



---

**Primeira Turma**



---

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.  
21.662-SP (2011/0078141-5)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: Oswaldo Ribeiro Junqueira Neto

Advogado: Wagner Marcelo Sarti

Interessado: Ministério Público do Estado de São Paulo

---

**EMENTA**

Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Prefeito. Improbidade administrativa. Promoção pessoal indevida no cemitério local por ocasião do feriado de finados. Art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Elemento subjetivo (dolo) não configurado. Agravo do Ministério Público Federal desprovido.

1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10).

2. Não se tolera, porém, que a conduta culposa dê ensejo à responsabilização do Servidor por improbidade administrativa; a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade; ademais, causa lesão à razoabilidade jurídica o sancionar-se com a mesma e idêntica reprimenda demissória a conduta ímproba dolosa e a culposa (art. 10 da Lei n. 8.429/1992), como se fossem igualmente reprováveis, eis que objetivamente não o são.

3. O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei n. 8.429/1992 é aceitável, e mesmo recomendável,

para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa).

4. No presente caso, a conduta imputada ao agravado consiste na suposta realização de promoção pessoal indevida no cemitério local por ocasião do feriado de Finados que, utilizando-se de funcionários públicos municipais, fez com que estes, na madrugada do dia 2 de novembro de 2003, distribuíssem por todos os túmulos existentes no cemitério municipal, um botão de roda acompanhado de cartão (fls. 10).

5. Na linha da orientação ora estabelecida, a sentença de primeira instância julgou improcedente o pedido do Ministério Público por ter entendido ausentes o dolo ou a má-fé do recorrente.

6. Ocorre que o Tribunal de origem, apesar de reconhecer a ausência do elemento subjetivo (dolo) ao afirmar que, muito embora, a princípio, não se vislumbre má-fé na atitude do Prefeito apelado, nem se tenha evidências de que teriam sido utilizados recursos financeiros públicos na empreitada motivadora do ajuizamento da presente ação, ao contrário (fls. 372), classifica esse mesmo comportamento como ato de improbidade administrativa.

7. Não tendo sido associado à conduta do recorrente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa.

8. Agravo Regimental do *Ministério Público Federal* desprovido.

## ACÓRDÃO

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

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 15.2.2012

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho 1. Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo *Ministério Público Federal - MPF* contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial, nos seguintes termos:

Administrativo. Agravo em recurso especial. Improbidade administrativa. Promoção pessoal indevida no cemitério local por ocasião do feriado de finados. Art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Elemento subjetivo (dolo) não configurado. Parecer do Ministério Público pelo não provimento do recurso. Recurso provido, no entanto (fls. 562).

2. Em suas razões recursais, o agravante sustenta que o recurso não deveria ter sido conhecido, por não ter o recorrente impugnado especificamente a base jurídico-legal da decisão combatida, bem como em face da impossibilidade de análise, em sede especial, da alegação relativa à suposta ausência de dolo.

3. Aduz que *o artigo que trata dos atos contrários aos princípios da Administração Pública é norma residual em relação aos artigos 9º e 10, significando dizer que, independente de dolo na conduta, quando não for possível enquadrar o ato de improbidade como enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, usa-se o art. 11 como regra de reserva de forma a proporcionar a punição ao agente público ímprobo* (fls. 582).

4. Pugna, desse modo, pela reconsideração da decisão ora atacada ou a apresentação do feito à Turma Julgadora para que seja desprovido o Recurso Especial. É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A despeito das alegações do agravante, razão não lhe assiste, porquanto os argumentos trazidos no recurso não foram suficientes para infirmar a decisão recorrida, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

2. Dessume-se dos autos que o Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com Ação Civil Pública em face de *Oswaldo Ribeiro Junqueira Neto*, com fundamento na suposta realização de promoção pessoal indevida no cemitério local por ocasião do feriado de Finados que, *utilizando-se de funcionários públicos municipais, fez com que estes, na madrugada do dia 2 de novembro de 2003, distribuíssem por todos os túmulos existentes no cemitério municipal, um botão de roda acompanhado de cartão* (fls. 10).

3. O pedido foi julgado improcedente em primeira instância, tendo o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede recursal, reformado a sentença para condenar o ora recorrente ao pagamento de multa civil correspondente à metade do valor da remuneração recebida, com fundamento no art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

4. Diante dessa julgado, o recorrente interpôs o presente Recurso Especial, em que sustenta a necessidade de comprovação do elemento subjetivo dolo para que se configure a hipótese de improbidade administrativa, o que não ocorreu na hipótese.

5. Presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso Especial, passo à análise do mérito.

6. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, tipificando como de improbidade administrativa o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11).

7. Ocorre que a Lei n. 8.429/1992 deixou de delimitar o ato ímprobo, o que pode levar a Administração a punir indiscriminadamente os atos *apenas ilegais* praticados por seus Servidores como se fossem atos de improbidade, alterando a essência da lei.

8. De fato, não se deve admitir que a *conduta culposa* renda ensejo à responsabilização do Servidor por improbidade administrativa; com efeito, a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade administrativa. O elemento *culpabilidade*, no interior do ato de improbidade, *se apurará sempre a título de dolo*, embora o art. 10 da Lei n. 8.429/1992 aluda efetivamente à sua ocorrência de forma culposa; parece certo que tal alusão tendeu apenas a fechar por completo a sancionabilidade das ações ímprobas dos agentes públicos, mas se mostra mesmo impossível, qualquer das condutas descritas nesse item normativo, na qual não esteja presente o dolo.

9. Quanto às condutas postas no art. 9º da Lei n. 8.429/1992, os Professores MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR dizem que os seus conteúdos não admitem a forma culposa; eis a lição desses especialistas:

Ponto que merece atenção diz respeito ao elemento subjetivo necessário à caracterização das condutas elencadas naqueles dispositivos. Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; são todas dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata (Improbidade Administrativa, São Paulo, Atlas, 1999, p. 124).

10. No que se refere às condutas gizadas no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, esses mesmos doutrinadores fazem observações assemelhadas (ob. cit., p. 125); o Professor JOSÉ ARMANDO DA COSTA, para quem os atos de improbidade são *espécies de infrações disciplinares*, leciona o seguinte:

Não sendo concebível que uma pessoa enriqueça ilicitamente, cause prejuízo ao erário ou transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e de lealdade às instituições públicas, por ação ou omissão meramente culposa (negligência, imprudência ou imperícia), forçosamente haveremos de concluir que o elemento subjetivo do delito disciplinar da improbidade é o dolo (Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa, Brasília, Brasília Jurídica, 2002, p. 22).

11. Aceitando-se essa matriz analítica do ato de improbidade sugerida nessa ponderação, pode-se concluir de imediato que *eventuais ilegalidades formais ou materiais cometidas pelos Servidores Públicos não se convertem automaticamente em atos de improbidade administrativa*, se nelas não se identifica a vontade deliberada e consciente de agir, ou seja, *excluindo-se a possibilidade de improbidade meramente culposa*; essas limitações servem à finalidade de escoimar da prática administrativa a banalização das imputações vazias e para revelar a gravidade dessas mesmas imputações, que devem ser combatidas e intoleradas.

12. Por outro lado, a tipificação deficiente ou a falta de tipificação fechada do ato ímprobo – como é manifestamente desejável, por se tratar de requisito próprio do Direito Sancionador – pode levar a Administração a punir com a mesma sanção os atos simplesmente ilegais e os atos indubitavelmente caracterizados como de improbidade administrativa praticados por seus Servidores, *o que impõe a atuação moderadora e corretiva do Poder Judiciário*, para evitar os excessos e o tratamento uniforme de situações objetivas distintas e inconfundíveis, com infração ao princípio da reserva de proporcionalidade.

13. É intolerável, do ponto de vista jurídico, que a conduta administrativa reconhecidamente culposa enseje a aplicação ao Servidor Público da mesma

enérgica sanção que merece a repressão à conduta comprovadamente dolosa, caracterizadora do ato de improbidade administrativa, para não se infringir a regra de ouro da proporcionalidade das reprimendas legais, de tão antiga quanto respeitável exigência e tradição: o ato havido por negligente, imprudente ou imperito (culposo) não se alça ao nível de ato ímprobo, para ensejar a punição que é a este último se comina, conforme valiosos precedentes desta colenda Corte Superior:

Administrativo. Improbidade administrativa. Cessão de empregado de empresa estatal. Ônus para a empresa cedente. Possibilidade. Decreto n. 99.955/1990. Verbas indenizatórias. Mudança de domicílio. Percepção por servidor da União ou por nomeado para cargo em comissão ou função pública. Legalidade. Lesão ao erário. Inexistência. Recurso provido.

I - A qualificação jurídica das condutas reputadas ímprobas, ou seja, a subsunção dos atos praticados à norma de regência, Lei n. 8.429/1992, constitui questão de direito, viabilizadora da análise do recurso especial. Inaplicabilidade da Súmula n. 7-STJ.

II - Lei n. 8.429/1992. Fixação do âmbito de aplicação. Perspectiva teleológica. Artigos 15, inc. V e 37, § 4º, da CF. O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/1992, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé.

III - A ocupação de cargo efetivo não constitui requisito para a cessão. Possível a cessão de empregado público, com ônus para a entidade cedente, nos termos do art. 1º e § 2º, do Decreto n. 99.955/1990.

IV - Ajuda de custo, despesas de transporte pessoal e de dependentes, despesas com transporte de mobiliário. Previsão legal. Lei Federal n. 8.112/1990, artigos 53 e 56; Decreto n. 1.445/1995, art. 3º; Decreto n. 4.004/2001. Percepção das verbas indenizatórias tanto por servidor federal que passa a ter exercício em nova sede, quanto por aquele, que não sendo servidor, for nomeado para cargo em comissão, com mudança de domicílio.

V - Lesão ao erário inexistente. Contraprestação ao esforço laboral edificado pelo funcionário cedido.

VI - Não configuração do dissídio. Hipóteses diversas. Descabimento do recurso pela alínea c.

VII - Recurso provido (REsp n. 269.683-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 3.11.2004, p. 168)



Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Art. 11, I, da Lei n. 8.429/1992. Ausência de dano ao erário público. Improcedência da ação.

1. "O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8).

2. "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611).

3. "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp n. 213.994-0-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999).

4. "A Lei n. 8.429/1992 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) em que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade pública" (REsp n. 480.387-SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, DJU de 24.5.2004, p. 162).

5. O recorrente sancionou lei aprovada pela Câmara Municipal que denominou prédio público com nome de pessoas vivas.

6. Inexistência de qualquer acusação de que o recorrente tenha enriquecido ilicitamente em decorrência do ato administrativo que lhe é apontado como praticado.

7. Ausência de comprovação de lesão ao patrimônio público.

8. Não configuração do tipo definido no art. 11, I, da Lei n. 8.429 de 1992.

9. Pena de suspensão de direitos políticos por quatro anos, sem nenhuma fundamentação.

10. Ilegalidade que, se existir, não configura ato de improbidade administrativa.

11. Recurso especial provido (REsp n. 758.639-PB, Rel. Min. José Delgado, DJU 15.5.2006, p. 171).

Ação de improbidade administrativa. Ausência de má-fé do administrador público.

1. A Lei n. 8.429/1992 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.

4. *In casu*, evidencia-se que os atos praticados pelos agentes públicos, consubstanciados na alienação de remédios ao Município vizinho em estado de calamidade, sem prévia autorização legal, descaracterizam a improbidade *stricto sensu*, uma vez que ausentes o enriquecimento ilícito dos agentes municipais e a lesividade ao erário. A conduta fática não configura a improbidade.

5. É que comprovou-se nos autos que os recorrentes, agentes políticos da Prefeitura de Diadema, agiram de boa-fé na tentativa de ajudar o município vizinho de Avanhadava a solucionar um problema iminente de saúde pública gerado por contaminação na merenda escolar, que culminou no surto epidêmico de diarreia na população carente e que o estado de calamidade pública dispensa a prática de formalidades licitatórias que venha a colocar em risco a vida, a integridade das pessoas, bens e serviços, ante o retardamento da prestação necessária.

6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calçadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.

7. É de sabença que a alienação da *res publica* reclama, em regra, licitação, à luz do sistema de imposições legais que condicionam e delimitam a atuação daqueles que lidam com o patrimônio e com o interesse públicos. Todavia, o art. 17, I, **b**, da Lei n. 8.666/1993 dispensa a licitação para a alienação de bens da Administração Pública, quando exsurge o interesse público e desde que haja valoração da oportunidade e conveniência, conceitos estes inerentes ao mérito administrativo, insindicável, portanto, pelo Judiciário.

8. *In casu*, raciocínio diverso esbarraria no art. 196 da Constituição Federal, que assim dispõe: "A saúde é considerada dever do Estado, o qual deverá garanti-la através do desenvolvimento de políticas sociais e econômicas ou pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.", dispositivo que recebeu como influxo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da promoção do bem comum e erradicação de desigualdades e do direito à vida (art. 5º, *caput*), cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos do Homem.

9. A atuação do Ministério Público, *pro populo*, nas ações difusas, justificam, ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública.

10. Consectariamente, o Ministério Público não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo se comprovada má-fé.

11. Recursos especiais providos (REsp n. 480.387-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 24.05.2004, p. 163).

Administrativo. Responsabilidade de prefeito. Contratação de pessoal sem concurso público. Ausência de prejuízo.

Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n. 8.429/1992.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.

Recurso improvido (REsp n. 213.994-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27.09.1999).

14. *In casu*, na linha da orientação ora estabelecida, a sentença de primeira instância julgou improcedente o pedido do Ministério Público por ter entendido ausentes o dolo ou a má-fé do recorrente, como se vê do seguinte trecho que expõe detalhadamente a conduta do Prefeito:

(...) para a tipificação da conduta ilícita do agente público para caracterização do ato de improbidade administrativa temos: (a) a desonestidade; (b) a má fé e (c) a falta de probidade do trato da coisa pública pelo agente.

Como consequência, impera o bom senso, evitando a aplicação das sanções da lei às condutas culposas leves ou levíssimas, com a ausência do enriquecimento ilícito ou mensurável prejuízo ao erário.

Voltando ao caso concreto, a acusação de improbidade relaciona-se a colocação de cartão e botão de rosa no cemitério.

Ora.

Um primeiro ponto é a ausência de prova produzida perante o contraditório.

Nenhuma.

Não existe comprovação da utilização de funcionários públicos na execução do serviço.

Outro ponto é a ausência de prejuízo material ao erário público.

Existe informação documental (fls. 149) do pagamento do material, e não existe ligação ou prejuízo ao erário.

Friso.

Não restou provado, na égide do princípio constitucional do contraditório, que a despesa recaiu nos cofres municipais, e que houve a utilização de funcionários.

A promoção pessoal do Prefeito Municipal pela utilização de um cartão e um botão de rosa não evidencia a má fé.

Faltou temperança ou sobriedade na conduta do agente público local?  
pode ser.

Contudo, ligar a conduta do Prefeito Municipal à Lei de Improbidade Administrativa não é a melhor solução jurídica que pode decorrer deste processo: não atende o princípio constitucional da proporcionalidade.

Assim, o fato é reprovável, mas não ímprobo. falta-lhe a gravidade que a lei impõe.

Não posso, diante da situação, aplicar a severidade da lei de improbidade (fls. 301-302).

15. Ocorre que o Tribunal de origem, apesar de reconhecer a ausência do elemento subjetivo (dolo) ao afirmar que, *muito embora, a princípio, não se vislumbre má-fé na atitude do Prefeito apelado, nem se tenha evidências de que teriam sido utilizados recursos financeiros públicos na empreitada motivadora do ajuizamento da presente ação, ao contrário* (fls. 372), classifica esse mesmo comportamento como ato de improbidade administrativa.

16. Assim, não tendo sido associado à conduta do recorrente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa.

17. Com base nessas considerações, nega-se provimento ao Agravo Regimental do *Ministério Público Federal*.

18. É como voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.278.200-MG  
(2011/0161443-1)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho  
Agravante: Multmed Distribuidora de Medicamentos Ltda  
Advogado: Sacha Calmon Navarro Coelho e outro(s)

Agravado: Estado de Minas Gerais  
Procurador: Shirley Daniel de Carvalho e outro(s)

---

### EMENTA

Agravo regimental em recurso especial. Tributário. ICMS. Produtos farmacêuticos e hospitalares. Recolhimento antecipado. Regime de substituição tributária para frente. Legalidade da exigência. Inocorrência da operação subsequente. Devolução preferencial. Art. 150, § 7º da CF e 10 da LC n. 87/1996. Precedentes da 1ª Seção. REsp n. 598.888-RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.12.2006 e EDcl no REsp n. 418.541-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.04.2009. Pedido sucessivo de compensação não apreciado pelo Tribunal estadual, ante o acolhimento do pleito principal (afastamento da cobrança do ICMS). Retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para manifestar-se sobre a possibilidade de compensação, *in casu*. Agravo regimental parcialmente provido, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para prosseguir no julgamento da apelação, ficando postergada a definição da sucumbência.

1. Esta Corte Superior de Justiça, amparada na jurisprudência do Colendo STF, já decidiu pela validade da sistemática da substituição tributária para frente, no que se refere ao ICMS incidente sobre a venda de produtos médico-hospitalares para hospitais e congêneres, ressalvado, no entanto, o direito à restituição na hipótese de o fato gerador presumido não ocorrer. Precedentes: REsp n. 598.888-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.12.2006 e EDcl no REsp n. 418.541-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.04.2009.

2. Quanto à possibilidade de compensação dos débitos da Agravante com créditos que possui com o Estado, a questão não foi enfrentada pela sentença ou pelo acórdão impugnado, embora tivesse sido suscitada pela ora Agravante, inclusive em suas razões de Apelação. Nesse contexto, é inviável qualquer análise do tema por esta Corte, ante a falta de prequestionamento e a necessidade de apreciação de aspectos fáticos (Súmulas n. 282 e 356-STF e 7-STJ).

3. Como o Tribunal Estadual acolheu o pedido principal, sequer cogitou do pleito subsidiário de compensação; dessa forma, tem razão

a Agravante quando, em face do provimento do Recurso Especial do Estado, requer a devolução dos autos ao Tribunal Mineiro para fins de apreciação das demais teses da Apelação.

4. Agravo Regimental parcialmente provido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que, tendo em vista o teor da decisão agravada, aprecie as demais teses suscitadas na Apelação da ora Agravante, ficando postergada a definição da sucumbência para a finalização do referido julgamento.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao Agravo Regimental, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que, tendo em vista o teor da decisão agravada, aprecie as demais teses suscitadas na apelação da ora agravante, ficando postergada a definição da sucumbência para a finalização do referido julgamento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (Presidente) e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciados os Srs. Ministros Francisco Falcão e Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 9.2.2012

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. *Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda.* interpõe Agravo Regimental em adversidade à decisão que proveu o Recurso Especial do *Estado de Minas Gerais*, assim ementada:

Recurso especial. Tributário. ICMS. Produtos farmacêuticos e hospitalares. Recolhimento antecipado. Regime de substituição tributária para frente. Legalidade da exigência. Inocorrência da operação subsequente. Devolução preferencial. Art. 150, § 7º da CF e 10 da LC n. 87/1996. Precedentes da 1ª Seção. REsp n. 598.888-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.12.2006 e EDcl no REsp n.

418.541-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.04.2009. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau (fls. 1.106).

2. Aduz a Agravante que o caso não é e nem poderia ser de *substituição tributária para a frente, pois os hospitais estão todos fora do campo de incidência do ICMS, mas de antecipação de fato gerador próprio*.

3. Afirma que a diferença relevante entre os dois institutos reside em que o imposto correspondente a antecipação de fato gerador próprio não deve ser recolhido quando se sabe desde o momento da entrada das mercadorias no estabelecimento do contribuinte que a respectiva saída será isenta.

4. Insiste que a questão referente ao pedido de compensação não foi prequestionada, porque acolhido pelo acórdão *a quo* o pedido principal da ora Agravante. Assim, caso se mantenha o débito autuado, impõe-se, sob pena de negativa de jurisdição e de ofensa ao princípio dispositivo, a baixa dos autos ao TJ-MG para a devida análise da matéria.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Não obstante a combatividade da Agravante, esta não trouxe novos argumentos capazes de alterar a conclusão da decisão impugnada, que, sobre o tema em discussão, asseverou o seguinte:

8. Verifica-se dos autos que foi proposta ação anulatória de débitos fiscais por *Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda.*, conexas com Embargos do Devedor, ambas julgados em conjunto, objetivando a nulidade do Auto de Infração n. 01.000149447-79, que exigiu ICMS e multa isolada decorrentes da constatação de que a autora teria deixado de recolher o ICMS devido pela substituição tributária nas aquisições interestaduais de medicamentos e outros produtos farmacêuticos.

9. O MM. Juiz de Direito julgou procedente em parte os pedidos, apenas para declarar a inexistência de descumprimento de obrigação acessória de falta de apresentação dos livros fiscais. (fls. 980-987).

10. O Tribunal Estadual, por sua vez, proveu o Recurso de Apelação da autora, aqui recorrida, nos termos do voto condutor do ilustre Relator, que, no que interessa, aduziu o seguinte:

Em suas razões, a autora, segunda apelante, sustenta que não há que se falar em recolhimento do ICMS-ST, uma vez que foi autuada pela operação de transferência de medicamentos para hospitais, que não são contribuintes

do ICMS, não existindo saída tributada no futuro ou mesmo substituído. Afirma que somente recolheu o ICMS antecipado pelas operações próprias realizadas, não havendo dívida para com o Fisco Mineiro. Alega que entre a ocorrência do fato gerador e a data do pagamento do tributo já havia sido infirmada a presunção de ocorrência de fato gerador futuro, tornando-se iníqua e inútil qualquer exigência do tributo, tendo em vista que o mesmo teria de ser restituído, nos termos do art. 150, § 7º, da CF/1988. Subsidiariamente, sustenta possuir crédito de ICMS em valor superior ao débito apurado, que deve ser compensado, extinguindo-se a autuação perpetrada pelo Fisco. Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença impugnada (f. 971-979 e 667-675).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do reexame necessário e dos recursos voluntários.

O Fisco estadual autuou, em 13 de junho de 2005, a sociedade Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda. sob o fundamento de ter recolhido “a menor o ICMS por substituição tributária devido, no valor de R\$ 549.023,98, nas aquisições em operações interestaduais, no período de 1º.08.2004 a 28.02.2005, de medicamentos e outros produtos farmacêuticos, relacionados na Parte 4 do Anexo IX do Decreto n. 43.080/2002”, e de ter deixado de registrar, na Repartição Fazendária competente, os livros: registro de entradas, registro de saídas, registro de apuração do ICMS e registro de inventário, no período de junho de 2001 a dezembro de 2004 e de apresentar ao fisco o livro registro de apuração do ICMS de exibição obrigatória, o qual foi solicitado por meio de intimações recebidas em 29.04.2004 e 22.09.2004 e TIAF nos 112062 e 116417 recebidos em 1º.07.2004 e 27.01.2005 (f. 21-22).

O ICMS é o imposto incidente sobre as operações de circulação de mercadoria. Havendo a transferência de mercadoria entre pessoas distintas, surge a obrigação de recolhimento do imposto. Em geral, o imposto é recolhido pelo alienante, que o entrega ao Fisco, mas é sempre suportado pelo adquirente, que tem o valor do imposto embutido no preço da mercadoria e destacado na nota fiscal.

Ocorre que, em alguns casos, a lei atribui a responsabilidade pelo recolhimento do tributo à terceira pessoa, não vinculada diretamente à situação que configura o fato gerador, o substituto tributário.

Quando a lei atribui a um sujeito passivo a obrigação pelo recolhimento do tributo de operação futura, a ser realizada por outra pessoa, temos a figura da substituição tributária “para frente”.

O RICMS/02, em seu Anexo IX, Capítulo LI, referente às operações relativas a medicamentos e outros produtos farmacêuticos (vigente à época do fato gerador), estabelece a responsabilidade do contribuinte mineiro que adquirir ou receber mercadorias de outra unidade da Federação, na



condição de substituto, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas subsequentes (art. 408, I).

A autora, distribuidora de medicamentos, enquanto adquirente de mercadorias oriundas de outros Estados da Federação, teria, a princípio, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devidos nas saídas subsequentes.

Ocorre que, conforme se depreende do laudo pericial (f. 646-661 e 922-924) e dos documentos juntados aos autos (contratos de f. 62-122), as mercadorias adquiridas no período de atuação do Fisco (agosto de 2004 a fevereiro de 2005) foram compradas com o objetivo de serem fornecidas à Rede Hospitalar:

(...).

Os hospitais não realizam operações de incidência do ICMS, uma vez que utilizam a mercadoria fornecida para a prestação de serviços médicos, sofrendo, assim, a incidência de ISS (item 4 da Lista de Serviços anexa à LC n. 116/2003).

Para que haja a substituição tributária para frente é necessário que haja continuidade na cadeia de circulação de mercadorias com a incidência de ICMS, que terá seu fato gerador antecipado e valor recolhido pelo substituto.

(...).

No caso dos autos, se o substituído" (hospital) é pessoa que não dá continuidade à cadeia de circulação de mercadorias, atuando como verdadeiro consumidor final, afasta-se a possibilidade de realização de operações futuras, sendo desnecessária, e até mesmo indevida, a incidência de ICMS-ST, por total ausência do instituto da substituição.

Cabia à autora apenas o recolhimento, quando da aquisição das mercadorias (medicamentos e outros produtos farmacêuticos), do ICMS devido por operações próprias - transferência de sua propriedade para os consumidores finais (hospitais), mas não do ICMS sobre operações futuras, posto que inexistentes, conforme já demonstrado, sendo insubsistente a atuação do Fisco mineiro relativo à falta de recolhimento do ICMS-ST (Anexo I do Auto de Infração/PTA 01.00014941.79). (fls. 1.038-1.042).

11. Segundo consta dos autos, a divergência estabeleceu-se em torno do recolhimento a menor de ICMS devido por ocasião da entrada das mercadorias (produtos farmacêuticos) no estabelecimento da empresa distribuidora, ante o não pagamento do tributo relativo às operações subsequentes que a autora iria promover, qual seja, a venda, dentre outros, para hospitais estaduais que gozam de isenção tributária; dest'arte, não há como ser aceita a tese de se tratar de antecipação de tributo próprio pelo simples fato da não realização do fato

gerador presumido futuro não se realizar, pois, para essa hipótese, está prevista a solução no § 7º do art. 150 da CF e no art. 10 da LC n. 87/1996 (restituição imediata e preferencial).

12. A substituição tributária para frente é técnica de arrecadação prevista pelos arts. 150, § 7º, da CF e 6º e 7º da LC n. 87/1996, em que o contribuinte-substituto não apenas recolhe o tributo por ele devido, mas também antecipa o montante relativo às operações subseqüentes (a serem realizadas pelos substituídos).

13. O art. 6º da LC n. 87/1996 permite que os Estados criem as hipóteses de substituição tributária, e o art. 7º da mesma lei diz que, para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado, conforme idealizado pelo *Estado de Minas Gerais* na sua legislação local, seguindo os parâmetros estabelecidos na lei complementar.

14. No caso, tenho que a sentença melhor equacionou a controvérsia, razão pela qual transcrevo, no que interessa, os seus fundamentos:

Na substituição tributária, a lei atribui ao sujeito passivo da obrigação a responsabilidade pelo pagamento do imposto cujo fato gerador ocorre posteriormente. Então, na chamada substituição tributária para frente ou substituição tributária progressiva, cabe a responsabilidade ao industrial, ao distribuidor, ao revendedor ou ao varejista local pelo pagamento do imposto.

No caso presente, atendendo à legislação pertinente (art. 410, § 1º, inc. I, alínea **a**, do anexo IX do RICMs/02), a autora como distribuidora de medicamentos, agiu como substituta tributária, antecipando o pagamento do imposto, de modo que, apesar de a perícia realizada nos autos (fls. 655) haver apurado que mais de 85% do valor total autuado tratava-se de não contribuintes de ICMS, ainda assim persiste a necessidade de recolhimento antecipado do imposto por substituição tributária, pois, em tal caso, não se realizando o fato gerador presumido, é assegurada a restituição da quantia paga, como estipulado no citado § 7º do art. 150 da Constituição da República.

Segundo o Estado de Minas Gerais, cabe à autora, como contribuinte substituto, o recolhimento do ICMS na entrada de mercadorias de produtos farmacêuticos adquiridos de outros Estados da Federação sem retenção do imposto, reportando ao inciso I do Anexo IX, do RISCm/2002, a que se refere o art. 408.

O fato da Autora promover saídas para hospitais ou órgãos da administração pública, não a exime da responsabilidade do pagamento do ICMS/ST devido pela entrada de medicamentos em seu estabelecimento, eis que a retenção efetuada na entrada é relativa ao imposto devido pela operação subsequente que ela irá promover.

As operações de saída promovidas pela autora, independentemente do destinatário ser ou não contribuinte do ICMS, são alcançados pelo ICMS, só que este é recolhido antecipadamente por substituição tributária.

O fato gerador presumido do ICMS, nas operações sujeitas ao regime de substituição/antecipação tributária, ocorre quando da entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte.

Por outro norte, o importante é saber se as saídas de mercadorias adquiridas em operações interestaduais, e em regime de substituição e antecipação tributária, destinadas a hospitais, clínicas e congêneres, estariam também sujeitas à retenção ou recolhimento antecipado do ICMS, porque aqueles destinatários seriam isentos do pagamento do imposto.

A obrigação tributária surge independentemente da futura saída e do destino das mercadorias (contribuintes ou não do ICMS). Nesse momento, o ICMS/ST é devido, cabendo ao substituto recolher o valor do imposto, calculado sobre o valor presumido pelo fisco como o valor em que a operação final de circulação da mercadoria deverá ocorrer.

O que a lei deve garantir é a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido (art. 150, parágrafo 7º, da CR/1988), c.c. art. 10 da Lei Complementar n. 87/1996), ou seja, caso a saída da mercadoria adquirida não ocorra.

Ocorre que o fato de a mercadoria ter sido destinada a hospitais, pronto socorros e órgãos governamentais, entre isentos do pagamento do ICMS, não confere direito à autora de compensar o valor do imposto, como se a hipótese se equiparasse à não realização do fato gerador presumido.

O fato gerador do ICMS, que anteriormente se presumiu, para fins de antecipação da obrigação tributária, ocorre quando a mercadoria efetivamente sai do estabelecimento do contribuinte (ou seja, do estabelecimento da autora/embargante), independentemente de o adquirente ser ou não contribuinte do imposto (artigo 12, I da Lei Complementar n. 87/1996).

Ora, se a cadeia de circulação encerrou-se, então aquilo que a lei quis presumir - que toda a operação de circulação ocorreria, até o consumidor final - efetivamente aconteceu (fls. 982-984).

15. Essa é a orientação que tem sido perfilhada por esta Corte Superior de Justiça, de que são exemplo os julgados abaixo transcritos:

Processual Civil. Mandado de segurança. ICMS. Substituição tributária para frente. Constitucionalidade. Produtos farmacêuticos ou medicamentos. Venda a clínica médica ou hospital.

1. O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, julgando os RREE n. 213.396-SP e 194.382-SP, deu pela legitimidade constitucional, em tema de

ICMS, da denominada substituição tributária para frente (SS-AgR n. 1.307-PE, Tribunal Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 11.10.2001).

2. Consoante a jurisprudência do STF, a sistemática da substituição tributária tem por finalidade permitir a redução da “máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação (ADIn n. 1.851-4-AL).

3. Nos casos em que não ocorrer a operação subsequente, aplica-se o disposto no art. 150, § 7º, da Constituição, segundo o qual “é assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

4. Esta Corte, há muito, reconhece a legalidade da substituição tributária com produtos médico-farmacêuticos. Precedentes.

5. Recurso especial provido. (REsp n. 598.888-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.12.2006).

Processual Civil. Mandado de segurança. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Fungibilidade. ICMS. Substituição tributária “para frente”. Venda de produtos médico-hospitalares. Validade.

(...).

4. É válida a sistemática da substituição tributária para frente, no que se refere ao ICMS incidente sobre a venda de produtos médico-hospitalares para hospitais e congêneres. Precedentes deste Tribunal.

5. A jurisprudência do STJ prestigiou a eficiência na arrecadação e a minoração da evasão fiscal ao analisar a sistemática de substituição tributária. Ressalva-se, no entanto, o direito à restituição na hipótese de o fato gerador presumido não ocorrer (art. 10 da LC n. 87/1996).

6. Agravo Regimental não provido (EDcl no REsp n. 418.541-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.04.2009).

Tributário. ICMS. Produtos farmacêuticos e hospitalares. Recolhimento antecipado. Regime de substituição tributária. Legitimidade da exigência. Considera-se legítima a exigência do recolhimento antecipado, do ICMS, incidente sobre operações realizadas no comércio de produtos farmacêuticos e hospitalares, pelo regime de substituição tributária. (REsp n. 112.321-SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 25.02.1998).

16. Registro, por fim, ser inviável a determinação, por esta Corte Superior, de compensação de créditos, como pede a recorrida, uma vez que tal possibilidade sequer chegou a ser apreciada durante o decorrer do processo, além de exigir o descortinamento de matéria fática, sabidamente inviável na via eleita (Súmula n. 7-STJ) (fls. 1.108-1.116).

2. A controvérsia aqui estabelecida é semelhante aquela enfrentada no REsp n. 598.888-RJ, no qual o ilustre Relator, Ministro *Teori Albino Zavascki*, teceu as seguintes considerações, que bem se aplicam ao caso dos autos:

3. Na hipótese dos autos, a ora recorrida pretende que a autoridade fiscal se abstenha da prática de qualquer ato tendente a exigir o recolhimento antecipado do ICMS da impetrante na forma de substituição tributária, em razão das vendas de produtos farmacêuticos por ela realizadas a clínicas e hospitais, não contribuintes do referido imposto, que adquirem tais produtos, tidos como de uso e consumo, para a prestação de serviços (fl. 21).

O acórdão recorrido acolheu a pretensão, considerando que, relativamente às vendas realizadas pelo impetrante a hospitais e clínicas (objeto do pedido inicial), em razão de esses substituídos não realizarem o fato gerador do ICMS, mas do ISS, é indevida a manutenção do mecanismo de substituição tributária, já que, nesses casos, jamais ocorrerá o fato gerador daquele tributo (fl. 227).

Ocorre que, como se viu dos precedentes colacionados, o mecanismo de substituição tributária permite redução da "máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação (ADIn n. 1.851-4-AL). Essa é a finalidade de sua instituição.

Nos casos de não realização da operação subsequente é garantida a imediata e preferencial restituição do valor do imposto pago (o qual, na conformidade do art. 10, § 1º, da LC n. 87/1996, deverá ocorrer em noventa dias, sob pena de creditamento do respectivo valor, devidamente atualizado, em sua escrita fiscal) (ADIn n. 1.851-4-AL).

(...).

Assim, afigura-se incorreta a solução dada pelo acórdão recorrido que, contrariando justamente a finalidade dos sistema, atribuiu ao fisco o ônus de verificar, a cada operação, quais os adquirentes das mercadorias da impetrante, para concluir se essa figura ou não, no caso, como substituta tributária. Veja-se:

Daí o acerto da sentença, que mencionou caber ao fisco a necessária fiscalização administrativa. Já que os atos constitutivos da apelada não revelam qualquer vedação a que esta realize venda de seus produtos a revendedores, como ressaltado pelo *Parquet* na f. 202, resta à Fazenda fiscalizá-lo adequadamente, mas nunca exigir o tributo por sua comodidade, obrigando o impetrante a repetir e tornar a repetir o que paga indevidamente. (fl. 228).

De outro lado, transposta a situação para um panorama abrangente, que incluía, além da impetrante, todos os fornecedores de produtos sujeitos a substituição tributária progressiva, a impossibilidade de obrigar-se o fisco a

avaliar os atos constitutivos dos fornecedores e a qualidade de cada adquirente, demonstra claramente tratar-se de um privilégio indevidamente concedido à impetrante.

Não há, portanto, base legal para se afastar o mecanismo de substituição tributária no caso em exame (DJ 14.12.2006).

3. Não se trata, como quer fazer crer a ora Agravante, de antecipação de imposto próprio, mas de *substituição tributária para a frente*.

4. Quanto à possibilidade de compensação, a questão não foi enfrentada pela sentença ou pelo acórdão impugnado, embora tivesse sido suscitada pela ora Agravante, inclusive em suas razões de Apelação. Nesse contexto, é inviável qualquer análise do tema por esta Corte, ante a falta de prequestionamento e a necessidade de apreciação de aspectos fáticos (Súmulas n. 282 e 356-STF e 7-STJ).

5. Como o Tribunal Estadual acolheu o pedido principal, nada decidiu sobre o pleito subsidiário de compensação da dívida com créditos que detém contra o Estado; dessa forma, tem razão a Agravante quando requer a devolução dos autos ao Tribunal Mineiro para esgotar as demais teses da Apelação.

6. Ante o exposto, dou parcial provimento ao Agravo Regimental, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que, tendo em vista o teor da decisão agravada, aprecie as demais teses suscitadas na Apelação da ora Agravante, ficando postergada a definição da sucumbência para após o referido julgamento.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE  
SEGURANÇA N. 31.617-PR (2010/0035746-2)**

---

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Frigorífico Pérola do Norte Ltda

Advogado: Rodrigo Mendes dos Santos e outro(s)

Agravado: Estado do Paraná

Procurador: Cesar Augusto Binder e outro(s)

---

### EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Débitos com a Fazenda Pública Estadual. Compensação com precatório de autarquia estadual. Inviabilidade.

I - Inexiste direito líquido e certo de contribuinte compensar débito tributário para com a administração direta com crédito de precatório adquirido de terceiros e da responsabilidade de uma autarquia estadual. Precedentes: AgRg no Ag n. 1.359.748-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 20.05.2011; AgRg no Ag n. 1.361.603-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 27.04.2011 e AgRg no RMS n. 28.983-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27.08.2010.

II - No caso de a legislação estadual impor a necessidade de homologação judicial da cessão do crédito oriundo do precatório, inexiste direito líquido e certo, também, quanto ao ponto. Precedentes: AgRg no Ag n. 1.355.952-PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 18.02.2011 e RMS n. 28.406-PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 16.04.2009.

III - Agravo regimental improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

---

DJe 6.12.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por *Frigorífico Pérola do Norte Ltda*, contra decisão proferida pelo Exmo. Ministro *Hamilton Carvalhido*, que negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, sob os fundamentos de que incabível a compensação de créditos de precatórios de responsabilidade de autarquia estadual, com débitos de ICMS e de que é válido o Decreto Estadual Paranaense n. 418/2007 que foi declarado constitucional pelo Tribunal de Justiça daquele Estado.

Sustenta o agravante ser inconstitucional o citado Decreto, em consonância com precedentes desta Corte, tendo havido tal declaração pelo Tribunal de Justiça Paranaense. Afirma ser possível a oposição de créditos de precatório de autarquias.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em que pese aos argumentos expendidos pelos agravantes, a decisão agravada merece ser mantida.

A jurisprudência desta Corte Superior se consolidou no sentido de que inexistente direito líquido e certo de contribuinte compensar débito tributário para com a administração direta com crédito de precatório adquirido de terceiros e da responsabilidade de uma autarquia.

Nesse diapasão, colaciono os seguintes julgados, especificamente acerca dos precatórios expedidos pelo DER-PR, *litteris*:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo de instrumento. Mandado de segurança. Violação dos artigos 128, 459 e 460 do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Compensação de ICMS com precatório vencido e não pago originado de ação movida contra o Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná - DER-PR. Art. 78, § 2º, do ADCT. Acórdão recorrido apoiado em fundamentação constitucional. Acórdão recorrido no mesmo sentido da jurisprudência pacífica do STJ. Súmula n. 83-STJ.

1. Caso em que a agravante insurge-se contra a decisão *a quo* que consignou a impossibilidade da compensação de ICMS com precatório expedido contra autarquia estadual.



2. A violação dos artigos 128, 459 e 460 do CPC não foi apreciada pelo Tribunal de origem. O prequestionamento é necessário para que a matéria apresentada no recurso especial, ainda que de ordem pública, seja analisada neste Tribunal. Incidência da Súmula n. 282-STF.

3. O Tribunal *a quo*, no atinente à ilegalidade da exigência de inscrição do débito em dívida ativa para a concretização do pagamento do débito fiscal com precatório, decidiu a questão sob enfoque eminentemente constitucional o que torna inviável a sua análise em sede de recurso especial, pois esta via recursal se destina a uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional federal.

4. Em relação aos precatórios originados de ações movidas contra entidades da administração pública indireta do Estado, quanto à sistemática do art. 78, § 2º, do ADCT, a jurisprudência do STJ não abona a pretensão de compensação com tributos estaduais, se não houver legislação estadual autorizando tal operação, uma vez que não é dado ao poder judiciário invadir a esfera de competência do ente federado para determinar a compensação, como se legislador fosse.

Precedentes: AgRg no REsp n. 1.165.985-RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.3.2010; RMS n. 30.229-PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18.2.2010; AgRg no RMS n. 29.939-PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 29.10.2009; AgRg no Ag n. 1.174.142-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 28.10.2009; RMS n. 24.450-MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 24.4.2008.

5. É que o art. 78, § 2º, do ADCT é claro ao referir-se ao poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora; e, se assim o é, diante do princípio tributário da legalidade estrita, à míngua de legislação tributária específica autorizando a compensação de créditos tributários do Estado do Paraná com precatórios provenientes de ações movidas contra as entidades da administração indireta, não pode o Poder Judiciário determinar tal operação.

6. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 1.359.748-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 20.05.2011).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Compensação de ICMS com precatórios cedidos do Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná - DER-PR. Impossibilidade. Art. 78, § 2º, do ADCT. Restrição imposta pelo Decreto Estadual n. 5.154/2001. Inscrição na dívida ativa. Inexistência.

1. Os argumentos tecidos pela parte recorrente em sua peça regimental não se mostram capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada, apenas demonstram mero inconformismo com o resultado do julgado impugnado.

2. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que a compensação tributária, prevista no art. 170 do CTN, só poderá ser autorizada por lei que atribua à administração fazendária a prerrogativa de deferir ou não a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra Fazenda Pública.

3. No Estado do Paraná o Decreto Estadual n. 5.154/2001 exige a inscrição na dívida ativa para a compensação de crédito.

4. Não há a possibilidade de compensar os débitos de ICMS com os precatórios oriundos de dívidas de autarquias estaduais, no caso, do Departamento de Estradas e Rodagens do Paraná - DER-PR, uma vez que, conforme jurisprudência dessa Corte Superior, é inviável a compensação tributária quando inexistir identidade entre o devedor do precatório e o Estado credor do tributo, ausente lei estadual autorizadora.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 1.361.603-PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27.04.2011).

Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. Compensação. Débito de ICMS. Créditos decorrentes de autarquia. Precatório devido por pessoa jurídica distinta. Impossibilidade de extinção do crédito. Ausência de lei estadual. Art. 78, § 2º, do ADCT. Precedentes.

1. A compensação de débito fiscal estadual (ICMS) com crédito de precatório de natureza distinta e entre pessoas jurídicas diversas não é possível quando não previsto em legislação especial.

2. O art. 78, § 2º, do ADCT, é expresso ao referir-se a “tributos da entidade devedora”. A inexistência de identidade entre o devedor do precatório (DER) e o credor do tributo (Estado) afasta a aplicabilidade do dispositivo constitucional.

3. Precedentes: AgRg no RMS n. 29.939-PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.10.2009, DJe 29.10.2009; AgRg no Ag n. 1.174.142-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 28.10.2009; RMS n. 28.500-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17.09.2009, DJe 23.09.2009; RMS n. 30.229-PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 18.02.2010; RMS n. 28.942-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2.6.2009, DJe 12.6.2009; AgRg no REsp n. 1.089.665-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 20.4.2009; RMS n. 24.450-MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 8.4.2008, DJe 24.4.2008.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no RMS n. 28.983-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 27.08.2010).

Ademais, mesmo que assim não fosse, no caso do Estado do Paraná, entre outros requisitos, a legislação estadual impõe a necessidade de homologação judicial da cessão do crédito oriundo do precatório, o que não houve na presente situação, inexistindo direito líquido e certo, também, quanto ao ponto.

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

Direito Tributário e Processual Civil. Compensação. Precatórios. Homologação da cessão do crédito. Requisito essencial. Decreto estadual. Súmula n. 83-STJ. Decisão agravada não atacada. Súmula n. 182-STJ.

1. Há entendimento firmado nesta Corte Superior no sentido de ser requisito essencial para a compensação de precatórios a homologação judicial da cessão do crédito, em conformidade com o estabelecido no Decreto Estadual n. 5.154/2001 do Paraná.

2. Improvido o agravo de instrumento com base em entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, incumbia ao agravante demonstrar, no regimental, que a orientação jurisprudencial não foi pacificada no mesmo sentido do acórdão recorrido, ou então comprovar que o precedente indicado, por constituir situação diversa, não teria aplicação ao caso dos autos, e não simplesmente reiterar as razões do recurso denegado na origem.

Incidência da Súmula n. 182-STJ.

Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 1.355.952-PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 18.02.2011).

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Débitos com a Fazenda Pública Estadual. Compensação com precatório. Inviabilidade.

1. Analisando-se a sistemática prevista no art. 78 do ADCT, constata-se que, enquadrando-se o crédito em alguma das hipóteses previstas no caput do artigo referido – precatórios pendentes na data de promulgação da EC n. 30/2000 e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 –, e estabelecido o parcelamento, o inadimplemento de alguma das parcelas atribuído ao respectivo crédito poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora (§ 2º).

2. Contudo, nos termos do art. 170 do CTN, “a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública”. *No caso do Estado do Paraná, entre outros requisitos, a legislação estadual impõe a necessidade de homologação judicial da cessão do crédito oriundo do precatório. Tendo em vista que tal restrição foi veiculada por meio de decreto, e não de lei em sentido estrito, cumpre esclarecer que a norma estadual, além de observar o disposto no art. 100 da CF/1988 (pagamento de acordo com a ordem cronológica de apresentação dos precatórios), não contraria o disposto no art. 78, § 2º, do ADCT, tampouco ofende a regra do art. 170 do CTN.* Nesse sentido: RMS n. 12.568-RO, 2ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 9.12.2002; RMS n. 20.526-RO, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25.5.2006; RMS n. 12.617-RO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 14.4.2008.

3. Assim, considerando que a norma estadual em comento não é incompatível, formal e materialmente, com os preceitos constitucionais referidos, e que não ofende o princípio da razoabilidade – pois a sua não-observância acarreta, como bem observou o Tribunal de origem, comprovação insuficiente acerca dos créditos obtidos por meio de cessão –, impõe-se reconhecer a sua legitimidade e, conseqüentemente, reconhecer a inexistência de direito líquido e certo na hipótese.

4. *Acrescente-se que a Primeira Turma-STJ, ao apreciar o RMS n. 24.450-MG (Rel. Min. José Delgado, DJe de 24.4.2008), firmou entendimento no sentido de que é ilegítima a pretensão de se compensar débito tributário (devido à administração direta) com crédito de precatório adquirido de terceiros (por cessão) e da responsabilidade de entidade da administração indireta. Na hipótese, o precatório apresentado em face do Estado do Paraná é de responsabilidade do Departamento de Estradas de Rodagem (autarquia estadual), que possui autonomia administrativa, técnica e financeira, razão pela qual é inviável (por mais essa circunstância) a compensação pretendida.*

5. *Recurso ordinário desprovido (RMS n. 28.406-PR, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe de 16.04.2009) (grifo nosso).*

Em razão do exposto, *nego provimento* ao presente agravo regimental.

É o meu voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE  
SEGURANÇA N. 33.227-PA (2010/0197751-2)**

---

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Almir Pamplona de Brito e outros

Advogado: Mário David Prado Sá e outro(s)

Agravado: Estado do Pará

Procurador: José Rubens Barreiros de Leão e outro(s)

---

**EMENTA**

Contrato temporário. Art. 37, IX, da Constituição Federal. Precariedade. Pretensão de estabilidade no serviço público. Ausência de direito líquido e certo.

I. A rescisão unilateral e prematura do contrato de trabalho temporário, firmado com o Poder Público, longe de configurar ato arbitrário, caracteriza ato discricionário, podendo ser rescindido sempre que perecer o interesse público na contratação, estrito à conveniência e à oportunidade na sua permanência.

II - *In casu*, como se extrai do ato impugnado, que dispensou os recorrentes da função temporária que exerciam no Estado do Pará, a manutenção das contratações deixou de ser conveniente ao Poder Público.

III - Precedentes: RMS n. 18.329-MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 16.10.2006, p. 386; AgRg no RMS n. 19.415-MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 12.06.2006, e RMS n. 8.827-PA, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 04.08.2003.

IV - Agravo regimental improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

---

DJe 6.12.2011

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental em Recurso Ordinário em mandado de segurança interposto por *Almir Pamplona de Brito e outros* contra decisão de e-STJ fls. 243-345.

Naquela decisão, o *Ministro Hamilton Carvalhido* negou provimento ao Recurso Ordinário em mandado de segurança em virtude da ausência de direito líquido e certo dos impetrantes de permanecerem no serviço público estadual, porquanto contratações por tempo determinado celebradas pela Administração quando, já vigente a Constituição Federal de 1988, têm caráter precário e se submetem à regra do artigo 37, IX, da Carta da República.

Insistem os agravantes que fazem jus à estabilidade no serviço público estadual, em face da irreversibilidade de suas contratações, amparada pelo princípio da segurança jurídica.

Invocam em seu favor o precedente firmado no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.970-PA, em que este Superior Tribunal de Justiça conferiu estabilidade à servidora temporária contratada há mais de cinco anos.

O Ministério Público opinou pelo não-provimento do recurso (e-STJ fl. 357).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

#### **VOTO**

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O pleito dos agravantes não merece amparo.

Acerca de contratação temporária no âmbito do serviço público, é de se ter em conta o que dispõe o artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Veja-se, ainda, a doutrina pátria acerca do tema:

Os contratos por tempo determinado são os servidores públicos submetidos ao regime jurídico administrativo especial da lei prevista no art. 37, IX, da Carta Magna, bem como ao regime geral de previdência social a contratação só pode ser por tempo determinado e com a finalidade de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Não pode envolver cargos típicos de carreira. Fora daí, tal contratação tende a contornar a exigência de concurso público, caracterizando fraude à Constituição. (Hely Lopes Meirelles *in* Direito Administrativo Brasileiro, 26ª edição, p. 384).

Os da terceira categoria (servidores temporários) são contratados para exercer funções temporárias, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação. Eles substituem os servidores a que fazia referência o artigo 106 da Constituição de 1967, que previa, também, um regime especial para duas hipóteses: servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada. no Estado de São Paulo, esse regime foi instituído pela Lei n. 500, de 13.11.1974, que acabou por

desvirtuar a norma constitucional e com ela conflitar, ao estabelecer, para os servidores “temporários”, regime jurídico praticamente igual ao do funcionário público, com a agravante de aplicá-lo a funções de caráter permanente. Hoje, não mais se tolera a admissão, mas apenas a contratação, que somente pode ocorrer “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, não existe mais a contratação para serviços de natureza técnica especializada. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* Direito Administrativo, 13ª edição, p. 424).

Estão os recorrentes em que arbitrária a rescisão unilateral do contrato temporário de trabalho, porque havia sido regularmente prorrogado, com fundamento na Lei Complementar n. 007, de 25 de setembro de 1991, e dá outras providências”, *verbis*:

Art. 4º Os servidores temporários contratados sob a égide da Lei Complementar n. 007, de 25 de setembro de 1991, e os que tiveram seus contratos prorrogados até 31 de dezembro de 1993, por força da Lei Complementar n. 11, de 04 de fevereiro de 1993, poderão ter seus contratos prorrogados até 31 de dezembro de 1995, em função da insuficiência de pessoal para execução dos serviços e do desempenho anterior do servidor.

Ocorre que a vedação à rescisão unilateral de contrato sinalagmático, restrita que é ao direito civil, não se aplica à espécie, tratando-se de contrato de caráter precário, firmado sob os princípios do direito público, entre os quais, a supremacia do Poder Público, com os seus corolários.

A rescisão unilateral e prematura do contrato de trabalho temporário, firmado com o Poder Público, longe de configurar ato arbitrário, caracteriza ato *discricionário*, podendo ser rescindido sempre que perecer o *interesse público* na contratação, estrito à conveniência e oportunidade na sua permanência.

*In casu*, como se extrai do ato impugnado, que dispensou os recorrentes da função temporária que exerciam no Estado do Pará, a manutenção das contratações deixou de ser conveniente ao Poder Público.

Não foi outro o entendimento do douto Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Sub-Procurador Geral da República, Dr. Moacir Guimarães Moraes Filho, que expressamente assentou:

(...)

Com efeito, os servidores contratados por tempo determinado, permanecem no serviço público, enquanto perdurarem os motivos que justificam a contratação, ou seja, a necessidade temporária de excepcional interesse público.

No caso, como dos impetrantes, suas contratações se deram em decorrência da necessidade excepcional, tendo em vista, a insuficiência de servidores, para exercerem funções na área da educação, nas quais atuaram.

Conforme se constata da documentação trazida aos autos pelos recorrentes, estes, não detinham nem efetividade nem estabilidade no serviço público, posto que foram contratados temporariamente, nos anos de 1992, 1993, e 1999 de 05 (cinco) a 11 (onze) anos, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

A contratação dos recorrentes no molde como foi feita é precária e não pode gerar a pleiteada estabilidade. Assim sendo, vislumbra-se, de antemão, a impossibilidade jurídica do pedido, por afrontar a Constituição Federal, que condiciona a investidura em cargo público efetivo à aprovação prévia em concurso público (art. 37, II).

(...) (fl. 334).

A propósito, os seguintes julgados:

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Designação precária. Emenda n. 49 da Constituição de Minas Gerais. Requisitos não atendidos.

I - Ausente o direito líquido e certo perseguido pelas Recorrentes, as quais não se submeteram às condições legais estabelecidas para a efetivação de que trata o art. 106 do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, com redação dada pela Emenda n. 49, de 13.6.2001.

II - As Recorrentes foram contratadas pelo Estado de Minas Gerais em caráter precário e temporário, sendo classificadas como "designadas", nos termos da Lei Estadual n. 7.109/1977. Não foram investidas em cargo público por concurso e tampouco ocupavam cargo em comissão.

Recurso ordinário desprovido (RMS n. 18.329-MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 16.10.2006, p. 386).

Constitucional e Administrativo. Agravo regimental. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. Contadora judicial designada. Contrato temporário. Precariedade. Ato de dispensa. Discricionariedade. Direito líquido e certo evidenciado. Aplicação da Súmula n. 182 do STJ.

1. A Agravante não trouxe argumento capaz de infirmar as razões consideradas no julgado agravado, razão pela qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos. Incidência da Súmula n. 182 do STJ.

2. *In casu*, é patente a ausência de direito líquido e certo em favor da Agravante, que foi contratada pelo Estado de Minas Gerais em caráter precário e temporário, sendo "designada", nos termos da Lei Estadual n. 7.109/1977, e não investida em cargo público por concurso, razão pela qual não goza de estabilidade ordinária (art. 37, inciso II, CF), tampouco, extraordinária (art. 19 do ADCT, CF e 106 do



ADCT, CE), uma vez que não ocupante de cargo em comissão, sendo nítido o caráter precário de sua designação (prazo determinado). Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no RMS n. 19.415-MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 12.6.2006, p. 504).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Contrato temporário de trabalho. Artigo 37, IX da CF. Rescisão unilateral pelo Estado. Possibilidade.

1. Firmado sob os princípios de direito público, entre os quais o da supremacia do Poder Público, o contrato temporário de trabalho ajustado pelo Estado com o particular, pode ser motivadamente rescindido a qualquer tempo, se extinto o interesse público na permanência da contratação.

2. Inexiste ilegalidade no ato do Poder Público Estadual que dispensa unilateralmente e antes do tempo o particular, contratado temporariamente, se fundamentado na impossibilidade de continuar arcando com os vultosos gastos com o pessoal contratado.

3. Recurso improvido (RMS n. 8.827-PA, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Sexta Turma, DJ de 04.08.2003, p. 422).

Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É como voto.

---

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO  
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 9.511-RJ (2011/0107741-8)**

---

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Embargante: União

Embargado: Edith Santos da Costa

Advogado: Alexandre Sfrappini e outro(s)

---

**EMENTA**

Administrativo. Processual Civil. Embargos declaratórios no agravo regimental no agravo em recurso especial. Militar. Alienação

mental. Reforma. Possibilidade. Procuração outorgada pelo próprio incapaz. Nulidade. Inexistência. Prescrição quinquenal. Não ocorrência. Embargos rejeitados.

1. As normas processuais pertinentes a nulidade devem ser interpretadas, em se tratando de incapazes, teleologicamente, mormente porque o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que, para o reconhecimento da nulidade do ato processual, é necessário que se demonstre a existência de prejuízos para o incapaz.

2. “A outorga de mandato procuratório por pessoa supostamente incapaz, sendo-lhe favorável o resultado da demanda, afasta o vício na representação” (REsp n. 25.496-MG, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 11.3.1996).

3. Falecido o ex-militar no curso da demanda, o ingresso de sua viúva no feito também importa no saneamento do vício existente no mandado procuratório inicialmente firmado pelo autor originário.

4. “A incapacidade absoluta impede a fluência do prazo prescricional – inclusive no que diz respeito à prescrição quinquenal – nos termos do art. 198, inciso I, do Código Civil vigente – art. 169, inciso I, do Código Civil de 1916” (AgRg no REsp n. 1.149.557-AL, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28.6.2011).

5. Embargos de declaração rejeitados.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves (Presidente), Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

---

DJe 12.12.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de embargos de declaração opostos pela *União* contra acórdão de minha relatoria assim ementado (fl. 367e):

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Servidor público. Militar. Alienação mental. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ. Prescrição. Não ocorrência. Falecimento no autor no curso do processo. Habilitação da viúva. Anulação do ato de licenciamento. Reforma *post mortem*. Tentativa de alterar a verdade dos fatos. Litigância de má-fé. Multa de 1% sobre o valor da causa. Aplicação. Agravo não provido.

1. Tendo o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, inclusive laudos periciais, firmado a compreensão no sentido de que o ex-militar já padecia de doença mental quando de seu licenciamento, rever esse entendimento demandaria o exame de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

2. Tratando-se o ex-militar de incapaz em virtude de alienação mental, não corre prescrição, nos termos do art. 169, I, do Código Civil de 1916. Nesse sentido: REsp n. 696.331-RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, 22.10.2007.

3. Ao contrário do que alega a *União*, a ação ordinária foi originalmente ajuizada pelo ex-militar, cujo óbito ocorreu no curso da demanda, momento que a ora recorrida, na condição de sua viúva, habilitou-se no feito.

4. Caracterizada a litigância de má-fé da agravante, pela tentativa de alterar a verdade dos fatos, é de rigor sua condenação ao pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa, prevista no art. 17, II, c.c. 18, *caput*, do CPC. Precedentes do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

Sustenta a embargante, em síntese, que o acórdão embargado: *a*) foi contraditório, na medida em que, malgrado houvesse reconhecido que o autor original fosse incapaz, deixou de declarar a nulidade do processo, haja vista que não foi ele representado por curador; *b*) foi omissivo quanto ao reconhecimento da prescrição quinquenal.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Os presentes embargos declaratórios não merecem prosperar.

É certo que foi consignado do acórdão embargado que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, firmou a compreensão no sentido de que, ao tempo do licenciamento do ex-militar, já se encontrava ele acometido por doença mental incapacitante. A propósito, confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido (fl. 274e):

Tanto da resposta aos quesitos formulados pelas partes, como da conclusão do Perito, em seu laudo pericial, o convencimento a que se chega é de que o quadro apresentado pelo falecido marido da autora, no momento do desligamento, era tipicamente de alienação mental, em razão de esquizofrenia, que eclodiu durante o serviço castrense, guardando relação de causalidade com o mesmo, e que só se aprofundou ao longo dos anos, com a degradação completa da saúde mental do ex-militar.

Por sua vez, observa-se que, de fato, a procuração outorgada ao advogado que patrocina a presente ação ordinária foi outorgada pelo próprio ex-militar (fl. 6e).

Ocorre que as normas processuais pertinentes a nulidade devem ser interpretadas, em se tratando de incapazes, teleologicamente, mormente porque o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que, para o reconhecimento da nulidade do ato processual, é necessário que se demonstre a existência de prejuízos para o incapaz.

A imposição contida no Código Civil no sentido de que os absolutamente incapazes sejam representados nos atos da vida civil por um curador tem natureza protetiva. Dessa forma, não se mostra consonante com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da celeridade processual a anulação do processo, haja vista que a pretensão ora deduzida foi julgada procedente.

Ademais, verifica-se que o vício apontado pela *União* foi sanado no momento em que foi deferido pelo Juiz *a quo* o ingresso da ora agravada no feito, na condição de sucessora do autor original, falecido no curso da demanda (fl. 180e). Nesse mesmo sentido:

Processual Civil. Normas sobre nulidade. Interpretação teleológica. Proteção do incapaz. Ausência de prejuízo. Nulidade afastada. CPC, art. 249, parágrafo 1.

- As normas processuais pertinentes a nulidade devem ser interpretadas, em se tratando de ato praticado por incapaz, teleologicamente.

- A outorga de mandato procuratório por pessoa supostamente incapaz, sendo-lhe favorável o resultado da demanda, afasta o vício na representação.

- Inteligência do art. 249, parágrafo 1., do Código de Processo Civil.

- Recurso especial conhecido. (REsp n. 25.496-MG, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 11.3.1996)

De outro lado, também não há falar em prescrição quinquenal.

De fato, “Tratando-se o recorrido de incapaz em virtude de alienação mental, não corre prescrição, nos termos do art. 169, I, do Código Civil de 1916. Precedentes do STJ” (REsp n. 696.331-RN, de minha relatoria, Quinta Turma, 22.10.2007).

É necessário ressaltar que o art. 169, I, do Código Civil de 1916, no que foi confirmado pelo art. 198 do atual Código Civil, não faz nenhuma ressalva quanto à prescrição quinquenal, motivo por que se deve entender que também a prescrição quinquenal não corre contra os absolutamente incapazes. Nesse mesmo sentido:

Administrativo. Processual Civil. Alegada afronta ao art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Não ocorrência. Inteligência do art. 169, inciso I, do Código Civil de 1916 (atual 198, inciso I, do novo Código Civil). Acórdão recorrido. Mantido. Princípio da *non reformatio in pejus*.

1. A incapacidade absoluta impede a fluência do prazo prescricional - inclusive no que diz respeito à prescrição quinquenal - nos termos do art. 198, inciso I, do Código Civil vigente - art. 169, inciso I, do Código Civil de 1916. Precedentes.

(...)

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.149.557-AL, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28.6.2011 - grifos nossos)

Assim, constata-se que a irresignação da embargante resume-se ao seu mero inconformismo com o resultado do julgamento.

Ante o exposto, *rejeito* os embargos de declaração.

É o voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 34.270-MG  
(2011/0089320-1)**

---

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Associação dos Municípios da Microrregião do Vale do Paranaíba Amvap

Advogados: Arnaldo Silva Junior e outro(s)  
Rodrigo Ribeiro Pereira e outro(s)  
Juliana Degani Paes Leme e outro(s)  
Fabrício Souza Duarte e outro(s)  
Recorrido: Município de Ipatinga  
Advogado: Sacha Calmon Navarro Coelho e outro(s)  
Recorrido: Estado de Minas Gerais  
Procurador: Mariane Ribeiro Bueno Freire e outro(s)

---

### EMENTA

*Recurso ordinário. Mandado de segurança coletivo. Associação de municípios. Ilegitimidade ativa para, em nome próprio, tutelar direitos e interesses de pessoas jurídicas de direito público.* 1. A legitimação conferida a entidades associativas em geral para tutelar, em juízo, em nome próprio, direitos de seus associados (CF, art. 5º, XXI), inclusive por mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, b e Lei n. 10.016/2009, art. 21), não se aplica quando os substituídos processuais são pessoas jurídicas de direito público. A tutela em juízo dos direitos e interesses das pessoas de direito público tem regime próprio, revestido de garantias e privilégios de direito material e de direito processual, insuscetível de renúncia ou de delegação a pessoa de direito privado, sob forma de substituição processual.

2. A incompatibilidade do regime de substituição processual de pessoa de direito público por entidade privada se mostra particularmente evidente no atual regime do mandado de segurança coletivo, previsto nos artigos 21 e 22 da Lei n. 12.016/1990, que prevê um sistema automático de vinculação tácita dos substituídos processuais ao processo coletivo, podendo sujeitá-los inclusive aos efeitos de coisa julgada material em caso de denegação da ordem.

3. No caso, a Associação impetrante não tem - nem poderia ter - entre os seus objetivos institucionais a tutela judicial dos interesses e direitos dos Municípios associados.

4. Recurso ordinário desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Assistiu ao julgamento o Dr. Igor Mauler Santiago, pela parte recorrida: Município de Ipatinga.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJe 28.10.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação dos Municípios da Microrregião do Vale do Paranaíba (AMVAP) em face de decisão do juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias do Estado de Minas Gerais que ordenou o cumprimento da sentença que determinara o creditamento de quantia referente ao Valor Adicional Fiscal (VAF) ao Município de Ipatinga, tendo em vista o reconhecimento de repasse a menor no ano-base de 1998. Para atender à determinação, o recorrido editou a Resolução SEF n. 4.314/09, por meio da qual fixou a complementação do valor a ser repassado ao Município de Ipatinga e a retenção de parte das parcelas futuras dos demais Municípios, como forma de compensar quantia repassada a maior. O Município de Ipatinga ingressou como litisconsorte do impetrado (fl. 182).

O Tribunal de origem denegou a segurança, ao fundamento da sua inadmissibilidade, porquanto (a) a decisão judicial atacada está sujeita a controle por via de agravo de instrumento, inclusive com possibilidade de atribuição de efeito suspensivo; e (b) no que se refere à decisão que rejeitou a tese da necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário entre o Estado de Minas Gerais e os demais Municípios mineiros, contra ela foram exauridos os recursos cabíveis, de modo que a questão encontra-se acobertada pela coisa julgada.

Nas razões do recurso ordinário (fls. 383-401), a recorrente afirma que (a) a não-inclusão dos demais Municípios mineiros no pólo passivo da demanda ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, porquanto causou prejuízos a terceiros que não participaram da relação processual; (b) o dispositivo do julgado limitou-se a determinar a complementação do repasse ao Município de Ipatinga, nada estipulando acerca da origem dos recursos, razão pela qual a utilização das quantias devidas aos demais Municípios viola o disposto no art. 472 do CPC; (c) a complementação do valor devido ao Município de Ipatinga deve se efetivar por meio de precatório, nos termos dos art. 100 da CF/1988, 730 e 731 do CPC.

Contra-razões do Município de Ipatinga às fls. 409-439 e do Estado de Minas Gerais às fls. 442-448.

O Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 463-465), opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Há uma questão preliminar importante, prejudicial a todas as demais: a que diz respeito à legitimidade ativa da impetrante para, em nome próprio, ajuizar o presente mandado de segurança coletivo, visando a tutelar direitos e interesses de Municípios a ela associados. Embora não aventada na instância de origem, trata-se de questão de ordem pública, que se comporta no âmbito do efeito translativo próprio do presente recurso ordinário (CPC, art. 267, VI, § 3º e art. 301, VIII, § 4º).

2. Conforme relatado, o que aqui se tem é demanda em que a relação jurídica litigiosa, de direito material, tem como figurantes, tanto no polo ativo, quanto no passivo, pessoas jurídicas de direito público: de um lado, Município, de outro, o Estado de Minas Gerais. A pretensão deduzida na demanda é a de ver reconhecida a ilegitimidade do ato praticado pelo Estado, impondo a retenção de valores de repasses devidos a Municípios, retenção decorrente de cumprimento de sentença transitada em julgado. É o que se depreendo da petição inicial, no seu item 33 e no item e do pedido. Embora se afirme o contrário (item 33 da inicial), essa pretensão importa, sim, efeitos rescisórios do acórdão objeto da execução, transitado em julgado. O que se tem aqui, portanto, é demanda visando a tutelar interesses e direitos de pessoas jurídicas de direito público, ou seja, do patrimônio público.



3. Ora, é inquestionável as entidades associativas em geral estão legitimadas a tutelar, em juízo, em nome próprio, direitos de seus associados (CF, art. 5º, XXI), inclusive por mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, b e Lei n. 10.016/2009, art. 21). Todavia, essas normas de legitimação não podem ser interpretadas isoladamente, fora de um contexto sistemático e do cenário em que foram supostas pelo legislador. É preciso considerar que as entidades associativas são pessoas jurídicas de direito privado, cujos associados naturais são também pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Foi certamente esse o cenário imaginado pelo legislador ao editar as normas de legitimação acima indicadas. Já a tutela em juízo dos direitos e interesses das pessoas de direito público tem regime próprio, revestido de garantias e privilégios de direito material (v.g.: inviabilidade de confissão, de renúncia, ou de transação) e de direito processual (v.g.: prazos especiais, reexame necessário, intimações pessoais), em face, justamente, da relevante circunstância de se tratar da tutela do patrimônio público. Nesse panorama, é absolutamente incompatível com o sentido e a finalidade da instituição desse regime especial e privilegiado, bem como da natureza das pessoas de direito público e do regime jurídico de que se revestem seus agentes políticos, seus representantes judiciais e sua atuação judicial, imaginar a viabilidade de delegação, a pessoa de direito privado, sob forma de substituição processual por entidade associativa, das atividades típicas de Estado, abrindo mão dos privilégios e garantias processuais que lhe são conferidas em juízo, submetendo-se ao procedimento comum.

4. Essa incompatibilidade se mostra ainda mais evidente quando se considera que o mandado de segurança coletivo, tal como instituído pelos artigos 21 e 22 da Lei n. 12.016/1990, criou um sistema de vinculação tácita e automática dos substituídos processuais (no caso, os associados da impetrante) ao processo coletivo, viabilizando efeitos de coisa julgada material inclusive em caso de denegação da ordem. Sobre o tema, permitimo-nos reproduzir as seguintes observações desenvolvidas em sede doutrinária (ZAVASCKI, Teori Albino. *O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009*, apud: A ação civil pública após 25 anos, Coordenador Édis Milaré, SP: RT, 2010, p. 789-800):

Uma quarta característica das ações coletivas é a da liberdade de adesão do titular do direito subjetivo individual ao processo coletivo. Segundo o regime comum aplicável às ações coletivas em geral, a vinculação do interessado ao processo coletivo há de ser manifestada de forma expressa e inequívoca. A faculdade de aderir compreende (a) a de se litisconsorciar ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (b) a de promover ou de prosseguir a ação

individual e, finalmente, (c) a de utilizar ou não, em seu favor, a sentença de procedência. Essas opções estão expressas na disciplina da ação coletiva da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). O interessado que optar pela não vinculação poderá ser beneficiado, mas jamais prejudicado, com o resultado da demanda coletiva. Conseqüências negativas ao seu patrimônio jurídico dependeriam de previsão legal inexistente em nosso ordenamento.

Quanto a esse aspecto, a Lei n. 12.016/2009 trouxe significativa alteração, estabelecendo um sistema diferente para o exercício da liberdade de adesão. Conforme decorre do seu art. 22, a vinculação do titular do direito individual ao mandado de segurança coletivo será automática, só não ocorrendo se, tendo ele ciência da impetração coletiva, manifestar opção pela não-vinculação, insistindo em manter o seu próprio mandado de segurança anteriormente proposto. Embora a norma refira unicamente a não “desistência do seu mandado de segurança”, como modo de expressar a opção pela exclusão, deve-se entender, por interpretação sistemática e analógica, que também serve à mesma finalidade a manifestação do titular do direito individual que, ciente da impetração coletiva, (a) não desiste de ação individual de outra espécie com o mesmo objeto, porventura em curso, ou (b) propõe, antes da sentença na impetração coletiva, mandado de segurança ou outra espécie de ação individual com o mesmo objeto, ou, ainda, (c) expressa formalmente sua decisão de não se vincular ao mandado de segurança coletivo. Essa última alternativa decorre da faculdade, que a todos assiste – e que a Lei n. 12.016/2009 não afasta –, de renúncia à ação ou ao próprio direito material. Em casos tais, o titular do direito individual ficará vinculado unicamente ao resultado da demanda individual porventura proposta, independentemente do seu sucesso ou insucesso, não se beneficiando nem se prejudicando com o resultado do mandado de segurança coletivo.

(...)

O titular do direito subjetivo individual tem a faculdade de promover ou de dar seguimento a mandado de segurança (ou a ação de rito comum) destinado a tutelar seus interesses, mesmo que esteja em curso a ação coletiva de mandado de segurança em que possa figurar como substituído. Não há, portanto, litispendência ou continência entre um e outro. Essa conclusão deriva da letra expressa do § 1º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009. Com efeito, não há identidade entre as duas ações. Uma não reproduz a outra. No mandado de segurança individual a cognição é mais ampla, envolvendo o direito líquido e certo do impetrante em todas as suas especificidades. Já na ação coletiva de mandado de segurança, o âmbito cognitivo é mais limitado, ficando restrito ao núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos, que são visualizados e examinados em sua dimensão genérica e impessoal. O que há, entre as duas ações, portanto, é inegável laço de conexão (CPC, art. 103), que, todavia, a exemplo do que ocorre na relação entre ações individuais e ações coletivas de outra espécie, não determina necessariamente a reunião dos processos.

Quanto ao regime da coisa julgada, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo, além das normas próprias e específicas adiante referidas, as que

tratam do mandado de segurança individual. Segundo dispõe o art. 19 da Lei n. 12.016/2009, “a sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. A rigor, manteve-se o regime tradicional estabelecido na Lei n. 1.533, de 1951, segundo a qual “a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais” (art. 15) e “o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito” (art. 16). O que, aparentemente, resulta desses dispositivos é que, na ação individual de mandado de segurança, somente haveria coisa julgada em caso de procedência do pedido. Não é assim, todavia. Também faz coisa julgada a sentença que, examinando o mérito, denegar a segurança. Convém salientar que, em mandado de segurança, para denegar a ordem *no mérito* é indispensável (a) que não haja dúvida alguma a respeito dos fatos e (b) que, inobstante isso, seja negada a existência do direito afirmado na impetração. Confirma-se que o fato existiu, mas se nega que desse fato resultou lesão ou ameaça a direito. Se a denegação é por falta de prova (= dúvida sobre a existência dos fatos), não há coisa julgada material em mandado de segurança, nem individual, nem coletivo. No particular, é nítida a distinção em relação ao regime comum, em que a sentença de improcedência faz coisa julgada material não apenas quando nega a existência do direito, mas também quando não estão provados os fatos dos quais decorreria o direito afirmado.

O que se quer salientar, com isso, é que, em mandado de segurança, individual ou coletivo, não haverá coisa julgada material quando a denegação da ordem decorrer da insuficiência da prova.

Referindo-se especificamente ao mandado de segurança coletivo, o art. 22 da Lei n. 12.016/2009 estabelece que “(...) a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”. Essa norma tem sentido duplo: (a) o de limitar a eficácia subjetiva (ao universo dos membros da entidade impetrante) e (b) o de vincular aos seus efeitos esses membros, substituídos no processo. Não há, na lei, qualquer distinção ou ressalva quando ao conteúdo da sentença, se de procedência ou de improcedência do pedido. Assim, deve-se entender que a coisa julgada produz efeitos em relação às pessoas e entidades vinculadas ao processo, mesmo quando a sentença, julgando o mérito, denegar a ordem. Excluem-se, evidentemente, os que optaram pela não vinculação ao processo. Realça-se o sistema próprio de vinculação, antes referido: diferentemente do que ocorre nas ações coletivas em geral, no mandado de segurança coletivo a vinculação será automática em relação a todos os substituídos que, tendo sido comprovadamente cientificados da impetração coletiva, não optaram pela exclusão.

O regime, portanto, será semelhante ao da ação civil pública para tutela de direitos coletivos (art. 16 da Lei n. 7.347/1985) e ao da ação popular (art. 18 da Lei n. 4.717/1965), nas quais a sentença de improcedência também faz coisa julgada *erga omnes* salvo quando decorrer de deficiência ou insuficiência da prova.

Em se tratando de mandado de segurança coletivo, a sentença de mérito fará coisa julgada, mesmo quando negar a pretensão do impetrante; porém, não se considera sentença de mérito (e, portanto, não fará coisa julgada) a que denega a ordem em razão da deficiência de prova dos fatos alegados na impetração.

Sendo assim, é evidente, como já referido, a incompatibilidade desse regime do mandado de segurança coletivo - de automática vinculação ao processo e de submissão à coisa julgada material - proposta por associação de municípios, com o regime próprio, especial e privilegiado, da tutela judicial das pessoas de direito público.

5. Por fim, qualquer que seja a natureza dos direitos tutelados em mandado de segurança coletivo, é indispensável que guardem relação de pertinência e compatibilidade com a razão de ser (finalidades, programas, objetivo institucional) da pessoa jurídica impetrante. É que para ajuizar uma demanda não basta que o autor ostente legitimidade; é indispensável que tenha também interesse, diz o art. 3º do CPC. Isso se aplica igualmente ao substituto processual, que há de estar investido de interesse próprio, distinto e cumulado com o do substituído. Esse interesse próprio, no caso de mandado de segurança coletivo, se manifesta exatamente pela relação de pertinência e compatibilidade entre a razão de ser (= finalidade institucional) da entidade impetrante e o conteúdo do direito ameaçado ou violado, objeto da demanda. Não seria concebível que a associação fosse a juízo para bater-se em defesa de direitos que nem direta nem indiretamente lhe dissessem respeito algum. Sem elo de referência entre o direito afirmado e a razão de ser de quem o afirma, faltarà à ação uma das suas condições essenciais, pois o sistema jurídico não comporta hipótese de demandas de mero diletantismo, e isso se aplica também ao substituto processual. Essa orientação está expressamente consagrada pela Lei n. 12.016/2009, em cujo artigo 21 ficou estabelecido que “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado (...) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

Pois bem, no caso, o Estatuto da Associação autora não contempla (nem poderia contemplar), entre seus objetivos, a defesa judicial dos Municípios associados.

6. Assim, pelos fundamentos aqui deduzidos, que levam à ilegitimidade ativa da associação impetrante, deve ser confirmado o acórdão que denegou a ordem.

7. Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário. É o voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 35.045-DF  
(2011/0178896-1)**

---

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki  
Recorrente: Davi Luis Soares e Silva  
Advogado: Luciano Melo Moreira Lima e outro(s)  
Recorrido: União

---

**EMENTA**

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Concurso público. TJDF. Técnico judiciário - Área administrativa. Investidura. Quitação com as obrigações eleitorais. Condenação criminal transitada em julgado. Suspensão dos direitos políticos.

1. A quitação eleitoral exigida para fins de investidura em cargo público, prevista no art. 5º, III, da Lei n. 8.112/1990, diz respeito às obrigações decorrentes da capacidade eleitoral ativa.

2. Não se confunde quitação eleitoral com elegibilidade. A condenação criminal transitada em julgado acarreta a suspensão dos direitos políticos (inc. III, do art. 15 da CF) e a inelegibilidade (art. 1º, I, e, da LC n. 64/1990). A suspensão de direitos políticos “cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos” (Súmula n. 9-TSE); a inelegibilidade persiste por três anos “após o cumprimento da pena”.

3. Embora temporariamente inelegível para cargos próprios de agente político, é de ser considerado satisfeito o requisito da quitação eleitoral para fins de investidura em cargo acessível por concurso quando, superado o período de suspensão dos direitos políticos, o candidato apresenta certidão da Justiça Eleitoral atestando que se encontra em situação regular no cadastro eleitoral.

4. Recurso ordinário provido para o fim de conceder parcialmente a ordem.

---

**ACÓRDÃO**

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

dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para o fim de conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJe 25.11.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança atacando ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, pela falta de quitação com as obrigações eleitorais, deixou de empossar candidato aprovado e nomeado em concurso público para cargo de Técnico Judiciário - Área Administrativa. Alega o impetrante que, de acordo com a Lei n. 8.112/1990, “reúne todos os requisitos para a investidura ao cargo público para o cargo pretendido”, pois “as diversas certidões acostadas ao processo administrativo dão quitação do cumprimento da condenação criminal e da obrigação eleitoral de votar (capacidade eleitoral ativa)”; e, por outro lado, “A suspensão do direito de se eleger (inelegibilidade) não pode servir de motivo para o não-empossamento de cargo público na medida em que o instituto em questão foi pensado e é tratado pela LC n. 64/1990 para impedir o direito de alguém de ser representante do povo no Poder, o que não é o caso dos autos” (fl. 12).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios denegou a segurança por entender que “A exigência, por parte da Administração Pública, de que o candidato aprovado esteja em dia com as obrigações eleitorais, não é ilegal nem abusiva” (fl. 240), e que “o conceito de quitação eleitoral reúne a plenitude do gozo dos direitos políticos, direitos estes que decorrem não somente da capacidade eleitoral ativa, como, entre outros fatores, da inoccorrência da eiva de inelegibilidade”; e, “*In casu*, a Justiça Eleitoral, ao emitir a certidão de fl. 19, atesta que o Impetrante *‘não está quite (...) em razão de inelegibilidade’*” (fl. 245).

Os embargos de declaração foram rejeitados, ocasião em que restou consignado que o impetrante não demonstrou que a situação de inelegibilidade decorre da condenação criminal transitada em julgado.

No recurso ordinário, o recorrente aduz que, “No caso dos autos, (...) possui a capacidade eleitoral ativa e esta, por sua vez, é a que interesse aos olhos da Lei n. 8.112/1990 haja vista ser justamente esta legislação a responsável pelo regramento do serviço público” (fl. 276), pois, “em circunstâncias ordinárias, onde se trabalhasse simplesmente com a apresentação de cópia dos comprovantes de votação de eleições (ou as suas respectivas justificações ou pagamento das multas pelo não-voto), *o que se analisa é tão e simplesmente a capacidade ativa do aprovado*, ou seja, se o mesmo votou ou deixou de votar”; e “Esta condição de votar ou ter deixado de fazê-lo, repise-se, o candidato possui de acordo com a certidão de fl. 41 do (...) processo administrativo” (fl. 278). No mais, sustenta que, “Levando-se em conta a política desenvolvida pelo CNJ consistente na ressocialização do preso, não se apresenta lúdima a obstaculização à posse de candidato que, como visto, nada mais deve à sociedade, tendo apresentado todas as certidões negativas criminais exigidas” (fl. 284).

Em contra-razões (fls. 297-299), o recorrido postula a manutenção do acórdão recorrido.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 274-279, opina pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A discussão dos autos diz respeito ao requisito para investidura em cargo público, previsto no inciso III do art. 5º da Lei n. 8.112/1990 e constante do subitem 4.2 do Edital 1-TJDFT, de 18.12.2007, que cuida de concurso público para provimento de vagas e para formação de cadastro reserva nos cargos de Analista Judiciário e de Técnico Judiciário: “*Estar em dia com as obrigações eleitorais (...)*”. Dispõe, com efeito, o inciso III do art. 5º da Lei n. 8.112/1990:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o gozo dos direitos políticos;
- III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;
- IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;
- V - a idade mínima de dezoito anos;
- VI - aptidão física e mental.

Segundo o acórdão recorrido, não pode ser considerado quite com as obrigações eleitorais quem é inelegível, eis que o conceito de quitação eleitoral deve ser compreendido nos termos da Resolução 21.823/2004 do TSE, a saber:

O conceito de *quitação eleitoral* reúne a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, salvo quando facultativo, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remitidas, excetuadas as anistias legais, e a regular prestação de contas de campanha eleitoral, quando se tratar de candidatos.

No que importa ao termo “plenitude do gozo dos direitos políticos”, o acórdão recorrido reproduz trecho constante das notas de rodapé da certidão da Justiça Eleitoral de fl. 129:

A plenitude do gozo de direitos políticos decorre da *inocorrência* de: perda da nacionalidade; cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; interdição por incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa a cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa; condenação por improbidade administrativa; conscrição; *inelegibilidade*; e opção, em Portugal, pelo Estatuto da Igualdade.

2. O acórdão recorrido merece reforma. Não é apropriado, para efeito do inciso III do art. 5º da Lei n. 8.112/1990 o conceito de “quitação eleitoral” da Resolução n. 21.823/2004 do TSE, construído que foi em resposta à indagação do Corregedor Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais “a respeito da abrangência da expressão ‘quitação eleitoral’, notadamente no que concerne à *situação do candidato a cargo eletivo*, para efeito de expedição da respectiva certidão”. É o que se constata do relatório do Processo Administrativo n. 19.205 - Classe 19ª - Distrito Federal, que deu origem a referida resolução. Trata-se, portanto, de contexto totalmente diferente do aqui examinado: lá, se tratou de quitação eleitoral de um agente político, candidato a cargo eletivo (que envolve, portanto, o pressuposto da elegibilidade); aqui, do que se trata é de requisito para investidura de servidor público, em cargo acessível por concurso público. Aliás, a Resolução, conforme demonstrado, condiciona a quitação eleitoral também ao pleno gozo dos direitos políticos, o que não ocorre no art. 5º da Lei n. 8.112/1990, onde as duas situações são tratadas de modo distinto. Ou seja: para os efeitos de investidura de cargo público acessível por concurso, é mais restrito o conceito de obrigação eleitoral.



3. Com efeito, da mesma forma como não se pode confundir obrigação eleitoral com direitos políticos (tratados, como já se referiu, de modo distinto na Lei n. 8.112/1990), também não se pode confundir “inelegibilidade” com falta de quitação de obrigações eleitorais. No caso, essa confusão foi feita porque o impetrante teve suspensos seus direitos políticos por força de condenação criminal transitada em julgado. Sua situação, quanto ao ponto, está referida no despacho do Juiz da Vara de Execução das Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal, proferido em 04.02.2010, nos seguintes termos:

Cuida-se de Sentenciado condenado à pena privativa de liberdade de 04 anos de reclusão, tendo sido contemplado com progressão ao regime aberto e transferido para prisão domiciliar no dia 29.12.2006 (fls. 169-170).

Com efeito, apresentou-se regularmente a este Juízo até o dia 04.12.2008 (fl. 221), tendo sido preso em flagrante no dia 24.12.2008 por conta dos fatos relativos ao IP 576/08-8ª DPDF (fls. 219), pelo que sofreu nova condenação à pena privativa de liberdade de 08 anos de reclusão no regime fechado (fls. 243), com direito de apelo em liberdade, não havendo, até o momento, o respectivo trânsito em julgado (fls. 245). Tanto é que foi solto em 09.06.2009 (fls. 240), retomando o cumprimento da presente execução penal, conforme extrato de apresentações de fls. 246.

Nesse passo, a conta de liquidação de fls. 229 apontada término de pena para o dia 08.05.2009, isso já desconsiderada a remição declarada (02 meses e 08 dias), em caso de eventual perda nos termos do art. 127, da LEP; sendo que o Ministério Público, instado a se manifestar, oficiou às fls. 237-238, no sentido de se aguardar o trânsito em julgado da nova condenação.

Todavia, mesmo considerando o período de prisão provisória em decorrência da nova Ação Penal, ainda, assim, teria a pena privativa de liberdade atingido o seu término, a princípio, em 24.10.2009 na forma da planilha de fls. 249.

Assim, ouça-se o Ministério Público acerca de eventual extinção da pena pelo seu integral cumprimento (fl. 102).

Ocorre que, nos termos da Súmula n. 9 do TSE, *“A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”*.

Portanto, tendo cumprido a pena, retomou o impetrante seus direitos políticos.

Remanesce, é certo, a situação de inelegibilidade de que trata o art. 1º, I, e, da LC n. 64/1990 (na redação anterior à LC n. 135/2010), a saber:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;

A inelegibilidade de que trata esse dispositivo não se confunde, portanto, conforme já asseverado, com os próprios direitos políticos e muito menos com as “obrigações eleitorais”. Ela diz respeito apenas a uma das prerrogativas inerentes aos direitos políticos, a capacidade eleitoral passiva. A propósito, pedimos licença para reproduzir o que sustentamos em sede doutrinária:

### 3.3 Condenação criminal

12. Suspendem-se os direitos políticos por “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”, diz o inc. III, do art. 15 da CF. A Constituição anterior tinha dispositivo semelhante no § 2º, letra c, do art. 149, cuja aplicabilidade a jurisprudência e a doutrina condicionaram à edição da Lei Complementar referida no § 3º daquele artigo, a saber; “Lei Complementar disporá sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua re aquisição.” Dita Lei jamais chegou a ser editada. A Constituição de 1988, no entanto, não refere exigência de norma regulamentadora. A eficácia plena e a aplicabilidade imediata do seu inc. III, do art. 15, é, destarte, inquestionável, e assim pensa a doutrina e decidem os Tribunais.

13. A suspensão dos direitos políticos não é pena acessória, e sim consequência da condenação criminal; opera-se automaticamente, independentemente de qualquer referência na sentença.

14. O art. 1º, I, e, da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64 de 18.05.1990) deu ensejo a pensar-se que a suspensão dos direitos políticos não se daria em todos os casos de condenação, mas apenas e tão-somente nos ali elencados. Não é correto o entendimento. *O que o dispositivo da Lei Complementar disciplina é hipótese de inelegibilidade, “pelo prazo de três anos após “o cumprimento da pena”, em relação aos que “forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes é por crimes eleitorais”. Vale dizer: em tais casos, ainda que retomados os demais direitos políticos por exauridos os efeitos de condenação, persistirá a inelegibilidade enquanto não transcorrido o prazo de três anos. A elegibilidade, como já se acentuou, constitui apenas um dos direitos políticos ou uma das prerrogativas inerentes aos direitos políticos e com estes, portanto, não se confunde.*

15. O Constituinte não fez exceção alguma: *em qualquer hipótese de condenação criminal haverá suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da sentença*. Trata-se de preceito extremamente rigoroso, porque não distingue crimes dolosos dos culposos, nem condenações a penas privativas de liberdade de condenações a simples penas pecuniárias. Também não distingue crimes de maior ou menor potencial ofensivo ou danoso. A condenação por contravenção, que também é crime, acarreta, assim, o efeito constitucional.

16. A suspensão dos direitos políticos perdura enquanto perdurarem os efeitos da condenação. Duas correntes se formaram a respeito do que se há de entender por “duração dos efeitos”. Uma, partindo do pressuposto de que, por “efeitos da condenação” devem ser entendidos os previstos na lei penal, neles incluídos, portanto, também os efeitos secundários, como o de “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado à vítima”, previsto no art. 91, I, do CP. Vale dizer: enquanto não atendida esta obrigação, perdurará o efeito da condenação e, portanto, a suspensão dos direitos políticos. Outra orientação, mais restrita, é no sentido de que os efeitos da condenação se esgotam com o cumprimento da pena imposta pela sentença condenatória, ainda que persistam os efeitos secundários de que trata a Lei Penal. O sentido ético que inspira e subjaz à sanção política prevista no art. 15, III, da CF dá abono à primeira interpretação, aliás adotada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. É a segunda, no entanto, a que tem o aval do Tribunal Superior Eleitoral. Qualquer que seja o entendimento, é certo que durante o prazo do sursis a sanção política persistirá, porque ainda persistem os efeitos da condenação.

17. Por outro lado, sejam quais sejam os efeitos a que se refere o Constituinte, não há dúvida que, uma vez esgotados, opera-se a re aquisição dos direitos políticos, independentemente da reabilitação criminal. Exigir-se, para tal fim, a conclusão do processo formal de reabilitação seria prolongar o tempo de suspensão da cidadania e sujeitá-la a imposições não previstas na Constituição. Com efeito, a reabilitação, que tem efeito meramente declaratório, só pode ser requerida após dois anos “do dia que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar a execução...” e desde que atendidos outros requisitos elencados no art. 94 do CP. Exigir-se a reabilitação significaria prolongar a suspensão por mais dois anos além do prazo previsto pelo Constituinte (ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. Revista de Processo, ano 22, n. 85, p. 181-189, jan./mar. 1997).

4. A inelegibilidade, assim considerada, não é sinônimo de descumprimento de obrigação eleitoral. Aliás, há certas causas de inelegibilidade que sequer têm relação com a boa conduta dos indivíduos (v.g.: as previstas nos incisos II e III do art. 1º da LC n. 64/1990). Embora inelegível (vale dizer, sem capacidade eleitoral passiva), não significa que o indivíduo esteja em débito em suas obrigações eleitorais. Estando com seus direitos políticos, votar é uma obrigação

eleitoral; mas, ser elegível é uma prerrogativa, que pode ser circunstancial, e não uma obrigação. Assim, a quitação eleitoral exigida para fins de investidura em cargo público, prevista no art. 5º, III, da Lei n. 8.112/1990, diz respeito às obrigações decorrentes da capacidade eleitoral ativa. Bem por isso, no item 03 do rol de documentos exigidos para a posse, elaborado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, constou:

03 - Certidão de Quitação Eleitoral emitida pelo TRE ou Comprovante de votação da última eleição (fl. 91).

No caso, houve atendimento ao subitem 4.2 do edital do concurso com a certidão do Cartório da 9ª Zona Eleitoral do Distrito Federal segundo a qual o impetrante “*encontra-se em situação regular no Cadastro Eleitoral*”, pois, “Embora conste nos assentamentos a ausência às urnas em 23.10.2005, 1º.10.2006 e 29.10.2006, o eleitor (...) recolheu as multas devidas em 26.04.2007 estando, portanto, apto a votar” (fl. 128).

5. Todavia, não há como reconhecer ao impetrante o direito líquido e certo à posse. É de ser ressalvada à administração pública a prerrogativa de examinar o preenchimento dos demais requisitos para investidura no cargo previstos no item 4 do edital, notadamente no subitem 4.13.2:

#### 4 DOS REQUISITOS BÁSICOS PARA A INVESTIDURA NO CARGO

4.1 Ter nacionalidade brasileira ou portuguesa e, em caso de nacionalidade portuguesa, estar amparado pelo estatuto de igualdade entre brasileiros e portugueses, com reconhecimento de gozo de direitos políticos, nos termos do artigo 12, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4.2 Estar em dia com as obrigações eleitorais e militares.

4.3 Possuir o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo/área/especialidade/ramo e, quando for o caso, registro no respectivo órgão de classe, conforme indicado nos subitens 2.1 e 2.2 deste edital.

4.4 Ter idade mínima de 18 anos completos na data da posse.

4.5 Apresentar certidões dos setores de distribuição dos foros criminais dos lugares em que tenha residido nos últimos cinco anos, das Justiças Federal e Estadual, expedida, no máximo, há seis meses.

4.6 Apresentar folha de antecedentes da Polícia Federal e da Polícia dos Estados onde tenha residido nos últimos cinco anos, expedida, no máximo, há seis meses.

4.7 Apresentar declaração do órgão público a que esteja vinculado, se for o caso, registrando que o candidato tem situação jurídica compatível com nova investidura em cargo público federal, haja vista não ter incidido no disposto

nos artigos 132, 135 e 137, parágrafo único, todos da Lei n. 8.112/1990 e de suas alterações (penalidade de demissão e de destituição de cargo em comissão), nem ter sofrido, no exercício de função pública, penalidade por prática de atos desabonadores.

4.8 Apresentar declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública e sobre recebimento de provento decorrente de aposentadoria e pensão.

4.9 Apresentar declaração de bens e valores que constituam patrimônio e, se casado(a), a do cônjuge.

4.10 Submeter-se a exame de higidez física e mental, capacitante ou incapacitante, de responsabilidade exclusiva do TJDF, com o objetivo de aferir se as condições física e psíquica são adequadas ao exercício das atividades inerentes ao cargo.

4.11 Providenciar, a suas expensas, os exames laboratoriais e complementares necessários à realização do exame médico a que será submetido. A relação desses exames será fornecida por ocasião da convocação para posse.

4.12 Apresentar outros documentos que se fizerem necessários, à época da posse.

4.13 Estará impedido de tomar posse o candidato:

4.13.1 ex-servidor, demitido ou destituído de cargo em comissão, na vigência do prazo de incompatibilidade para investidura em cargo público federal, conforme previsto no artigo 137 da Lei n. 8.112/1990;

4.13.2 que tenha praticado qualquer ato desabonador de sua conduta, detectado por meio dos documentos referentes à sindicância de vida pregressa de que tratam os subitens 4.5, 4.6 e 4.7 deste edital ou por diligência realizada.

4.14 Cumprir as determinações deste edital (fls. 49-50).

6. Com essas considerações, dou provimento ao recurso ordinário para conceder parcialmente a ordem, nos termos da fundamentação. Custas pelo impetrado. Sem honorários advocatícios (art. 25 da Lei n. 12.016/2009). É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 997.714-RS (2007/0239145-4) (f)**

---

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Advogado: Marília Rodrigues de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Luís Clóvis Machado da Rocha

Advogado: Vilmar Machado e outro(s)

Interessado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

---

### EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Prática do exercício da advocacia por assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Impedimento. Primeira parte do inciso IV do art. 28 da Lei n. 8.906/1994. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência.

1. A violação do art. 535 do CPC não se configura quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e motivada sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pela parte, contanto que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar o *decisum*, como ocorre na presente hipótese. Tanto assim, que a Corte *a quo* se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida, e entendeu que os servidores do Ministério Público apenas estão impedidos de advogar (art. 30, I, da Lei n. 8.906/1994).

2. Os servidores do Ministério Público estão inseridos na regra de impedimento a que alude a primeira parte do inciso IV do art. 28 da Lei n. 8.906/1994, segundo o qual, *ipsis litteris*: “[a] advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário [...]”.

3. Recurso especial conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.  
Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (data do julgamento).  
Ministro Benedito Gonçalves, Relator

---

DJe 14.11.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: O Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso especial (fls. 340-350), com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça daquele Estado, cuja ementa está consolidada nos seguintes termos:

Apelação civil. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Servidor do Ministério Público. Provimento n. 17/2001, expedido pelo Procurador-Geral de Justiça. Vedação ao exercício da advocacia. Ação ordinária. Procedência na origem. Sentença escoreita. Não-provimento em grau recursal. Precedentes do STJ, TRF e desta Corte.

1. O demandante, ao prestar concurso para os quadros do Ministério Público, bem como ao tomar posse, não teve conhecimento de qualquer vedação, ou mesmo restrição com relação ao exercício da advocacia, sequer lhe sendo exigida a baixa de sua inscrição na OAB-RS, eis que inscrito regularmente e exercendo a advocacia a longa data.

2. Assim, em princípio, não há se falar em incompatibilidade do autor para o exercício da advocacia, porquanto sua situação não se enquadra naquelas previstas dentre as hipóteses do artigo 28 da Lei n. 8.906/1994.

3. Ademais, entendo que restou ferido o princípio da legalidade, porquanto qualquer provimento administrativo de regulamentação deve obediência à lei, dela não podendo se afastar. Ora, se o Estatuto da OAB não fez restrição aos servidores do Ministério Público, incabível que o intérprete o faça através de Portaria ou Provimento. *Apelação improvida* (fl. 318).

O Ministério Público do Rio Grande do Sul, na qualidade de interessado, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo Tribunal *a quo*, conforme acórdão de fls. 333-335.

Noticiam os autos que Luiz Clovis Machado da Rocha propôs ação ordinária anulatória em face do Estado do Rio Grande do Sul e requereu a anulação do Provimento n. 17/2001, da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao argumento de que o ingresso nos quadros do Ministério Público daquele Estado, no cargo de assessor jurídico, não impede o exercício da advocacia.

O Juízo singular da Vara Judicial da Comarca de Catuípe-RS julgou procedente a pretensão deduzida pelo autor e anulou o Provimento n. 17/2001 (fls. 258-262).

Irresignado, o Estado do Rio Grande do Sul apelou ao TJRS, que, por seu turno, negou provimento à irresignação e asseverou que não se trata de impedimento, mas, sim, de incompatibilidade, conforme a ementa supra.

No bojo do recurso especial que ora se apresenta, o Estado recorrente sustenta, preliminarmente, afronta ao artigo 535, II, do CPC, pois, ao rejeitar os embargos de declaração, a Corte *a quo* convalidou a omissão ocorrida no acórdão recorrido quanto ao requerimento de expressa manifestação acerca de diversos dispositivos legais, quais sejam, artigos 37 e 127, § 2º, da Constituição Federal, art. 25, XXXVI, da Lei Estadual n. 7.669/1982; art. 178, XXI, da Lei Complementar Estadual n. 10.098/1994 e art. 28, IV, do Estatuto da Advocacia (Lei Federal n. 8.906/1994).

No mérito, aduziu violação dos artigos 28, IV e V e 30, I, da Lei n. 8.906/1994, visto que a vedação contida no dispositivo em destaque não abrange somente os servidores do Poder Judiciário, mas todos aqueles que direta ou indiretamente exercem funções vinculadas aos órgãos daquele Poder, dentre os quais os servidores do Ministério Público.

Às fls. 364-377, consta arrazoado de recurso extraordinário.

O recorrido apresentou contrarrazões ao apelo nobre, às fls. 380-392, e argumentou, em sede preliminar, a ausência de prequestionamento dos temas ventilados no bojo do apelo nobre, bem como a não caracterização de afronta ao art. 535 do CPC.

Relativamente ao *meritum causae*, pugna pela manutenção do acórdão guerreado.

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade no Tribunal *a quo*, razão pela qual e os autos ascenderam ao STJ (fls. 428-429 e versos).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): *Prima facie*, a violação do art. 535 do CPC não foi configurada, pois o Tribunal de origem se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como



lhe fora posta e submetida, e entendeu que os servidores do Ministério Público apenas estão impedidos de advogar.

Ademais, não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente.

Ainda preliminarmente, o recurso especial merece conhecimento quanto à suposta má interpretação dos arts. 28, IV e V, e 30, I, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto do Advogado), porquanto os indigitados dispositivos foram prequestionados explicitamente pelo acórdão atacado e foram preenchidos os demais requisitos de admissibilidade recursal.

No mérito, a pretensão recursal merece guarida e o acórdão recorrido carece de reforma, conforme os fundamentos adiante expendidos.

A cerne da controvérsia respeita saber se incide a regra de incompatibilidade ou de impedimento quanto a assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul que pretende exercer a advocacia.

O art. 28 da Lei n. 8.906/1994 enumera, em *numeros clausus*, as hipóteses de incompatibilidade com o exercício da advocacia. Confirmam-se, *in verbis*:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

Pois bem, não se desconhece que a promulgação da Carta Política de 1988 conferiu elevado *status* constitucional ao Ministério Público, ao ponto de quase designá-lo a um quarto poder, tanto assim que o desvinculou da tradicional tripartite dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Dessa forma, fê-lo instituição permanente e essencial à prestação jurisdicional, atribuiu-lhe o zelo pelo respeito aos três poderes e aos direitos assegurados na Constituição, assegurou-lhe total autonomia funcional e administrativa, de elaborar proposta orçamentária própria, e as mesmas garantias dos magistrados, dentre outras providências mais. Dessarte, a moderna doutrina pátria, à luz da novel ordem constitucional, tem entendido que o Ministério Público, justamente em razão dessa independência e autonomia, funciona como órgão de fiscalização de controle das atividades governamentais, como, *v. g.*, os Tribunais de Contas.

Nesse sentido, é de bom alvitre trazer à colação a seguinte transcrição, *ipsis litteris*:

De qualquer forma, porém, como já antecipamos, a solução que sempre nos pareceu a melhor, justamente para contribuir de forma pragmática para esse desiderato de autonomia e independência da instituição, não seria erigir o Ministério Público a um suposto “quarto poder”, nem colocá-lo dentro dos rígidos esquemas da divisão tripartite atribuída a Montesquieu, mas sim inserí-lo em título, capítulo ou seção própria da Constituição. A nosso ver, melhor, fora, até, colocá-lo lado a lado com o Tribunal de Contas, entre os órgãos de fiscalização e controle das atividades governamentais, ou, como já o fizera a Constituição de 1964, que o inseriu entre os “órgãos de cooperação nas atividades governamentais (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 105).

Todavia, não se pode olvidar que as nobres atividades desempenhadas pelo *Parquet*, à exceção das medidas preparatórias, estão umbilicalmente ligas às tarefas exercidas pelo Poder Judiciário. Tanto assim, que o art. 127 da Constituição dispõe que “[o] Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado [...]”, a evidenciar o trabalho em conjunto de ambos os órgãos.

Sob esse ângulo, os servidores do Ministério Público têm acesso a processos judiciais, laboram na elaboração de pareceres e detêm o conhecimento de informações privilegiadas, em condições idênticas aos dos servidores do Poder Judiciário. Logo, impor a regra de incompatibilidade a uns e a de o impedimento, a outros, importaria conferir tratamento desigual àqueles que estão em igualdade de condições, em flagrante desrespeito ao princípio da isonomia.

E, como a Lei não dispõe de palavras inúteis, tem-se que os servidores do Ministério Público estão inseridos na regra de impedimento a que alude a primeira parte do inciso IV do art. 28 da Lei n. 8.906/1994, segundo o qual, *ipsis litteris*: “[a] advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário [...]”.

Ademais, o Conselho Nacional do Ministério editou a Resolução n. 27, de março de 2008, no sentido de vedar a prática da advocacia aos seus servidores efetivos, comissionados requisitados ou a à disposição do Ministério Público.

Isso posto, conheço do recurso especial e *dou-lhe provimento*.

É como voto.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 1.202.159-RJ (2010/0120790-9)**

---

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Guaraciara de Jesus Siqueira e outros

Advogado: Patricia Diez Rios e outro(s)

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

Procurador: Cristina Taves Campos e outro(s)

Recorrido: União

Interessado: Ricardo Henrique Andreff Gomes dos Santos

Advogado: Ingrid de Souza Carvalho e outro(s)

---

#### **EMENTA**

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por dano moral e material. Hemofilia. Transfusão de sangue. Resultado positivo de HIV. Nexo causal afastado pelo Tribunal *a quo*. Reforma do julgado. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Dissídio jurisprudencial não configurado.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra decisão que, em apelação, negou provimento a ação de indenização por danos

morais e materiais na qual os autores, hemofílicos, afirmam terem sido contaminados com o vírus HIV em transfusão de sangue realizada em unidades hospitalares de responsabilidade dos recorridos.

2. Alegam, nas suas razões recursais, falha no serviço dos órgãos de controle, que não tomou os cuidados necessários a fim de evitar a contaminação do sangue por meio da transfusão, estando, assim, evidenciada a responsabilidade civil do estado, bem como a ocorrência do nexo de causalidade entre a omissão dos recorridos e o resultado do evento danoso.

3. O Tribunal de origem, com base na análise do contexto fático probatório dos autos, afastou a existência do nexo de causalidade para a imputação da responsabilidade civil objetiva do Estado, reconhecendo indevida a indenização pleiteada. A reforma de tal entendimento demanda reexame dos fatos e das provas encartadas nos autos, o que é vedado, em recurso especial, em razão do contido na Súmula n. 7 desta Corte.

4. O dissídio jurisprudencial invocado também não foi demonstrado nos termos do art. 255, e seus parágrafos, do Regimento Interno do STJ, tendo em vista que os recorrentes não mencionaram as circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados.

5. Recurso especial não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

---

DJe 7.10.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a**, **b** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Narram os autos que Guaraciara de Jesus Siqueira e outros ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais contra a União, o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social - Inamps e o Estado do Rio de Janeiro.

Alegam os autores que, sendo hemofílicos, fizeram transfusão de sangue em hospitais públicos do Estado, estando o sangue contaminado com vírus HIV, fato que lhes causou prejuízos materiais, devido à incapacidade para o exercício de atividades laborativas e morais, resultantes da dor, sofrimento e angústia insuportáveis em razão, não só do agravamento da fragilidade do estado de saúde, mas, também, na redução da expectativa de suas vidas.

O juízo monocrático julgou procedente o pedido deduzido na inicial, nos termos da sentença de fls 337-353, para: i) acolher a ilegitimidade passiva do INSS, extinguindo o processo, quanto a ele, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC; ii) julgar procedente o pedido, condenando a União a pagar a cada um dos autores, a título de danos materiais, pensão mensal vitalícia no valor igual a três salários mínimos, devidos desde 21.9.1992, corrigidos nos termos da Lei n. 6.899/1981 e juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação, compensando-se os valores pagos com o deferimento da antecipação de tutela nos autos da medida cautelar n. 92.0054823-7; iii) condenar a União e o Estado do Rio de Janeiro a pagar a cada um dos autores, a título de danos morais, o valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), devidos desde 21.9.1992, com correção monetária e juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, devendo cada réu arcará com 50% (cinquenta por cento) do montante devido a título de danos morais; e, iv) condenar os réus ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, sendo 60% pagos pela União e 40% pagos pelo Estado do Rio de Janeiro.

O Tribunal *a quo* reformou o *decisum*, a fim de julgar improcedente a demanda, nos termos da ementa a seguir transcrita (e-fl. 469):

Administrativo. Constitucional. Responsabilidade objetiva do Estado. Hemofílicos. Contaminação pelo vírus HIV. Dever de fiscalização do poder público.

Ausência de diagnóstico preciso sobre a AIDS ao tempo da transfusão. Exclusão donexo de causalidade.

– Afastada a ilegitimidade passiva ad causam do Estado do Rio de Janeiro e da União Federal, ante as atribuições de fiscalização dos respectivos entes públicos sobre os bancos de sangue e centros de hemoterapia no Estado do Rio de Janeiro.

– Não há como elidir, *in casu*, a responsabilidade objetiva do Estado, expressamente prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, vez que o evento danoso decorreu do próprio fato administrativo em si considerado.

– A responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que se admite a exclusão do nexo causal nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

– No caso específico, todos os Autores receberam transfusão de sangue na rede particular, em sua grande maioria no Centro de Hematologia Santa Catarina - CHSC, e alguns autores também na rede pública. Todavia, à época do contágio dos mesmos com o vírus HIV ainda não havia um diagnóstico preciso sobre a AIDS, e, por conseqüência, não existia um teste eficiente que pudesse detectar a doença na amostra de sangue do doador voluntário.

– Os Autores foram submetidos a transfusões de sangue e contaminados em época que sequer havia conhecimento detalhado sobre a AIDS, o vírus HIV, suas formas de contaminação e métodos de prevenção e detecção.

– Não se poderia exigir da União e tampouco do Estado do Rio de Janeiro a devida fiscalização do sangue, de forma a se detectar a existência do vírus HIV, se ao tempo da contaminação não havia uma previsibilidade de contágio da AIDS por transfusão de sangue. Com efeito, não se pode responsabilizar os Réus pela demora da ciência no desenvolvimento do teste de detecção do vírus HIV. Não se pode imputar aos Réus o descumprimento de um dever inexistente.

– Excluído o nexo causal, não há como imputar à União Federal e ao Estado do Rio de Janeiro qualquer responsabilidade civil pelo ocorrido.

Nas razões do apelo nobre (fls. 477-492), os recorrentes alegam que o acórdão impugnado negou vigência aos arts. 1º, 2º, itens 3 e 7; 3º e 13, todos da Lei n. 4.701/1965, bem como aos arts. 7º, I e 8º, XXVII, do Decreto-Lei n. 215/1975 (Código de Saúde do Estado do Rio de Janeiro).

Sustentam, para tanto, que houve omissão por parte dos órgãos de controle a fim de evitar a contaminação do sangue por meio da transfusão, estando, assim, evidenciada a responsabilidade dos recorridos.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 507-511.

O recurso recebeu o crivo positivo de admissibilidade, às fls. 519-522, ascendendo os autos a esta Corte, sendo-me distribuídos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Emerge dos autos que os autores ajuizaram ação ordinária em face da União Federal, do Estado do Rio de Janeiro e do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social - INAMPS, ao fundamento de serem hemofílicos, portadores do vírus HIV – causador da AIDS –, adquirido através de transfusão de sangue contaminado realizada nas unidades hospitalares de responsabilidade dos ora recorridos, o que evidencia a mais completa omissão das autoridades sanitárias estadual e federal, bem como da rede hospitalar como um todo, no tocante ao controle do sangue empregado nas transfusões e outros tratamentos. Assim, objetivam sejam os Réus condenados ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

O MM. Juiz *a quo* acolheu, preliminarmente, a alegação de ilegitimidade passiva do INSS para excluí-lo do feito, mantendo, contudo, a legitimidade dos réus União Federal e Estado do Rio de Janeiro. Quanto ao mérito, entendeu que a causa preponderante para a contaminação dos autores pelo vírus da AIDS ocorreu via transfusão de sangue quando do tratamento de hemofilia, vez que remota, na situação dos autores, as outras formas de contaminação.

Entendeu, ainda, que os réus deveriam ao menos ter acostado aos autos, para fins de elidir ou atenuar a responsabilidade imputada, documentos comprobatórios de controle efetivo do sangue utilizado nos tratamentos de hemofilia, haja vista ser mundialmente conhecida a tragédia da contaminação do vírus HIV. Assim, restou evidenciado o nexo de causalidade entre o dano suportado pelos autores e a má-prestação do serviço guerreado (fls. 280-296).

Reformado o *decisum* em sede de apelação, buscam os recorrentes o reconhecimento do direito à indenização pleiteada, afirmando a ocorrência do nexo de causalidade entre a omissão dos recorridos e o resultado do evento danoso.

O recurso, no entanto, não merece prosperar.

Isso porque o Tribunal *a quo*, soberano na apreciação das provas coligidas aos autos, entendeu evidenciada a falta do nexo de causalidade para a imputação da responsabilidade civil objetiva.

É o que se extrai do voto-condutor:

*No caso específico, todos os Autores receberam transfusão de sangue na rede particular, em sua grande maioria no Centro de Hematologia Santa Catarina -*

*CHSC, e alguns autores também na rede pública. Todavia, à época do contágio dos mesmos com o vírus HIV ainda não havia um diagnóstico preciso sobre a AIDS, e, por conseqüência, não existia um teste eficiente que pudesse detectar a doença na amostra de sangue do doador voluntário.*

Inclusive, merece transcrição pontos elucidativos do laudo pericial elaborado pela Perita do Juízo - Dra. Kátia Machado da Motta, especialista na área médica de hematologia, acostado nos autos da Ação Cautelar n. 92.0054823-7, às fls. 307-316, em apenso (grifos nossos):

1- No tratamento dos autores partindo da análise de seus prontuários, desde que época e com que freqüência recebeu o referido derivado e/ou sangue? Havia quadro clínico que justificasse a prescrição de sangue e ou derivados?

R: Segundo documentos nos prontuários:

a) Ricardo Henrique Andreff Gomes dos Santos foi encaminhado para o Centro de Hematologia Santa Catarina (CHSC) pela Dra. Maria Nazaré Petrucelli em 75. Por ser hemofílico A grave recebeu transfusões freqüentes, documentadas no prontuário, desde a matrícula, com concentrados de fator VIII. Havia indicação para as transfusões sem as quais provavelmente não teria sobrevivido já que há relatos de hemorragias intracranianas. A anti-HIV positivo foi detectado em 13.03.1985.

b) Reginaldo da Silva, também hemofílico A grave deu entrada no CHSC em 03.11.1986 oriundo de Campos, da clínica Hematológica Hemoclin. O primeiro exame anti-HIV feito na ocasião pelo CHSC já foi positivo. Não há como saber do passado transfusional, em Campos, com os dados disponíveis.

c) Benedito Reis de Carvalho, também hemofílico A grave, foi encaminhado pelo Inamps de Barra Mansa para o CHSC em 1978, tendo o 1º anti-HIV positivo em 17.03.1987. Como praticamente todos os Hemofílicos graves tem história de diversas transfusões com fator VIII e indicação para as mesmas.

d) Edson Mauro Bruno dos Santos, hemofílico A leve, foi encaminhado ao CHSS em 26.12.1985, pela Clínica de Hemoterapia de Niterói, com história de transfusões prévias. O anti HIV efetuado no CHSS em 1º.01.1986 já foi positivo. Não há informações sobre a história transfusional prévia.

e) Ronildo Batista de Oliveira, hemofílico A grave, com inibidor, teve seu primeiro atendimento no CHSC efetuado em 1º.08.1978, oriundo do Instituto Estadual de Hematologia Artur de Siqueira Cavalcanti. O 1º anti-HIV positivo foi em 09/1987.

Como praticamente todos os Hemofílicos graves tem história de diversas transfusões com fator VIII e indicação para as mesmas.

f) Marcos Bruno dos Santos, hemofílico A leve, com 8% de fator VIII, foi encaminhado pela Clínica de Hemoterapia de Niterói em 05.05.1981.



Na ocasião tomou crioprecipitado com indicação adequada e prosseguiu atendimento em Niterói. Em 12/1985 atendido com quadro de otite, não foi transfundido. Em 02.06.1986 foi transfundido por hemartrose, tendo o 1º anti-HIV positivo em 04.09.1986. Havia indicação para a transfusão.

g) Luiz Antônio dos Santos Pacheco, hemofílico A grave com inibidor, oriundo da Clínica de Hemoterapia de Niterói em 24.04.1981. Era transfundido na clínica de origem e no CHSC. O anti-HIV foi positivo em 07.10.1985. Como praticamente todos os Hemofílicos graves tem história de diversas transfusões com fator VIII e indicação para as mesmas.

h) Carlos Antônio Bruno, hemofilia A moderada. Anti HIV positivo em 28.06.1985. As transfusões foram adequadamente indicadas.

2- No período que recebeu tratamento utilizando hemoderivados já havia disponível no mercado internacional teste anti-HIV?

*R: Os testes anti-HIV pela técnica de ELISA, surgiram no início de 1985, portanto, segundo os relatos, todos receberam transfusões antes dessa data. Ressalto que os tratamentos eram com crioprecipitado (hemocomponente) e não com hemoderivados.*

3- Em que ano, se possível mês, a comunidade científica definiu as vias de transmissão do HIV?

*R: A AIDS foi descrita em 1981. Evidências de que era transmissível por transfusão, acumularam-se em paralelo com informações que sugeriam que a doença era causada por um agente transmissível. Em 1983, ficou claro que a AIDS era uma doença transmissível e que a transfusão era uma possível via de contaminação.*

4- Com a definição das vias de transmissão já era possível adotar-se medidas eficientes de prevenção? Quais?

R: Selecionar melhor os doadores de sangue, não aceitando doadores remunerados, efetuar uma anamnese rigorosa, analisar com maior cuidado as relações risco; benefício do emprego das transfusões, evitar compartilhar seringas, agulhas, giletes, e outros instrumentos cortantes, passar a praticar sexo com preservativos. Todas as medidas de prevenção acima são eficientes, mas nenhuma leva ao risco zero de transmissão do HIV. Não existe risco zero para transmissão do HIV.

(...)

9- Podemos afirmar que se fosse exercido um controle efetivo do sangue doado em todo o Brasil e, especialmente, no Rio de Janeiro, pelos órgãos responsáveis, o risco de infecção seria reduzido? No caso de resposta positivo, podem os Srs. Peritos demonstrarem de alguma forma (Ex. comparando com países que exerciam controle efetivo) a que níveis se reduziria a transmissão?

R: Trata-se de uma pergunta extremamente difícil uma vez que não estabelece a data ou o que é considerado como "controle efetivo". No

Brasil, as primeiras leis que dispõem sobre a doação de sangue surgem em 1950 e desde então surgem inúmeros decretos, portarias e resoluções sobre o tema. O MS desde 1980 através da portaria Interministerial n. 07 de 10.04.1980 vem implantando um Programa Nacional de Sangue e Hemoderivados que visa garantir sangue de qualidade ao povo brasileiro. A União tomou providências para obrigar a realização de testes sorológicos a partir de 1987 pela portaria Interministerial de n. 14 datada de 18.05.1987 seguida da Lei n. 7.649. Na década de 80, o Estado do Rio de Janeiro desenvolveu uma campanha intensa de fiscalização de bancos de sangue, que gerou interdições e adequações de inúmeros serviços. As fiscalizações federal e estadual vêm ocorrendo de forma regular nos últimos anos. Fica assim comprovado, que ocorreram e ocorrem, ações por parte do poder público. É correto no entanto que inúmeras pessoas se contaminaram dado o caráter inesperado e desconhecido da patologia.

11- É possível fixar-se precisamente, o tempo que uma pessoa infectada desenvolverá a síndrome?

R: Estudos indicam que o tempo médio para o aparecimento da AIDS varia de 4,5 a 10 anos após a infecção.

Que fatores são preponderantes e/ou determinantes para a fixação deste tempo, entre a infecção e o início da doença?

R: A idade do paciente, a situação prévia do seu sistema imunológico, a carga viral recebida, a via de contaminação, o tipo de cepa. Na AIDS transfusional a doença surge em cerca de 7 anos após o contágio. Nos hemofílicos esse tempo médio é estimado em 4,5 anos devido a alteração da imunidade provocada pelas inúmeras transfusões.

12- É possível, através da análise dos prontuários dos autores, fixar-se o tempo da infecção? Se possível, favor fixar o tempo e; ou período entre a infecção e o desenvolvimento da doença, e quais os critérios utilizados para a fixação?

R: Certamente em período anterior ao primeiro anti-HIV positivo de cada paciente, cuja data já foi informada para cada caso na pergunta n. 1.

(...)

16- Qualquer informação adicional que os Srs Peritos possam sobre a qualidade do sangue e as transmissões de doenças através dele, que possam auxiliar no deslinde da causa, como?

R: Não há como saber se os exames eram realizados e quando começaram a ser executados nas bolsas utilizadas pelos pacientes. Tal comprovação deve ser solicitada ao CHSC. É pouco provável, no entanto, que antes de outubro 1987 os testes fossem realizados pela não disponibilidade de reagentes no mercado.

(...)

19- Os hemofílicos naquela época eram o grupo de pessoas com mais probabilidade de serem infectadas pelo HIV? Por quê?

*R: Sim. Em primeiro lugar porque o tratamento da hemofilia se faz com a reposição do fator deficiente que aquela época só podia ser obtido por transfusões. Em segundo lugar porque até meados da década de 80 se desconhecia a amplitude do risco do HIV (a doença ainda era desconhecida ou pouco compreendida nas suas formas de transmissão) e não existiam as técnicas de inativação viral dos concentrados de fatores de coagulação. Ressalto que a prescrição dos concentrados de fatores de coagulação era indispensável ao tratamento dos hemofílicos e que sem os mesmos os hemofílicos, em diversas situações iriam ao óbito.*

*Dessa forma, pelo que se apura dos autos, não se pode responsabilizar os Réus pela contaminação dos Autores pelo vírus HIV, vez que, quando da transfusão de sangue, as causas da doença não eram conhecidas pela comunidade médica-científica. Em outras palavras, os Autores foram submetidos a transfusões de sangue e contaminados em época que sequer havia conhecimento detalhado sobre a AIDS, o vírus HIV, suas formas de contaminação e métodos de prevenção e detecção.*

*E, sendo assim, não se poderia exigir da União e tampouco do Estado do Rio de Janeiro a devida fiscalização do sangue, de forma a se detectar a existência do vírus HIV, se ao tempo da contaminação não havia uma previsibilidade de contágio da AIDS por transfusão de sangue. Com efeito, não se pode responsabilizar os Réus pela demora da ciência no desenvolvimento do teste de detecção do vírus HIV. Não se pode imputar aos Réus o descumprimento de um dever até então inexistente.*

*[...].*

*De lembrar-se, ainda, que tão logo se teve conhecimento de que o vírus HIV poderia ser transmitido pelo sangue e da disponibilidade no mercado dos kits do “teste Elisa”, o Estado do Rio de Janeiro determinou, através da Lei n. 1.215, de 23.10.1987, a obrigatoriedade de realização do teste para detecção de anti-corpos anti-HIV em todos os estabelecimentos hemoterápicos.*

*A União, por sua vez, editou a Lei n. 7.649, de 25.01.1988, tornando obrigatório o cadastramento de doadores de sangue, bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças como a AIDS, verbis:*

*Art. 1º - Os bancos de sangue, os serviços de hemoterapia e outras entidades afins ficam obrigados a proceder ao cadastramento dos doadores e a realizar provas de laboratório, visando a prevenir a propagação de doenças transmissíveis através do sangue ou de suas frações.*

*(...)*

*Art. 3º - As provas de laboratório referidas no art. 1º desta Lei incluirão, obrigatoriamente, aquela destinadas a detectar as seguintes infecções: Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).*

Dessa forma, diante da exclusão do nexo causal, não há como imputar à União Federal e ao Estado do Rio de Janeiro qualquer responsabilidade civil pelo ocorrido.

[...].

Assim, a sentença merece ser reformada para que seja reconhecida a improcedência dos pedidos dos Autores (sem destaque no original).

Nesse contexto, é forçoso concluir que o recurso especial não reúne condições de admissibilidade tendo em vista que a demanda foi analisada pelo Tribunal *a quo* à luz do contexto fático-probatório encartado nos autos, notadamente a laudo pericial, o que é impassível de revisão por esta Corte Superior em razão da incidência da Súmula 7 desta Corte. Nesse sentido, confirmam-se:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual Civil. Ocorrência do dano, negligência, imprudência, nexo de causalidade e erro médico. Necessidade de revolvimento de todo o conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7 do STJ. *Quantum* indenizatório. Indenização por morte por acidente do trabalho. Duzentos salários mínimos. Honorários advocatícios, 20% da condenação. Razoabilidade. Moderação. Agravo improvido.

1. As questões relativas à ocorrência do dano, atuação com negligência e imprudência, nexo de causalidade e existência de erro médico implicam no revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, inadmissível nesta instância recursal. Súmula n. 7 do STJ. Precedentes.

2. Os valores da indenização por danos morais e dos honorários advocatícios, não tendo sido fixados de forma irrisória ou exagerada, mas com razoabilidade e moderação, não comportam modificação pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 785.296-GO, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJ 20.11.2006).

*Recurso especial. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Erro médico. Prescrição. Não-ocorrência. Precedentes. Nexo causal e condenação. Súmula n. 7-STJ. Dispositivos constitucionais. Competência da Suprema Corte. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF.* O termo *a quo* do prazo prescricional deve ser a data da cirurgia em que o autor tomou conhecimento da existência do corpo estranho localizado na sua coluna vertebral, em dezembro de 1992. Como a presente ação foi ajuizada em junho de 1996, na espécie não ocorreu a prescrição. Precedentes. No concernente ao pedido relativo ao nexo causal, revisar a decisão esposada pelo Juízo de segundo grau firmada por meio dos elementos trazidos aos autos refoge da competência

constitucionalmente atribuída ao colendo Superior Tribunal de Justiça de unificar a aplicação do direito federal, e não a revisão de entendimento exarado pelos Tribunais Federais e Estaduais. Aplicação da Súmula n. 7 do STJ.

[...]. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido (REsp n. 694.287-RJ, Rel. Ministro Franciulli Neto, Segunda Turma, DJ 20.9.2006).

A respeito da insurgência com base na alínea **b** do permissivo constitucional, tem-se que o recurso não merece ser conhecido. Isso porque com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a hipótese de cabimento prevista na alínea **b** do permissivo constitucional passou a ser limitada à afronta de lei federal por ato de governo local, transferindo-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar causas que tratam de afronta de lei local em face de lei federal. A propósito, o precedente abaixo destacado:

Tributário. Taxa de localização e funcionamento. Base de cálculo.

1. Em relação à alínea **b**, a nova redação dada ao permissivo constitucional pela Emenda Constitucional n. 45/2004 transferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgamento de recurso contra decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, **d** da CF).

2. Competência do STJ quanto à alínea **b** mantida em relação aos recursos especiais já interpostos antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004, porquanto a alteração superveniente da competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida, preservando-se a competência recursal do Tribunal respectivo. Precedentes do STF e da Primeira Seção do STJ (REsp n. 598.183-DF).

[...]

4. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 733.411-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.8.2007, DJ 13.8.2007).

O dissídio jurisprudencial invocado, por sua vez, não foi demonstrado nos termos do art. 255, e seus parágrafos, do Regimento Interno do STJ, tendo em vista que o recorrente não mencionou as circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados.

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

É como voto.

