário. Processo Civil. PIS. Cofins. Incidência monofásica. Creditamento. Impossibilidade. Legalidade. Interpretação literal. Isonomia. Prestação jurisdicional suficiente. Nulidade. Inexistência.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. A Constituição Federal remeteu à lei a disciplina da não-cumulatividade das contribuições do PIS e da Cofins, nos termos do art. 195, § 12 da CF/1988.

3. A incidência monofásica, em princípio, é incompatível com a técnica do creditamento, cuja razão é evitar a incidência em cascata do tributo ou a cumulatividade tributária.

4. *Para a criação e extensão de benefício fiscal o sistema normativo exige lei específica (cf. art. 150, § 6º da CF/1988) e veda interpretação extensiva*

(cf. art. 111 do CTN), de modo que benefício concedido aos contribuintes integrantes de regime especial de tributação (Reporto) não se estende aos demais contribuintes do PIS e da Cofins sem lei que autorize.

5. A concessão de benefício fiscal por interpretação normativa, além de ofender a Súmula n. 339-STF, implica em violação ao princípio da isonomia, posto que os contribuintes sujeitos ao regime monofásico não se submetem à mesma carga tributária que os contribuintes sujeitos ao regime de incidência plurifásica.

6. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.140.723-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.9.2010)

Convergindo com esse posicionamento jurisprudencial, Sacha Calmon Navarro Coêlho, na sua obra Curso de Direito Tributário Brasileiro (Forense, 12. ed., 2012, p. 581), diz que o art. 111 do CTN, *verbis*:

Manda que os preceitos que cuidam de suspensão ou exclusão de crédito tributário, isenções e dispensa de obrigações acessórias sejam compreendidos estritamente, sem dilargadas complacências. Interpretação literal não é interpretação mesquinha ou meramente gramatical. Interpretar estritamente é não utilizar interpretação extensiva. Compreenda-se. Todas devem, na medida do possível, contribuir para manter o Estado. As exceções devem ser compreendidas com extrema rigidez.

Por igual, Regina Helena Costa, em seu Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional (Saraiva, 2. ed., 2012, p. 182), discorrendo sobre o art. 111 do CTN, assim esclarece:

Ao determinar, nesse dispositivo, que a interpretação de normas relativas à suspensão ou exclusão do crédito tributário, à outorga de isenção e à dispensa do cumprimento de obrigações acessórias seja "literal", o legislador provavelmente quis significar "não extensiva", vale dizer, sem alargamento de seus comandos, uma vez que o padrão em nosso sistema é a generalidade da tributação e, também, das obrigações acessórias, sendo taxativas as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e de anistia.

Como anteriormente destacado, a discussão aqui posta se refere à possibilidade de se estender, ou não, a supermercados (à conta de alegada similaridade), benefícios fiscais de ICMS destinados a bares, restaurantes, cozinhas industriais e lancherias, relativamente à comercialização de refeições prontas.

Nesse cenário, e de plano, chama atenção o fato de a respectiva legislação local *não* ter feito expressa referência aos supermercados, nada obstante a importância e a grande visibilidade desse pujante segmento no contexto econômico-empresarial do País, o que torna lícito avaliar que tal silêncio não tenha sido fruto de mero esquecimento ou cochilo do legislador gaúcho. Antes e ao contrário, é de se compreender que essa ausência de menção tenha resultado de deliberada opção do órgão legiferante em alijar os supermercados da fruição daquelas medidas fiscais mais benéficas.

De outra parte, pretender-se forçar o enquadramento dos supermercados na lista de beneficiários, sob a justificativa de que se cuidariam de estabelecimentos “similares” a bares, restaurantes, lanchonetes ou cozinhas industriais, para além de malbaratar a dicção do art. 111 do CTN, também faz por distorcer realidades e práticas empresariais inequivocamente distintas, porquanto os supermercados, como revela a experiência comum, não são concebidos com a precípua finalidade de se dedicarem ao fornecimento de refeições, ainda que, como no caso da recorrida, possuam cozinha industrial no interior de suas instalações. Aliás, como se recolhe do teor da ata de Assembléia Geral de fl. 25, a empresa ora recorrida sequer chega a especificar o preparo de refeições no espectro de suas atividades:

Art. 3º - A sociedade tem por objeto social a exploração ao ramo de Supermercados, compreendendo o comércio de gêneros alimentícios em geral e demais mercadorias passíveis de venda em supermercados, tais como: cereais, frutas, legumes; óleos comestíveis; vinagres, molhos, sal; laticínios, massas e farinhas alimentícias, doces, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, açougues, fiambreteria; mercearia, armarinhos e miudezas, ferragens e ferramentas, artigos metalúrgicos, material de construção, material elétrico, material de limpeza, móveis e estofados em geral, vidros, produtos de toucador, perfumarias e cosméticos, produtos químicos não farmacêuticos, tintas, escovas, pincéis para todos os fins, artigos escolares, artigos de couro, papel e plástico e seus artefatos, veículos e acessórios; bicicletas; motocicletas, máquinas e suas partes integrantes, brinquedos e utilidades domésticas, fertilizantes, aparelhos elétricos, artigos de plástico, borrachas e seus sucedâneos, inclusive pneus, alimentos para animais, tecidos, confecções, roupa de cama e mesa; tapeçaria, lavanderia, barracas e tonas, instrumentos musicais, bem como e importação e exportação dos artigos referidos. Dentro de suas atividades a sociedade procederá na industrialização de café, compreendendo a torrefação e moagem, bem como a respectiva comercialização; a industrialização; comercialização, importação e exportação de óleos vegetais e seus derivados; a industrialização o comercialização de sabão e outros produtos saponificados; a industrialização de embalagens, o comércio

e a representação, importação e exportação de materiais e equipamentos de construção; a compra, a venda, a locação e a administração de imóveis; atividade de lavagem e lubrificantes de veículos; o transporte nacional e internacional, por via rodoviária, de cargas secas líquidas, congeladas e resfriadas.

A se considerar, em acréscimo, que, tivesse sido a intenção do legislador estadual conceder benefícios em função apenas do fato gerador (comercialização de refeições prontas), sequer necessitaria listar, como acabou fazendo, o rol de estabelecimentos alcançados pela medida. Se assim o fez, é porque pretendeu particularizar e delimitar o conjunto de contribuintes destinatários da benesse fiscal, não se podendo, portanto, elastecer indevidamente esse grupo.

A tal propósito, agora em mero e hipotético exercício de imaginação, acaso o legislador do Rio Grande do Sul, relativamente aos mesmos benefícios de ICMS concedidos para o comércio de refeições prontas, houvesse, na mão inversa, indicado expressamente como beneficiários diretos os supermercados e, por equiparação, outros estabelecimentos similares, por certo que dificilmente se consentiria, sob o rótulo da similaridade, em estender idênticos benefícios em prol de bares e lanchonetes, pois que, a toda evidência, não se assemelham aos supermercados.

Em suma e em ordem a finalizar este voto-vista, concluo no sentido de que a opção do legislador estadual foi, efetivamente, a de *não* incluir os supermercados entre os contribuintes sujeitos à tributação especial, ou seja, o silêncio da norma, na espécie ora examinada, deve ser compreendido como intencional, de modo a não abranger tais estabelecimentos de maior porte.

Reitero, em remate, que esta Corte Superior, em hipóteses semelhantes, tem se manifestado pela existência de maltrato ao art. 111 do CTN quando evidenciado que o Tribunal de origem admitiu indevida interpretação mais ampla a regime de benefícios fiscais. Confirmam-se os seguintes julgados:

Tributário. ICMS. Isenção. Interpretação literal. Art. 111 do CTN.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem consigna que a legislação local é expressa no sentido de haver isenção de ICMS apenas no caso de suspensão de impostos da União na sistemática do *drawback*. No entanto, o acórdão recorrido amplia o benefício para atingir hipótese em que não há suspensão, mas sim isenção dos tributos federais, sob o argumento de que a interpretação literal não deve prevalecer.

2. Inexiste discussão quanto ao texto da norma estadual isentiva, sendo incontroversa a concessão do benefício para os casos de suspensão dos tributos

federais. Tampouco se questiona a exegese ampliativa feita pela Corte Estadual, que afastou a “interpretação literal que não pode prevalecer”.

3. *Ofensa ao art. 111 do CTN, visto ser impossível a interpretação extensiva de dispositivos que fixam isenção. Precedentes do STJ.*

4. Agravo Regimental não provido.

(*AgRg no REsp n. 980.103-SP*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.2.2009, DJe 19.3.2009)

Recurso especial. Alínea **a**. Tributário. ICMS. Isenção. Decreto Estadual n. 40.643/1996. Importação de máquinas e equipamentos por empresa prestadora de serviços. Pretendida isenção do ICMS por equiparação a estabelecimento industrial. Impossibilidade. Concessão de isenções. Interpretação literal. Art. 111 do CTN.

A empresa recorrente, que se dedica à prestação de serviços de locação de bens móveis relacionados com diversões públicas, ajuizou ações cautelares e ordinárias, a fim de que lhe fosse reconhecido o direito à isenção do ICMS prevista pelo Decreto Estadual n. 40.643/1996 em relação aos equipamentos por ela importados e elencados na petição inicial.

Preceitua o artigo 111 do CTN que “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre a outorga de isenções”.

Assevera o professor Hugo de Brito Machado que essa disposição “há de ser entendida no sentido de que as normas reguladoras das matérias ali mencionadas não comportam interpretação ampliativa nem integração por equidade” (Curso de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 98).

O Decreto Estadual n. 40.643/1996, que aprovou os termos do Convênio n. 132/1995, concedeu a isenção unicamente para os estabelecimentos industriais. A circunstância de que a Lei Federal n. 4.502/1964, que, para os fins nela previstos, tenha equiparado o estabelecimento industrial ao importador, em nada interfere na solução dada à presente demanda, ao contrário do que pretende a recorrente.

O referido diploma normativo federal, que trata do extinto imposto sobre o consumo, não serve de parâmetro para a concessão de isenções de imposto de competência estadual, em nome do primado da isenção autônoma, que somente autoriza a cada ente federativo a concessão de isenções de tributos de sua competência. Desse entendimento não destoa o entendimento do douto Órgão Colegiado de origem, ao afirmar que, “evidentemente, se o Convênio e o Decreto dizem que somente se beneficia da isenção o importador (empresa industrial), não se pode ampliar, restringir ou comparar com fundamento em lei federal, o que, além de ferir a diretriz da interpretação literal, agride o princípio da autonomia dos Estados”.

No tocante à alegada ofensa ao disposto na Lei Complementar n. 24/1975, a recorrente, a despeito de seu arrazoado acerca de aspectos constitucionais que

circundam a questão, não logrou demonstrar, no âmbito infraconstitucional, qual artigo do referido diploma teria sido malferido, bem como as razões para eventual reforma do julgado quanto a esse aspecto.

Recurso especial improvido.

(REsp n. 329.328-SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 5.8.2004, DJ 25.10.2004, p. 274)

Também assim: REsp n. 1.212.976-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe 23.11.2010; REsp n. 1.107.044-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 5.11.2010 e REsp n. 1.114.909-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 6.4.2010.

Por todo o exposto, com as mais respeitosas vênias aos Ministros Benedito Gonçalves e Napoleão Nunes Maia Filho, que me antecederam na votação, dou provimento ao recurso especial do Estado do Rio Grande do Sul, restabelecendo a sentença de fls. 525-530, inclusive no tocante aos ônus sucumbenciais.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Consoante relatório lançado aos autos pelo eminente Ministro *Benedito Gonçalves*, trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Rio Grande do Sul* em desfavor da *Companhia Zaffari Comércio e Indústria*, com fundamento no art. 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado (fl. 604e):

ICMS. Refeições prontas. Bar. Restaurante. Similares. Supermercados.

1. A lei assegura tratamento especial às refeições servidas por bares, lancherias, restaurantes, cozinhas industriais e similares.

2. Ao estender-se o benefício aos estabelecimentos similares, enquadra-se nessa norma o supermercado que, a par das suas outras atividades, fornece refeições prontas, porque, neste particular, ainda que parcialmente, desempenha atividade similar a de um restaurante, lancheria ou bar.

3. Não exige a lei que o fornecimento a refeição seja atividade principal ou preponderante do estabelecimento. A lei não visa a "privilegiar" o segmento de bares, lancheria e cozinhas industriais. O escopo do legislador foi o de assegurar refeições prontas a preço menor. Interpretação diversa esvaziaria a intenção do legislador de dispensar tratamento igual aqueles outros que fornecem refeições prontas em detrimento da norma. Não se trata de atribuir à norma extensão não

prevista em lei, mas de reconhecer fato inequívoco, isto é, a atuação também como restaurante, bar, lancheria ou cozinha industrial.

Recurso provido. Recurso adesivo prejudicado.

Relator vencido.

O Estado do Rio Grande do Sul opôs embargos infringentes, que foram rejeitados (fls. 670-689e). Na sequência, interpôs embargos de declaração, os quais, igualmente, foram rejeitados (fls. 701-705e).

O recorrente sustenta, em essência, que o acórdão recorrido teria contrariado o disposto no art. 111 do CTN, ao conferir interpretação extensiva à legislação estadual, de modo a assegurar à ora recorrida, proprietária de rede de supermercados, reduções de alíquota e de base de cálculo do ICMS incidentes sobre a comercialização de refeições prontas, porquanto se cuidaria de benefício fiscal destinado tão somente a “bares, lanchonetes, restaurantes, cozinhas industriais e similares” (fl. 714e).

Contrarrazões apresentadas (fls. 747-763e).

Diante dos argumentos lançados nas sustentações orais realizadas por ambas as partes, do voto do eminente Ministro *Benedito Gonçalves*, relator, que não conheceu do recurso especial, no que foi seguido pelo eminente Ministro *Napoléon Nunes Maia Filho*, e do voto divergente do eminente Ministro *Sérgio Kukina*, que lhe deu provimento, pedi vista dos autos.

Passo ao exame do recurso especial.

Dispõe o Código Tributário Nacional, em seu art. 111, apontado como violado, que a lei de outorga de benefício fiscal deve ser interpretada literalmente, quer dizer, de modo a não albergar, p. ex., outros sujeitos passivos, bases de cálculo, alíquotas, fatos imponíveis, etc., não expressamente contemplados no texto legal, consoante se verifica abaixo:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

O comando normativo em tela tem por finalidade orientar o aplicador do direito, em especial às autoridades tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além dos órgãos do próprio Poder Judiciário,

sobre a interpretação a ser conferida às normas que versam sobre a concessão de benefício de ordem fiscal. Assim, o exame de ofensa a referido dispositivo somente é cabível, *data venia*, a partir do sentido e do alcance do próprio ato normativo de outorga do benefício fiscal.

Na hipótese, a solução da lide passa necessariamente pela interpretação da legislação tributária estadual do ICMS, que assegura redução de alíquota e de base de cálculo às refeições servidas por bares, lancherias, restaurantes, cozinhas industriais e “similares”.

O Tribunal de origem julgou que, ao fornecer refeições prontas, a recorrida, embora rede de supermercados, exploraria atividade similar àquelas desenvolvidas pelos demais beneficiários do tratamento fiscal privilegiado. Com essa interpretação conferida à expressão “similares”, contida na lei local, deu provimento à apelação, de modo a anular os lançamentos tributários constituídos nesse sentido.

Como se sabe, em se tratando de norma estadual, seu exame pelo Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, encontra óbice no preceito contido no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, considerando, ainda, a regra inscrita na alínea **c**, *inciso III, do seu art. 102*. Incidência, destarte, por analogia, do enunciado da Súmula n. 280-STF.

Ante o exposto, *acompanho* o eminente relator, a fim de *não conhecer* do recurso especial.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Sr. Presidente, em primeiríssimo lugar, gostaria de registrar a providencial iniciativa do eminente Relator em trazer este assunto para ser debatido na Turma e, realmente, ele se reveste de inegável relevância, não há dúvida alguma. Em segundo lugar, poucas vezes temos ouvido falas jurídicas tão afiadas, precisas, exatas e certeiras, tanto do Procurador do Estado Rio Grande do Sul como também do eminente Advogado da parte, que falou em último lugar.

2. É um desafio enorme examinar o mérito desta pretensão, embora reconheça que os dois obstáculos sumulares são praticamente intransponíveis. Realmente, digamos assim, é lamentável que não se possa examinar o mérito

deste recurso; mas, como dizia Oscar Wilde, a melhor maneira de enfrentar as tentações é ceder a elas. Então, peço vênia a V. Exa. para ceder à tentação de fazer uma brevíssima incursão sobre o mérito desta demanda recursal, embora, evidentemente, o voto do Relator seja irrespondível; absolutamente irrespondível e irretocável no que diz respeito a estes dois tampões da cognição: a súmula que veda o reexame de decisões calcadas em lei local e a súmula que veda o reexame de matéria factual. Não fosse isso, teríamos de navegar – usando a expressão que o Advogado usou há pouco – com mais largueza sobre o mérito da demanda.

3. Sr. Presidente, a fala do Procurador, que foi a primeira, foi muito precisa e fiquei impressionado com a postura filosófica que adotou na tentativa de transformar a semelhança da realidade ou a semelhança dos seres em identidade entre eles. O Sr. Ministro *Benedito Gonçalves* sabe muito bem – já conversei com S. Exa. sobre isso em certa ocasião – que esse é um tormento dos filósofos, principalmente dos que se preocupam com o método de aquisição do conhecimento, e até dos teólogos também. São Paulo dizia: “nós somos semelhantes a Deus, mas não somos iguais a Ele”. Evidentemente, no caso, a lei estadual é coisa de mérito, não se pode examinar, porque os dois obstáculos não consigo ultrapassá-los; lamentavelmente, não conseguiria ultrapassá-los, mesmo se tentasse.

4. A legislação estadual é absolutamente ingrata e madrasta do Procurador, e não socorre à lucidez do seu raciocínio e nem apoia o esforço intelectual, que estão sumamente bem orientados, como ele desenvolveu.

5. Depois, Sr. Presidente, não podemos imaginar que uma norma tributária estadual ou de qualquer outro índice tributário discrimine os pequenos e médios contribuintes dos grandes fornecedores e até dos megaforneadores; o tratamento isonômico deve presidir as relações tributárias.

6. Ademais, no caso, a norma tributária estadual não se dirige a beneficiar, de maneira alguma, como bem disse o Sr. Ministro Relator, um contingente populacional específico, por exemplo, as pessoas de baixa renda; não se dirige para beneficiar um setor econômico e não se dirige para beneficiar uma região geográfica deprimida. Portanto, inegavelmente não se trata de favor fiscal, de benefício fiscal, trata-se da norma genérica de tributação, que não pode discriminar.

7. Além do mais, Sr. Presidente, na minha opinião, a questão da identidade e de similitude – estou falando isso por que há outro processo em que devo voltar

à questão, talvez hoje ou na próxima quinta-feira –, ou identidade e semelhança, que o filósofo austríaco Karl Popper desenvolveu com tanto profundidade e conhecimento, criando a diferença entre esses dois conceitos da gnosiologia.

8. No mais, Sr. Presidente, para encerrar, verifico, também, que a função da norma tributária foi contemplar uma atividade e não o seu exercente, não é uma norma – como se dizia antigamente e não sei se ainda se diz, aprendi com V. Exa. na Quinta Turma – *intuitu personae*, não foi dirigida para qual ou tal o tipo de estabelecimento, mas para determinada atividade econômica.

9. Teria muito mais a dizer se fosse nadar de braçada nesse mérito, mas, como V. Exa. já está me censurando, com seu olhar severo e agudo, porque estou estendendo-me numa matéria em que já disse que vou acompanhar o Relator, quero só mais uma vez, Sr. Presidente, manifestar a minha admiração intelectual pela palavra do Procurador e, também, pela palavra do ilustre Advogado; eles estiveram, a meu ver, à altura do desafio que essa questão nos põe, mas as duas barreiras sumulares, ao meu juízo, não há como saltá-las por mais alta e comprida que seja a vara que se empregue nesse esforço.

10. Acompanho o voto do eminente Ministro Relator, e mais uma vez louvo S. Exa. por ter tido a delicadeza, diria assim, de trazer este assunto para ser debatido aqui, porque, realmente é de uma importância extraordinária.

RECURSO ESPECIAL N. 1.355.159-PR (2012/0244705-4)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogados: Heloisa Sabedotti

Francisco Spisla e outro(s)

Patrícia Raquel Caires Jost

Recorrido: Associação Evangélica Beneficente de Londrina

Advogados: Ronaldo Gomes Neves

Odilon Alexandre Silveira Marques Pereira e outro(s)

EMENTA

Civil. Mútuo. Inviabilidade técnica do projeto arquitetônico, identificada após a liberação dos recursos financiados. Responsabilidade do mutuário, por ordem e conta de quem foi elaborado o projeto arquitetônico.

Espécie em que - tendo a obra deixado de ser executada por força de inviabilidade técnica do projeto elaborado por ordem e conta do mutuário - os danos materiais daí resultantes não podem ser imputados ao agente financeiro.

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, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator. Assistiu ao julgamento o Dr. Murilo Oliveira Leitao, pela parte recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 4.11.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que a Caixa Econômica Federal ajuizou execução fundada em título extrajudicial (*contrato de mútuo*) contra a Sociedade Evangélica Beneficente de Londrina (e-stj, fl. 773-776).

Opostos embargos do devedor à execução (e-stj, fl. 03-13), o MM. Juiz Federal da 2ª Vara de Londrina, PR, Dr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi, julgou parcialmente procedente o pedido nos seguintes termos:

“Julgo parcialmente procedente o pedido dos embargos, extinguindo o processo com julgamento do mérito na forma do art. 269, I, do CPC, para determinar o prosseguimento da execução pelo valor de CR\$ 304.506.693,22 (trezentos e quatro milhões, quinhentos e seis mil, seiscentos e noventa e três cruzeiros reais e vinte e dois centavos) em 31.12.1993, atualizáveis a partir de então pelos índices oficiais com juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da citação até 10.1.2003 e a partir desta data, nos termos do art. 406 do CC c.c. 161, § 1º, do CTN, de 1% (um por cento).

Caberá ao Sr. Perito Judicial a apresentação de atualização da conta nos termos do dispositivo” (e-stj, fl. 365).

Seguiu-se apelação (e-stj, fl. 369-389), interposta pela Sociedade Evangélica Beneficente de Londrina, à qual a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento em acórdão assim ementado:

“Administrativo. Embargos à execução. Força maior. Responsabilidade por vícios de construção. Reparação dos danos patrimoniais.

1. Configura força maior o fato imprevisível, resultante da ação humana, que gera efeitos jurídicos para uma relação jurídica, independentemente da vontade das partes.

2. O agente financeiro responde pelas manifestações que exara na fase de contratação do negócio jurídico, notadamente aquelas relacionadas com as condições físicas e situação estrutural do imóvel, tendo legitimidade passiva ad causam, neste passo, para as ações em que se pretende reparação patrimonial, de modo amplo, em face de vícios, defeitos ou mesmo inconclusão de imóvel objeto do mútuo.

3. Apelo provido” (e-stj, fl. 419).

Opostos embargos de declaração pela Caixa Econômica Federal (e-stj, fl. 421-432), foram acolhidos nos termos do acórdão assim ementado:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Prequestionamento. Efeitos infringentes.

1. Uma vez acolhida pela Turma a tese de que o descumprimento do contrato se deu também pela errônea avaliação feita pela CEF do projeto de engenharia, conclui-se que o provimento do apelo foi no sentido de recalcular a dívida, mediante averiguação judicial a ser procedida na origem (fls. 350v.).

2. Os prejuízos causados ao mutuário pela negligência na fiscalização que incumbia à CEF, e que culminaram no impedimento da ampliação da unidade hospital prevista no projeto inicial, deverão ser abatidos do valor exequendo.

3. O Tribunal não fica obrigado a examinar todos os artigos de lei invocados no recurso, desde que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação jurisdicional, dispensável a análise dos dispositivos que pareçam para a parte significativos, mas que para o julgador, se não irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar.

4. A jurisprudência tem admitido o uso dos embargos de declaração para fins de prequestionamento de matéria a ser resolvida nos Tribunais Superiores.

5. Não acolhidos efeitos infringentes quanto aos honorários advocatícios, porque ausentes flagrante impropriedade processual, ilegalidade ou equívoco no julgado para obter a reforma da decisão da Turma. Matéria reservada para a via recursal própria.

6. Declaratórios parcialmente providos, considerando-se rejeitados os dispositivos Constitucionais e legais referidos nos embargos” (e-stj, fl. 451).

Daí o presente recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, dizem violados os arts. 460, 515, 535, I e II, do Código de Processo Civil, os arts. 186, 265, 368, 392, 618 e 927, todos do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial, quanto à responsabilidade da Caixa Econômica Federal e à base de cálculo dos honorários de advogado fixados nos embargos à execução (e-stj, fl. 455-490).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. O *thema decidendum* está em saber se a Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente financeiro, pode responder por prejuízos resultantes da inexecução, por inviabilidade técnica, de obra financiada, cujo projeto foi encomendado pela mutuária a terceiro.

A questão foi assim resolvida pelo Tribunal *a quo*, reportando-se implicitamente ao art. 186 do Código Civil (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”):

“Afirma a parte embargante que, face às dificuldades geradas pela inconclusão da obra originalmente contratada, ante à errônea avaliação do

projeto de engenharia, restou impraticável o cumprimento da obrigação assumida junto à instituição financeira.

A respeito, cumpre referir que ao proceder à análise da documentação acostada aos autos verifiquei, como afirma a recorrente, que a obra inicialmente contratada deixou de ocorrer ante um equívoco na análise do projeto, que entendeu ser possível a construção de mais dois andares no hospital, quando, na verdade, a estrutura do hospital não comportava um peso a mais.

Tenho eu que, no caso em exame, a instituição financeira deve ser responsabilizada, pois antes da contratação e liberação dos valores financiados, o projeto foi avalizado pelo engenheiro da CEF, conforme atestam os documentos de fis. (76-149), dos quais transcrevo os seguintes excertos:

‘RELATÓRIO DE ANALISE

3.2 - Dimensionamento Físico e Operacional O Hospital existente possui uma área construída averbada de 9.888,20 m², em sete pavimentos, sobre terreno com 11.101,13 m², com capacidade para 222 leitos, sendo 104 na clínica médica, 79 na cirúrgica e 39 na obstétrica, mais 18 na UTI.

A ampliação pretendida refere-se à construção de mais dois pavimentos no prédio existente, além de uma edificação anexa. Serão acrescidos 7.721,22 m² de área construída, que possibilitarão o aumento de 134 leitos, sendo 52 na clínica médica, 59 na cirúrgica e 23 na obstétrica, além de 30 na UTI.

Em sua configuração final, a unidade hospitalar conterà uma área construída de 17.609,42 m² que possibilitará a instalação de 356 leitos, dos quais 156 na clínica médica, 138 na cirúrgica e 62 na obstétrica, mais 48 leitos na UTI. Os 356 leitos serão fisicamente distribuídos da seguinte forma: 130 em apartamentos, 208 em enfermarias e 18 em unidades de tratamento semi-intensivo.

Sua operacionalização dá-se através dos seguintes Departamentos: Anestesiologia e Assistência Ventilatória, Clínica Cirúrgica, Clínica Médica, Ginecologia e Obstetrícia, Pediatria, Serviços Auxiliares de Diagnóstico e Tratamento, Apoio e Pronto Socorro e Ambulatório.

Além das internações, o hospital atende a um grande número de pacientes ambulantes, tanto através de seu pronto-socorro e ambulatório, quanto nos serviços de hemodiálise.

No último pavimento, será localizado o centro cirúrgico com 10 salas e serviços auxiliares, bem como um centro de esterilização de material. Esse novo

centro cirúrgico, assim como a nova localização do CTI e o remanejamento do centro obstétrico, permitirão um aumento na eficiência desses serviços, além do acréscimo no volume de atendimentos.

O projeto inclui a aquisição de equipamentos necessários, conforme listagem aprovada pelo Ministério da Saúde, inserta às fls. 97 a 213, Anexo 1

PARECER GERAL SINTÉTICO

9.1 consideramos o Empreendimento tecnicamente viável, devendo apenas ser observado o contido no item 6 deste Parecer, com relação ao Cronograma Físico-Financeiro (fl. 86)'.

Desta feita, antes de proceder à liberação do valor viabilizador da construção a CEF procedeu à vistoria do bem como medida garantidora do mútuo. Assim procedendo, o agente financeiro avaliza a integridade física e estrutural do imóvel, o que transmite ao mutuário a convicção de que a construção está indene de vícios e, o que interessa no caso concreto, em perfeito estado de utilização. Sentiu-se o mutuário respaldado no parecer do departamento de engenharia do agente financeiro, acerca das aceitáveis condições do projeto.

Mais, então, do que um singelo negócio jurídico de mútuo, a relação contratual formada entre o agente financeiro e o mutuário traz consigo o atestado de solidez do imóvel, no qual se fia o mutuário. A conduta do agente financeiro, pois, gera no mutuário a convicção de que está adquirindo um bem cuja situação estrutural foi investigada e aprovada.

Frustrado o aval acerca da solidez estrutural do imóvel ao longo do tempo, surge para o mutuário a pretensão de reparação patrimonial, na sua ampla acepção, ficando o agente financeiro sujeito à averiguação judicial da sua parcela de responsabilidade.

No caso dos autos, são evidentes os danos causados ao mutuário, que, ante a frustração da ampliação da unidade hospitalar., deixou de efetuar mais atendimentos, que gerariam fundos para o adimplemento, da obrigação assumida. Referido quadro conduz à implicação lógica da mutuante por negligência na fiscalização que lhe incumbia" (e-stj, fl. 411-415).

2. Como dito acima, não se está diante de uma relação triangular, envolvendo construtora, consumidor e agente financeiro, controvertida em torno de defeitos na construção - hipótese em que há julgados do Superior Tribunal de Justiça proclamando a responsabilidade solidária do agente financeiro.

Aqui se trata de projeto arquitetônico tecnicamente inviável que instruiu pedido de financiamento a final concedido pelo agente financeiro, tendo o projeto sido encomendado a terceiro pelo mutuário.

Qual a relevância do parecer acerca da respectiva viabilidade técnica, que o agente financeiro faz no seu interesse (*o de que não sendo desperdiçados os recursos, possa o mutuário resgatar o empréstimo*)?

Salvo melhor juízo, ele não descaracteriza a responsabilidade do mutuário que escolheu mal o profissional para elaborar o projeto, nem implica a solidariedade do agente financeiro pelos danos decorrentes de sua inexecução.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para restabelecer a autoridade da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara de Londrina, PR, Dr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi.

RECURSO ESPECIAL N. 1.402.091-SP (2011/0125265-4)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: F L P de M

Advogados: Samuel Mac Dowell de Figueiredo

Carolina Arid Rosa e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

Interessado: Associação dos Amigos do Museu da Casa Brasileira - AMMCB e outros

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação cautelar de exibição de documentos. Apuração de atos de improbidade administrativa. Quebra de sigilo bancário. Possibilidade.

1. Havendo sérios indícios da prática de ato de improbidade, pode-se determinar a quebra de sigilo bancário dos investigados para o fim de sua apuração.

2. 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 maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 8 de outubro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator para acórdão

DJe 4.12.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. F.L.P.M. interpõe Recurso Especial, fundamentado na alínea **a** do inciso III do art. 105 da CF/1988, interposto contra acórdão prolatado pela 3ª Câmara de Direito Público do TJSP (fls. 2.957-2.977), assim ementado:

Agravo de instrumento. Ação cautelar de exibição de documentos. Improbidade administrativa. Insurgência contra decisão que deferiu a quebra de sigilo bancário de agentes públicos. Existência de inquérito civil para a investigação de desvio de verbas públicas. Necessária a quebra de sigilo para apuração de ilícitos administrativos e penais. Recurso não provido.

2. No Raro Apelo de fls. 3.038-3.058, aponta o recorrente, preliminarmente, violação aos arts. 458 e 535 do CPC, sob o argumento de o Tribunal de origem não ter se pronunciado, em sede de Embargos de Declaração, acerca dos dispositivos normativos tidos por violados, não abordando, ainda, questões trazidas à baila que fundamentam os pedidos das partes.

3. No mérito, alega ofensa aos arts. 844 e 845 do CPC, afirmando não ser possível o ajuizamento de Ação Cautelar de Exibição de Documentos para obrigar o recorrente a expor suas movimentações financeiras ao Ministério Público, para que este continue promovendo as investigações dos supostos atos ímprobos e de eventuais crimes.

4. Sustenta, ainda, que o acórdão infringiu o art. 21 do CC, por ter a Instância Ordinária determinado a quebra de sigilo bancário do recorrente, uma

vez que a medida invasiva implicar-lhe-á dano irreparável, não sendo suficiente, para sua decretação, a alegação tão somente da *gravidade* das denúncias, sem que haja justificativa plausível que demonstre a necessidade da limitação.

5. Contrarrazões às fls. 3.123-3.133, pugnando pelo não conhecimento do recurso e, sucessivamente, seu desprovimento.

6. É o que havia de importante para ser relatado.

VOTO

Ementa: Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ajuizamento de ação cautelar de exibição de documentos para obter quebra de sigilos bancário, fiscal e financeiro de servidores públicos e dirigentes de órgãos estatais, com a finalidade de apurar a prática de eventuais condutas ímprobas. Ausência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* que justifique o deferimento da medida liminar. Recurso provido.

1. A jurisprudência desta egrégia Corte Superior de Justiça já sedimentou entendimento de que a concessão da tutela cautelar submete-se ao preenchimento de dois requisitos cumulativos: (i) *fumus boni iuris*, referente à plausibilidade da ação e da procedência de seu mérito; (ii) *periculum in mora* - atinente ao perigo concreto e eminente de dano grave ou de difícil reparação à pessoa, ao bem ou à prova, em face do decurso do tempo, que torne ineficaz a tutela jurisdicional da ação principal.

2. A mera gravidade da conduta apurada pelo Ministério Público, desprovida de qualquer circunstância concreta que comprove, ao menos em um juízo perfunctório, o envolvimento do recorrente em condutas ímprobas, não configura fundamento idôneo para justificar a presença de *fumus boni iuris* exigido para a concessão da medida cautelar.

3. Igualmente, não se vislumbra o *periculum in mora* da diligência pleiteada pelo membro do *Parquet*, uma vez que as provas almejadas pelo Órgão Acusador não correm risco de perecimento pelo tempo, por estarem registrados nos bancos de dados das instituições financeiras, onde seguramente não sofrem perigo potencial de dano próximo, grave e de difícil reparação.

4. A quebra de sigilo pleiteada pelo membro do *Parquet* insere-se no inciso II do citado art. 844 do CPC, que exige, para o deferimento da exibição documental, que o documento visado seja próprio ou comum do peticionante.

5. As informações almejadas pelo Órgão Ministerial, todavia, dizem respeito ao interesse privativo do recorrente, atrelados à sua vida privada, à sua esfera íntima, cuja interferência e devassa somente devem ocorrer em hipóteses excepcionais e devidamente fundamentadas, não bastando para tanto meras suspeitas de seu envolvimento em condutas ímprobas e criminosas, decorrentes do simples exercício funcional de cargo diretivo de órgão executivo estadual.

6. Recurso especial provido, para indeferir a concessão liminar da quebra de sigilo bancário, fiscal e financeiro do recorrente.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, não se reconhece a ocorrência de infringência ao art. 535 do CPC, uma vez que não se vislumbra qualquer omissão, obscuridade ou contradição no venerando aresto recorrido, pelo que não se tem presente, dest'arte, qualquer causa de natureza processual apta a nulificar o acórdão ora impugnado.

2. Infere-se dos autos que o Ministério Público ajuizou Ação Cautelar de Exibição de Documentos para que fosse deferida a quebra do sigilo bancário do recorrente e dos demais investigados, com o objetivo de instruir Inquérito Civil instaurado para apurar denúncias sobre desvios de verbas públicas, promovidas por agentes públicos lotados no Museu da Imagem e do Som e do Museu da Casa Brasileira.

3. Nessa senda, aponta o recorrente violação aos arts. 844 e 845 do CPC, sob o argumento de a Ação Cautelar de Exibição não ser instrumento processual idôneo para a obtenção, pelo Ministério Público, de quebra de sigilo bancário, fiscal e financeiro.

4. A solução da questão de direito demanda uma breve digressão sobre a *teoria geral do processo cautelar*.

5. Com efeito, o processo cautelar possui, em sua essência, o caráter da *preventividade*, pois possui a função *auxiliar e subsidiária* de assegurar a tutela eficaz de um processo principal - de cognição ou de execução - mediante a outorga de segurança a uma situação provisória de interesse das partes, já que o

transcurso do tempo pode inutilizar a solução final da lide, alterando o estado das pessoas, provas e bens.

6. Observa-se nitidamente, dessa maneira, a utilização da tutela cautelar como mecanismo de conservação dos elementos do processo, extirpando a ameaça iminente de prejuízo ou perigo irreparável ao interesse pleiteado na ação principal.

7. Verifica-se, assim, que a tutela jurisdicional cautelar almeja à *justa e eficaz tutela jurisdicional pleiteada em um processo principal*, garantindo, dessa forma, a utilidade da jurisdição.

8. Percebe-se, *claramente*, que o objetivo da tutela jurisdicional cautelar é *prevenir* os elementos processuais contra eventual risco de dano imediato que comprometa o interesse litigioso e, conseqüentemente, a eficácia da tutela definitiva a que se encontra atrelada. Nessa linha, a doutrina esposada pelo ilustre Professor HUMBERTO THEODORO JUNIOR, que define com muita pertinência a medida cautelar da seguinte maneira:

(...) providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal. (Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 506).

9. Em face do caráter preventivo, a concessão da tutela cautelar submete-se ao preenchimento de dois requisitos cumulativos: (i) *fumus boni iuris*, referente à plausibilidade da ação e da procedência de seu mérito; (ii) *periculum in mora* - perigo concreto e eminente de dano grave ou de difícil reparação à pessoa, ao bem ou à prova, em face do decurso do tempo, que torne ineficaz a tutela jurisdicional.

10. Especificamente em relação à Ação Cautelar de Exibição, tem-se que o processo destina-se, geralmente, a assegurar ou a constituir uma *prova*, ainda que, por vezes, vise a conhecer e a fiscalizar determinado objeto que se encontra na guarda de terceiro. Sua finalidade precípua é, nas lições do já citado doutrinador HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *evitar o risco de uma ação mal proposta ou deficientemente instruída*, evitando-se, assim, *a surpresa ou o risco de se deparar, no curso do futuro processo, com uma situação de prova impossível ou inexistente* (*Op. cit.*, p. 603).

11. Pois bem.

12. No caso em exame, a Ação Cautelar Exibitória ajuizada pelo Ministério Público almeja à quebra de sigilo bancário, financeiro e fiscal dos investigados no Inquérito Civil n. 321/2006, que apura desvios de dinheiro promovidos por funcionários e dirigentes do Museu da Imagem e do Som (MIS), bem como do Museu da Casa Brasileira (MCB) - órgãos públicos estaduais (fls. 55).

13. A procedência do pedido cautelar atinente à quebra de sigilo bancário, financeiro e fiscal do recorrente submete-se, portanto, à demonstração do *fumus boni iuris* - consubstanciado na *plausibilidade do ajuizamento de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa contra F.L.P.M. e sua possível condenação por ato ímprobo* - e do *periculum in mora* - consistente no fundado temor quanto à impossibilidade de produção da prova almejada, no momento da regular instrução processual, em face de seu futuro perecimento, desvio, destruição ou deterioração.

14. Da leitura da decisão que deferiu o pedido liminar (fls. 2.653-2.655), percebe-se que o juízo monocrático concluiu haver *fumus boni iuris* no pleito Ministerial tão somente em face de haver indícios de desvios de dinheiro público, como atesta a seguinte passagem da decisão interlocutória ora mencionada:

O conjunto e o volume da prova documental coligida indica a razoabilidade da identificação do *fumus boni iuris*, sobretudo porque sublinha o Ministério Público a existência de uso ilícito de bem público com enriquecimento pessoal ilícito e prejuízo financeiro direto ao erário (condutas tipificadas nos artigos 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992), o que fere a legalidade e a moralidade pública e levanta a presença do interesse público subjacente, tendo havido a indicação do futuro ajuizamento de ação de improbidade administrativa, sendo certo que há nexos lógicos de causalidade entre a exibição que se almeja e a sua raiz causal, ainda que se esteja nos estreitos limites da cognição sumária. (fls. 2.654).

15. O acórdão impugnado, igualmente, entendeu restar preenchido o requisito do *fumus boni iuris* apenas com esteio na gravidade e nos indícios dos fatos narrados, bem como da necessidade do deferimento da diligência para as investigações, conforme atesta o seguinte trecho do Voto Vencedor:

Os fatos apurados pelo Ministério Público são de extrema gravidade e se encontram fundados em plausibilidade fática e jurídica.

Nesse contexto, a quebra dos sigilos bancários dos servidores e dirigentes das instituições referidas é condição essencial para apuração de ilícitos administrativos e penais.

Os indícios veementes do esquema de emissão e compra de notas “frias” para justificar a existência de despesas junto à Secretaria de Cultura, locação irregular de espaços nos museus, além de realização de eventos particulares, sem que as verbas fossem repassadas ao Estado, são mais do que suficientes para o deferimento da medida reclamada para o fim das necessárias investigações. (fls. 2.962-2.963).

16. Em relação ao recorrente, destacou-se apenas sua permanência em cargos de Diretoria na Secretaria do Estado da Cultura, *sem que lhe fosse atribuída qualquer conduta ímproba específica*, a saber:

No tocante ao agravante, ficou dito que a sistemática de atuação dos envolvidos no dano ao erário verificou-se que “em diversas oportunidades, os membros das Associações também eram funcionários da Secretaria do Estado da Cultura e acabavam por exercer cargos de Diretoria nas Associações, numa ciranda organizada, em que quase sempre as pessoas continuavam as mesmas, trocando somente de postos (...)”. (fls. 34). Dentre estas estava o agravante (fls. 2.957).

17. Vislumbra-se, dest’arte, que as decisões que deferiram a quebra de sigilo *em momento algum imputaram ao recorrente qualquer conduta desonesta, lastreando a concessão da medida cautelar na simples condição de o F.L.P.M. exercer cargos de Direção da Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo*, como se de tal condição decorresse, lógica e consequentemente, seu envolvimento nos fatos investigados pelo Ministério Público no Inquérito Civil n. 321/2006.

18. Na realidade, a justificativa da medida tem como base *acusações genéricas*, desprovidas de qualquer circunstância concreta que comprovasse, ao menos em um juízo perfunctório, o envolvimento do investigado nas condutas ímprobas. Como bem ressaltado pelo Voto Vencido proferido no Tribunal de origem, *não há nenhuma suspeita direta recaindo sobre o Agravante, ao menos por ora* (fls. 2.957), o que, à toda evidência, afasta a plausibilidade sequer de futuro ajuizamento de Ação Civil Pública de Improbidade em desfavor do recorrente, afastando-se, dessa maneira, o *fumus boni iuris* da medida.

19. Igualmente, não há que se falar em *periculum in mora* que fundamente o deferimento da constrição pleiteada pelo Ministério Público, uma vez que as provas almejadas pelo Órgão Acusador não correm risco de perecimento pelo tempo, por estarem registrados nos banco de dados das instituições financeiras, onde seguramente não sofrem perigo potencial de dano próximo, grave e de difícil reparação.

20. Em outros julgados, esta egrégia Corte Superior de Justiça já sedimentou entendimento acerca da indispensabilidade da comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para o deferimento de medidas cautelares, a saber:

Processo Civil. Tributário. Medida cautelar. Recurso especial. Efeito suspensivo. Impossibilidade. Participação nos lucros. Contribuição previdenciária. Ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

1. Em circunstâncias excepcionais, admite-se a concessão de efeito suspensivo a recurso especial por meio de medida cautelar inominada, quando satisfeitos concomitantemente os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

2. A probabilidade de êxito do recurso especial deve ser verificada na medida cautelar, ainda que de modo superficial. Assim, não comprovado de plano a fumaça do bom direito apta a viabilizar o deferimento da medida de urgência, é de rigor o seu indeferimento.

3. Na hipótese, o *fumus boni iuris* não foi demonstrado, isto porque as empresas não se submetem à incidência da contribuição previdenciária se a distribuição de lucros e resultados for realizada na forma da lei.

4. “O art. 3º, § 2º, da Lei n. 10.101/2000 (conversão da MP n. 860/1995) fixou o critério básico, no que interessa à demanda, qual seja a impossibilidade de distribuição de lucros ou resultados em periodicidade inferior a 6 (seis) meses” (REsp n. 496.949-PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 31.8.2009).

5. A mera alegação de receio de dano irreparável ou de difícil reparação não é, isoladamente, suficiente para a concessão da tutela cautelar. Não basta a existência de receio estritamente subjetivo, pois deve referir-se a uma situação objetiva, baseada em fatos concretos - situação que não identifique nos autos.

Medida cautelar improcedente. Prejudicado o agravo regimental. (MC n. 20.790-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º. 8.2013).

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental na medida cautelar. Ação ordinária com pedido de tutela antecipada. Pretensão de conferir efeito suspensivo a recurso especial. Excepcionalidade. Não demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Remoção de servidora para acompanhar o cônjuge. Violação do artigo 535 não configurada. Ausência de deslocamento do consorte varão e de interesse da Administração.

1. Impossível, diante da caracterização da controvérsia e dos fatos que levaram à extinção do processo cautelar sem resolução do mérito, pretender a parte juntar novos documentos quando da interposição do agravo interno.

2. É ressabido que a cautelar para atribuição de efeito suspensivo a recurso especial demanda a demonstração inequívoca do *periculum in mora*, evidenciado

pela urgência na prestação jurisdicional, e do *fumus boni juris*, consistente na possibilidade de êxito do recurso, consoante a jurisprudência uníssona do STJ que se extrai dos seguintes julgados: AgRg na MC n. 14.558-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 20.10.2008; AgRg na MC n. 14.456-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 22.9.2008.

(...).

6. Agravo regimental não provido. (AgRg na MC n. 17.779-PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 30.6.2011).

21. Ademais, no caso específico da Ação Cautelar de Exibição, observa-se que o próprio Estatuto Processual Civil elenca as hipóteses de seu cabimento em seu art. 844, que dispõe o seguinte:

Art. 844 - Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:

I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer;

II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios;

III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei.

22. A quebra de sigilo pleiteada pelo membro do *Parquet* insere-se no inciso II do citado art. 844 do CPC, uma vez que as informações a serem prestadas pelas instituições financeiras revestem-se de caráter *documental*. Nessa linha, vislumbra-se claramente que as informações almejadas pelo Órgão Ministerial não são de sua *exclusiva* propriedade; não são, sequer, de propriedade comum das partes.

23. São, na verdade, informações de *interesse privativo do recorrente*, por dizerem respeito à sua vida privada, à sua esfera íntima, cuja interferência e devassa somente deve ocorrer em hipóteses excepcionais e devidamente fundamentadas, não bastando para tanto meras conjecturas de seu envolvimento em condutas ímprobas e criminosas, decorrentes do simples exercício funcional de cargo diretivo de órgão executivo estadual.

24. Os argumentos ora explanados atestam que a insurgência do recorrente merece guarida.

25. Em face do exposto, *dá-se provimento ao Recurso Especial*, para reformar a decisão que manteve o deferimento da quebra de sigilo fiscal, financeiro e bancário de F.L.P.M. pleiteado em Ação Cautelar de Exibição.

26. É o voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento a agravo de instrumento interposto contra decisão que, em autos de ação cautelar de exibição de documentos, determinou a quebra de sigilo bancário para fins de apuração de atos de improbidade administrativa.

Alega-se violação: (i) dos artigos 458 e 535 do CPC, por se entender que o acórdão recorrido não se pronunciou, fundamentadamente, sobre a necessidade da quebra do sigilo bancário; (ii) dos artigos 844 e 845 do CPC, por se considerar que a cautelar de exibição não é via adequada à quebra de sigilo bancário; (iii) do art. 21 do Código Civil, ao argumento de que o juiz deve adotar providência necessárias para impedir a violação da vida privada da pessoa natural.

Contrarrazões às fls. 3.123 e seguintes.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

No caso, o Tribunal de Justiça, diante do acervo probatório e considerando a plausibilidade fática e jurídica da pretensão, decidiu:

A quebra dos sigilos bancários dos servidores e dirigentes das instituições referidas é condição essencial para apuração de ilícitos administrativos e penais.

Os indícios veementes do esquema de emissão e compra de notas frias para justificar a existência de despesas junto à Secretaria de Cultura, locação irregular de espaços nos museus, além de realização de eventos particulares, sem que as verbas fossem repassadas ao Estado, são mais do que suficientes para o deferimento da medida reclamada para o fim das necessárias investigações.

[...]

Certo que não há o que temer para aqueles que têm vida funcional irrepreensível do ponto de vista de probidade administrativa, mesmo porque a

quebra de sigilo bancário, embora constitua instrumento de investigação, não responsabiliza ninguém por si só, ausentes provas de condutas ilícitas.

Anota-se que, opostos embargos de declaração, arguindo omissão para a alegação de inadequação da ação cautelar, para o fato de o Ministério Público ter acesso a outros meios de prova e para a ordem de quebra se apoiar tão somente na gravidade das denúncias, foram rejeitados, sem qualquer acréscimo à fundamentação embargada.

Nada obstante, nos termos em que decidida a controvérsia pelo acórdão *a quo*, não há falar em violação dos artigos 458 e 535 do CPC, pois o Tribunal de origem julgou a matéria, de forma clara, coerente e fundamentada, pronunciando-se, suficientemente, sobre os pontos que entendeu relevantes para a solução da controvérsia. A esse respeito, vide: REsp n. 1.102.575-MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º.10.2009; EDcl no MS n. 13.692-DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 15.9.2009; AgRg no Ag n. 1.055.490-RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14.9.2009.

Com relação à adequação da ordem de quebra de sigilo, a pretensão também não merece prosperar.

Deve-se mencionar que o art. 1º, § 4º, inciso VI, da LC n. 105/2001 dispõe que “a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: [...] contra a Administração Pública”.

Nesse contexto, havendo sérios indícios da prática de ato de improbidade, pode-se determinar a quebra de sigilo bancário dos investigados para o fim de sua apuração. Nesse sentido, dentre outros:

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental no agravo de instrumento. Quebra de sigilo bancário. Decisão judicial fundada em indício de ato ímprobo. LC n. 105/2001, art. 1º, § 4º. Possibilidade. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ.

I - É possível a determinação por decisão judicial da quebra do sigilo bancário quando há fundado indício de ato ilícito, principalmente de ato de improbidade, nos moldes da Lei Complementar n. 105/2001, art. 1º, § 4º. Precedentes: RMS n. 32.065-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 10.3.2011; REsp n. 1.060.976-DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 4.12.2009; REsp n. 996.983-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 30.9.2010.

II - *In casu*, a Corte de origem entendeu, com base no contexto dos fatos e nas provas apresentadas, haver fundado indício de ato ímprobo praticado pelo agravante a corroborar o pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal. Inviável chegar a conclusão contrária sem análise do arcabouço probatório. Súmula n. 7-STJ.

III - Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 1.423.453-DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 11.6.2012).

Medida cautelar. Ação de exibição de documentos. Quebra do sigilo bancário. Liminar concedida. Agravo. Manutenção. Recurso especial. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Cautelar. Inviabilidade. Pressupostos de concessão. Inexistência.

I - A medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso que não o tem, somente pode ser utilizada em hipóteses especialíssimas, quando perfeitamente configurados os pressupostos da fumaça do bom direito e do perigo da demora. Mesmo nestes casos, o recurso especial a ser interposto deve estar delineado a fim de se observar a possibilidade de sua admissão, porquanto, sendo a finalidade precípua da medida cautelar assegurar a eficácia do resultado do processo principal, força é reconhecer que a cautelar vige enquanto pendente o processo principal, sendo deste dependente, acessório, não podendo existir se não estiverem presentes os pressupostos processuais de validade deste último, uma vez que a ação cautelar não basta por si mesma.

II - Verificando que a matéria versada no recurso especial não se encontra prequestionada no aresto guerreado e, reconhecendo que todos os argumentos explicitados pelo recorrente, impõem ao julgador o reexame do conjunto fático probatório, tem-se como consequência a inadmissão do apelo.

III - É inviável a medida cautelar quando o processo principal não tem chances de ser admitido.

IV - O sigilo bancário não é um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do Ministério Público em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao Poder Judiciário. (ROMS n. 8.716-GO, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 25.5.1998, p. 11).

IV - Medida cautelar improcedente (MC n. 5.299-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 26.5.2003).

Ação cautelar (exibição de documentos bancários). Legitimidade do Ministério Público Estadual. Providências investigatórias urgentes e preparatórias para o inquérito civil e ação civil pública. Constituição Federal, arts. 5º, X e XII, 37, 127 e 129. Lei n. 4.595/1964 (art. 38). Lei n. 7.347/1985. Lei n. 4.728/1965 (art. 4º, par. 2.) e Lei n. 8.625/1993 (arts. 25 e 26).

1. *A parla de relevante interesse publico e social, ampliou-se ao ambito de atividades do Ministerio Publico para realizar atividades investigatorias, alicerçando informações para promover o inquerito e ação civil publica (C.F., arts. 127 e 129, III, - Lei n. 7.347/1985, arts. 1º e 5º).*

2. *O sigilo bancario não e um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do Ministerio Publico em medidas e procedimentos administrativos, inqueritos e ações, mediante requisição submetida ao Poder Judiciario.*

3. *A "quebra de sigilo" compatibiliza-se com a norma inscrita no art. 5º, X e XII, C.F., consono jurisprudencia do STF.*

4. *O principio do contraditorio não prevalece no curso das investigações preparatorias incetadas pelo Ministerio Publico (RE n. 136.239 - Ag. Reg. em Inquerito n. 897 - DJU de 24.3.1995).*

5. *Não constitui ilegalidade ou abuso de poder, provimento judicial aparelhando o MP na coleta de urgentes informações para apuração de ilicitos civis e penais.*

6. *Recurso improvido (RMS n. 8.716-GO, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 25.5.1998).*

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.