



---

Jurisprudência da **Primeira Seção**

---

**AÇÃO RESCISÓRIA N. 3.104-RS (2004/0062404-0)**

---

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Revisora: Ministra Eliana Calmon

Autor: Luiz Juarez Nogueira de Azevedo

Autor: Nelci Antônio Astolfi

Autor: Edison Carlos Ferreira

Advogado: Luiz Carlos Lopes Madeira e outro(s)

Réu: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Paulo César Klein

---

**EMENTA**

Ação rescisória. Prova falsa, erro de fato, juiz impedido e violação à literal disposição de lei. Acórdão que atribuiu interpretação razoável à norma. Serventias do foro extrajudicial. Vacância anterior a 1983. Concurso público. Pedido improcedente.

1. As certidões cartorárias que documentam atos processuais, que afora possuem presunção de veracidade estão confirmadas nos autos, não rendem ensejo à rescisão do julgado por prova falsa.

2. Para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade do julgado, é indispensável que ele seja relevante para o julgamento da questão, que seja apurável mediante simples exame e que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato.

3. “Segundo o estabelecido no artigo 81 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, os Desembargadores integrantes do Conselho da Magistratura não estão impedidos de atuar no julgamento de recursos interpostos contra as decisões do referido órgão.” (RMS n. 16.171-RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.04.2004, DJ 07.06.2004, p. 244)

4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme em que “Para ter cabida a rescisória com base no art. 485, V, do CPC, é necessário que a interpretação conferida pela decisão rescindenda seja de tal forma extravagante que infrinja o preceito legal em sua

literalidade.” (AR n. 624-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 23.11.1998).

5. Atribui interpretação razoável à norma e ajustada à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça o acórdão que decide que “A Constituição de 1967, mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como forma de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.”

6. Pedido improcedente.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 24 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJe 16.04.2010

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Ação rescisória ajuizada por Luiz Juarez Nogueira de Azevedo, Nelci Antônio Astolfi e Edison Carlos Ferreira contra o Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no artigo 485, incisos II (juiz impedido ou absolutamente incompetente), V (violação à literal disposição de lei), VI (prova falsa) e IX (erro de fato) do Código de Processo Civil, visando à desconstituição de acórdão proferido pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

Administrativo. Concurso público para provimento de vaga de tabelião. Aprovação. Expectativa de direito. Nomeação. Ato discricionário.

1. A aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação, mas, expectativa de direito.

2. O Poder Público procede às nomeações de acordo com a oportunidade e conveniência do órgão, vinculando-se apenas à obediência da ordem de classificação.

3. A Constituição de 1967, mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como foram de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.

4. Recurso não conhecido. (REsp n. 43.739-RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 1º.09.1998, DJ 21.09.1998, p. 218)

Alegam os autores que o acórdão rescindendo se fundou em *prova falsa* e violou o artigo 551, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 551. Tratando-se de apelação, de embargos infringentes e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor.

(...)

§ 2º O revisor aporá nos autos o seu “visto”, cabendo-lhe pedir dia para julgamento.

Aduzem, para tanto, que os autos não foram conclusos ao revisor e que o carimbo apostado nos autos não supre a falta do “visto” do revisor porque lançado após o julgamento, configurando prova material e ideologicamente falsa, à falta de assinatura do revisor e de “pedido de dia”.

Asseveram, ainda, que o acórdão rescindendo incorreu em *erro de fato* ao considerar que as nomeações, em preterição à ordem de classificação, ocorreram após o prazo de validade do concurso; ao considerar que havia óbice à nomeação dos autores em razão de efetivação dos substitutos e ao considerar que havia pedido de desefetivação, inviável de ser acolhido, quando, em verdade, ao tempo dos fatos, não havia óbice qualquer em que os autores fossem nomeados pois haviam cargos vagos e os substitutos não havia sido efetivados.

Sustentam, mais, que o acórdão do Tribunal Estadual foi proferido por *juiz impedido* e o acórdão rescindendo, ao considerar preclusa tal questão, violou o artigo 134, inciso VI, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

(...)

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Isso porque, segundo aduzem, o Desembargador Relator da apelação integrava, à época, o Conselho da Magistratura, “(...) órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa” e a aludida nulidade, conquanto passível de preclusão, não obsta o ajuizamento de rescisória.

Afirmam, outrossim, que ao contrário do decidido no acórdão rescindendo, a inconstitucionalidade dos artigos 231 a 234, 226 e 266 do Código de Organização Judiciária do Estado, alegada em sede de apelação, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, que *violou a literalidade* dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Asseveram, ainda, que o *decisum* violou o artigo 560 do Código de Processo Civil, segundo o qual “Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela.” ao argumento de que também não foi apreciada a preliminar suscitada de nulidade da sentença.

Sustentam, ademais, que o acórdão rescindendo violou os artigos 671, 672 e 673 da Lei Estadual n. 5.256/1966, que regiam o concurso público para o provimento das antigas serventias do foro extrajudicial, fazendo obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados, por se tratar, no regramento estadual, de ato vinculado.

Alegam, ainda, violação à literalidade dos artigos 128, 131, 302, 333, inciso II e 334, incisos II, III e IV do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

E os teria violado porque, inobstante não impugnados os fatos alegados na inicial, o acórdão dispensou o réu dos ônus da prova desconstitutiva do direito do autor, além de supri-la com dados de informação do próprio julgador, ex-juiz Corregedor e membro do Conselho de Magistratura.

Alega, nesse passo, que o acórdão rescindendo manteve o *decisum* do Tribunal *a quo* em face da vedação ao reexame de provas, mas não se trata de reexame de prova, e sim de mera análise das petições, que são ato processual.

Sustentam, ainda, a violação do artigo 87, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1967, que exigia a realização de concurso público para a primeira investidura em cargo público.

Aduzem, por fim, que o ajuizamento da ação, com a citação válida, interrompeu o curso do prazo para o exercício do direito à nomeação, nos termos dos artigos 219 e 220 do Código de Processo Civil.

Requerem, ao final, o rejuizamento do Recurso Especial com a procedência da “ação originária a fim de condenar-se o Estado a nomeá-los para cargos de tabelião ou similares que estejam vagos ou venham a vagar em Porto Alegre ou noutras localidades do Rio Grande do Sul, bem como reparar os danos sofridos pelos autores, em quantias a serem apuradas em liquidação de sentença, por arbitramento, atualizadas monetariamente, com juros, consoante o art. 406, do Novo Código Civil.” (fl. 56).

Regularmente citado, o Estado do Rio Grande do Sul alega, preliminarmente, o incabimento da rescisória por não conhecido o recurso especial interposto, além da decadência do direito de ação, sustentando, no mérito, a manutenção do acórdão rescindendo.

Saneado o processo e deferido prazo para a apresentação de razões finais, os autores as apresentaram, sustentando que a preterição aos seus direitos

ocorreram por omissão em nomear não obstante a lei estadual assim o determinasse, por omissão em nomear, mantendo no exercício dos cargos vagos os substitutos, bem como por ação, nomeando outros candidatos, em preterição à ordem de classificação.

O réu, de seu lado, sustenta que a pretensão autoral viola o artigo 208 da Constituição Federal de 1967, que assegurou aos substitutos o direito à efetivação na serventia e que não há prova do alegado erro de fato, reiterando, ainda, a preliminar de decadência.

O Ministério Público Federal se manifestou pela improcedência da ação rescisória, em parecer sumariado da seguinte forma:

Constitucional. Administrativo e Processual Civil. Ação rescisória. Concurso público, homologado em 1982, para provimento de cargo de Tabela de 4º Entrância na cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul. Efetivação de substitutos que atendeu ao comando do art. 208, da Constituição Federal de 1967. Nomeação para entrâncias inferiores e distintas da oferecida no concurso. Quebra da ordem classificatória não configurada. Exceção de impedimento do Desembargador Relator oposta após o julgamento da Apelação. Preclusão. Ação rescisória que deve ser julgada improcedente. (fl. 605).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, de início, afasto a preliminar de incabimento da rescisória suscitada uma vez que, a despeito de constar no dispositivo do julgado como “não conhecido”, o recurso especial foi efetivamente decidido, havendo o *decisum* adentrado o mérito da insurgência especial, de modo que resta certa a competência desta Corte para apreciar o pedido rescisório, como se recolhe na própria ementa do julgado:

Administrativo. Concurso público para provimento de vaga de tabelião. Aprovação. Expectativa de direito. Nomeação. Ato discricionário.

1. A aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação, mas, expectativa de direito.

2. O Poder Público procede às nomeações de acordo com a oportunidade e conveniência do órgão, vinculando-se apenas à obediência da ordem de classificação.

3. A Constituição de 1967, mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como foram de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.

4. Recurso não conhecido.

Afasto, ainda, a decadência alegada uma vez que o acórdão rescindendo, da 5ª Turma desta Corte Superior, foi publicado em 21 de setembro de 1998, os embargos que lhe foram opostos em 14 de junho de 1999, e o agravo de instrumento tirado da inadmissão do recurso extraordinário, não conhecido, em decisão publicada em 3 de maio de 2002, com posterior trânsito em julgado.

Ajuizada a ação rescisória em 4 de maio de 2004, dentro, portanto, do biênio legal (artigo 495 do Código de Processo Civil), não há falar em decadência.

A propósito, decidiu a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do EREsp n. 404.777-DF, em que foi relator para o acórdão o Ministro Francisco Peçanha Martins, que o termo inicial da contagem do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória é o trânsito em julgado *da última decisão proferida na causa*.

Esta, a ementa da *decisum*:

Processual Civil. Embargos de divergência no recurso especial. Ação rescisória. Prazo para propositura. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos. CPC, arts. 162, 163, 267, 269 e 495.

- A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide.

- Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial.

Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.

Embargos de divergência improvidos (*in DJ 11.04.2005*).

Não é outro o teor do recente Enunciado n. 401 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça:

O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.



Quanto à rescisória fundada em prova falsa, recolhe-se na doutrina o seguinte:

A teor do artigo 485, *caput* e inciso VI, do Código de Processo Civil, é possível desconstituir julgado fundado “em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria rescisória”.

Com efeito, *decisum* apoiado em prova falsa é passível de desconstituição por meio de ação rescisória. A falsidade da prova tanto pode ser material como ideológica. Sem dúvida, é irrelevante se a falsidade reside na forma ou no fundo, ou seja, se o vício que contamina a prova é de construção ou de conteúdo. Também não importa se a prova falsa é documental, pericial ou testemunhal. Em todas as hipóteses, o julgado contaminado deve ser rescindido. Porém, se a prova viciada não teve nenhuma importância para o desate do processo primitivo, a rescisória não prospera, já que o dispositivo do julgado impugnado subsiste independentemente da prova considerada falsa. (Bernardo Pimentel Souza *in* Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória, Saraiva, 3ª edição, p. 746).

*In casu*, estão os autores em que os autos não foram conclusos ao revisor e que o carimbo apostado nos autos não supre a falta do “visto” do revisor, porque lançado após o julgamento, configurando prova material e ideologicamente falsa, à falta de assinatura do revisor e de “pedido de dia”.

Ocorre, contudo, que a alegada falsidade se refere a ato do juízo, em favor do qual milita a presunção de veracidade, consubstanciado na certidão de que foram cumpridas as formalidades do Regimento Interno do Tribunal de Justiça e do artigo 551 e 552 do Código de Processo Civil (cf. fl. 358v), não se tratando, pois, de prova, para fins de rescisão do julgado pelo permissivo legal do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Demais disso, exsurge do acórdão rescindendo que o feito foi à revisão, como notícia o carimbo apostado nos autos, não sendo possível inferir que a eventual circunstância de não ter havido revisão prévia, nos termos do artigo 551, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, tenha tido relevância para o resultado do julgado, já que o Desembargador Revisor Salvador Horácio Vizzotto proferiu voto devidamente fundamentado acerca da questão posta, afastando a alegada preterição em concurso público, como se recolhe na íntegra do acórdão, valendo ressaltar que a apelação foi improvida à unanimidade.

No que diz respeito ao erro de fato, recolhe-se no magistério de José Carlos Barbosa Moreira, o seguinte:

Consiste o erro de fato em a sentença “admitir um fato inexistente” ou “considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido” (§ 1º). De modo nenhum o configura o engano na qualificação jurídica; por exemplo, a errônea consideração de determinado contrato como se fosse comodato, em vez de locação, não corresponde ao tipo legal: é preciso que o erro incida sobre o fato em si, sobre a ocorrência ou não do acontecimento. Tampouco se enquadra na moldura do art. 485, § 1º, o mero erro aritmético, suscetível de correção a qualquer tempo, sem necessidade de ação rescisória.

Quatro pressupostos não de concorrer para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade:

a) *que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente;*

b) *que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;*

c) *que “não tenha havido controvérsia” sobre o fato (§ 2º);*

d) *que sobre ele tampouco tenha havido “pronunciamento judicial” (§ 2º). (in Comentários ao Código de Processo Civil, Volume V, 7ª edição, editora Forense, p. 147-148).*

Tem-se, pois, que, para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade do julgado, é indispensável que ele seja relevante para o julgamento da questão, que seja apurável mediante simples exame e que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato.

*In casu*, estão os autores em que o acórdão rescindendo incorreu em erro de fato ao considerar que as nomeações ocorreram após o prazo de validade do concurso; que havia óbice à nomeação dos autores em razão de efetivação dos substitutos, e que havia pedido de desefetivação, inviável de ser acolhido, quando, em verdade, ao tempo dos fatos, não havia óbice qualquer em que os autores fossem nomeados pois haviam cargos vagos e os substitutos não haviam sido efetivados, tendo havido preterição à ordem de classificação.

Ocorre, contudo, ao que se tem, que houve expresso pronunciamento judicial sobre a alegada preterição, estando o acórdão rescindendo assentado em que “(...) os recorrentes apontam nomeações para provimento de serventias que foram efetuadas antes da homologação do certame (maio de 1982) ou após escoado seu prazo de validade (maio de 1986), que é decadencial. Não configurou-se, destarte, a suposta preterição.” e que “A Constituição de 1967,

mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como foram de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.”

Vê-se, assim, a afastar o alegado erro de fato, que houve pronunciamento judicial sobre a alegada preterição e que não se trata de erro apurável mediante simples exame.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes da 3ª Seção:

Ação rescisória. FGTS. Juros progressivos. Erro de fato. Inexistência.

(...)

2. Segundo dispõe o art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC, ocorre erro de fato “quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.” Em qualquer situação, não pode ter havido pronunciamento no julgado rescindendo sobre o fato objeto de erro.

3. Na hipótese, constatou-se pronunciamento judicial sobre os documentos apontados pela CEF, tanto na sentença quanto no acórdão do Tribunal Regional Federal, o que afasta o cabimento da Ação Rescisória.

4. Ação Rescisória improcedente. (AR n. 2.580-CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14.10.2009, DJe 06.11.2009)

Processual Civil. Ação rescisória. Violação à literal disposição de lei. Inocorrência. Erro de fato não configurado. Não cabimento.

1. É incabível ação rescisória por violação de lei (inciso V do art. 485) se, para apurar a pretensa violação, for indispensável reexaminar matéria probatória debatida nos autos.

2. Não cabe ação rescisória para “melhor exame da prova dos autos”. Seu cabimento, com base no inciso IX do art. 485, supõe erro de fato, quando a decisão rescindenda tenha considerado existente um fato inexistente, ou vice-versa, e que, num ou noutro caso, não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o referido fato (art. 485, §§ 1º e 2º).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na AR n. 3.731-PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 23.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 283)

Passo seguinte, quanto ao cabimento da rescisória com fundamento no artigo 485, inciso II, do Código de Processo Civil (proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente), estão os autores em que o Desembargador Relator da apelação integrava, à época, o Conselho da Magistratura, “(...) órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa” e dita nulidade, conquanto passível de preclusão, não obsta o ajuizamento de rescisória.

Dispõe, contudo, o artigo 81 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Art. 81. Quando se tratar de recurso de decisões do Conselho da Magistratura ou de mandado de segurança contra ato administrativo de qualquer órgão do Tribunal, não se consideram impedidos os Desembargadores que no órgão tenham funcionado.

Do dispositivo normativo transcrito resulta que, conquanto esta Corte registre precedentes no sentido de que é impedido de julgar a ação judicial o Desembargador que decidiu, na instância administrativa, a questão que serve de objeto ao feito, *in casu*, há regra específica do Regimento Interno do Tribunal de Justiça local, a afastar o alegado impedimento, valendo conferir, nesse sentido, o seguinte precedente:

Administrativo. Processo disciplinar. Recurso. Julgamento. Participação. Prolatores da decisão recorrida. Impedimento. Caracterização. Precedente do STJ.

I - Segundo o estabelecido no artigo 81 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, os Desembargadores integrantes do Conselho da Magistratura não estão impedidos de atuar no julgamento de recursos interpostos contra as decisões do referido órgão. Norma em consonância com o entendimento desta Corte e do Pretório Excelso.

II - Havendo regra específica, descabe buscar a aplicação analógica de dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal.

Recurso desprovido. (RMS n. 16.171-RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.04.2004, DJ 07.06.2004, p. 244)

Por fim, acerca do cabimento da rescisória por violação à literalidade da lei, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que "(...) para ter cabida a rescisória com base no art. 485, V, do CPC, é necessário que a interpretação conferida pela decisão rescindenda seja de tal forma extravagante que infrinja o preceito legal em sua literalidade." (AR n. 624-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 23.11.1998).

Há que se estabelecer, portanto, entre o *decisum* e a lei federal, uma relação de incompatibilidade que se traduza em infringência do preceito legal em sua literalidade.

E uma tal infringência, autorizativa da ação rescisória, inexistirá, sempre, por necessário e óbvio, em todas as espécies em que a questão, na qual teria sede a violação literal de disposição legal, seja estranha ao julgado que se pretenda

rescindir ou, em termos igualmente claros, em que a questão na qual teria sede a violação literal de disposição legal não tenha se constituído em objeto do *decisum* que se pretenda rescindir.

É, com efeito, o que se recolhe no magistério de Humberto Theodoro Júnior:

O conceito de violação de “literal disposição de lei” vem sendo motivo de largas controvérsias desde o Código anterior. Não obstante, o novo estatuto deliberou conservar a mesma expressão.

O melhor entendimento, a nosso modo de ver, é o de Amaral Santos, para quem a sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; “é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (*error in iudicando*), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (*error in procedendo*).”

Não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei. Nem se pode pretender rescindir a sentença sob invocação de melhor interpretação da norma jurídica aplicada pelo julgador.

Nesse sentido, assentou o Supremo Tribunal Federal em sua súmula que “não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (n. 343).

Fazendo um paralelismo entre o recurso extraordinário por negação de vigência à lei federal e a ação rescisória por violação de literal disposição de lei, Sérgio Sahione Fadel conclui pela identidade das duas situações e afirma que “violação do direito expresso” corresponde ao “desprezo pelo julgador de uma lei que claramente regule a hipótese e cuja não-aplicação no caso concreto implique atentado à ordem jurídica e ao interesse público”.

Mas não é necessário que a sentença tenha cogitado da existência de uma regra geral e em seguida se recusado a aplicá-la. Nem se exige que a regra legal tenha sido discutida, de forma expressa, na sentença rescindenda. “A sentença que ofende literal disposição de lei é aquela que, implícita ou explicitamente, conceitua os fatos enquadrando-os a uma figura jurídica que não lhe é adequada.” De tal arte, doutrina e jurisprudência estão acordes em que “viola-se a lei não apenas quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está posto, não só quando há afronta direta ao preceito mas também quando ocorre exegese indviduosamente errônea.” (*in* Curso de Direito Processual Civil, volume I, 11ª ed., Forense, p. 635-636).

Não há falar, assim, em violação à literalidade dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil, uma vez que a alegada inconstitucionalidade

dos artigos 231 a 234, 226 e 266 do Código de Organização Judiciária do Estado, relativa à precedência dos pedidos de remoção em relação aos de aproveitamento, não foi acolhida pelo órgão fracionário, de modo a dar ensejo à regular instauração do incidente para julgamento pelo Tribunal Pleno, nos termos do artigo 481 do Código de Processo Civil, de modo que o acórdão rescindendo conferiu interpretação adequada à norma invocada.

Asseveram, ainda, os autores, que o *decisum* violou o artigo 560 do Código de Processo Civil, segundo o qual “Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela.” ao argumento de que também não foi apreciada a preliminar suscitada de nulidade da sentença.

Ocorre, contudo, que, de um lado, os autores não explicitam, em suas razões, em que consiste a nulidade da sentença, alegada em preliminar, que não teria sido apreciada no acórdão do Tribunal de Justiça e, de outro lado, que, como na letra do acórdão rescindendo, o Tribunal de Justiça, em sede de embargos de declaração, apreciou as preliminares ao rejeitar a alegada violação do artigo 560 do Código de Processo Civil à motivação de que “(...) Votando, igualmente rejeito esta preliminar de nulidade do julgamento, porque o devido processo legal foi observado plenamente. No voto do Relator está perfeitamente claro, às fls. 231 e 234, a análise dessas duas preliminares (...)”, não havendo falar, assim, em violação à lei processual.

Alegam, ainda, os autores, violação à literalidade dos artigos 128, 131, 302, 333, inciso II e 334, incisos II, III e IV do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontrovertidos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

E os teria violado porque, inobstante não impugnados os fatos alegados na inicial, o acórdão dispensou o réu dos ônus da prova desconstitutiva do direito do autor, além de supri-la com dados de informação do próprio julgador, ex-juiz Corregedor e membro do Conselho de Magistratura.

Alegam, nesse passo, que o acórdão rescindendo manteve o *decisum* do Tribunal *a quo* em face da vedação ao reexame de provas, mas não se trata de reexame de prova, e sim de mera análise das petições, que são ato processual.

Acerca do tema, consta do acórdão rescindendo, no julgamento dos embargos de declaração, o seguinte:

(...)

Quanto a matéria referente ao CPC, arts. 128, 302, 333, inc. II e art. 334, inc. II, III e IV, razão tem o embargante em se reconhecer a omissão, entretanto, não lhe assiste razão quanto ao mérito.

De fato, as questões atinentes a tais dispositivos legais retrocitados estão intimamente relacionadas com as provas dos fatos, de modo que para se chegar a uma conclusão efetiva a respeito da matéria, inevitável é o reexame das provas dos autos.

Nesse tema, sabidamente não é cabível tal procedimento, pois esta Corte de Justiça não é uma terceira instância, na qual se debata todas as questões e se reaprecia provas dos autos, incide no caso o enunciado da Súmula n. 7-STJ.

Tem-se, assim, que o acórdão rescindendo não apreciou a questão da distribuição dos ônus da prova em face da vedação ao reexame de provas, não havendo falar em violação qualquer à literalidade dos artigos 128, 131, 302, 333, inciso II e 334, incisos II, III e IV do Código de Processo Civil, eis que ausente no *decisum* qualquer interpretação dos dispositivos referentes ao tema.

Vejam-se, a propósito do tema, os seguintes precedentes jurisprudenciais, que bem se ajustam à espécie:

Ação rescisória (competência). Questão federal (não-apreciação). Superior Tribunal (incompetência).

1. Assim como o Superior julga por meio do recurso especial, também julga causas mediante ação rescisória, desde que, no segundo caso, tenha, precedentemente, apreciado a questão federal controvertida.

2. Em suma, é competente o Superior se tiver enfrentado a questão federal, se bem que não tenha conhecido do recurso – especial ou agravo de instrumento.

3. Princípios das Súmulas n. 249 e 515-STF.

4. O Superior Tribunal não é competente para a ação rescisória quando, em seu âmbito, o recurso tenha deixado de ir para a frente por pretender simples reexame de prova.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg na AR n. 3.522-PE, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 04.12.2006, p. 256)

Processo Civil. Ação rescisória. Inovação quanto à causa de pedir.

1. Na ação de origem não houve prequestionamento quanto ao art. 56 do ADCT/1988 e quanto às Leis n. 7.787/1989, 7.894/1989 e 8.147/1990.

2. Impossibilidade de, via rescisória, inovar-se a causa de pedir para dizer que houve violação a legislação não examinada na instância ordinária.

3. Ação rescisória improcedente. (AR n. 1.196-GO, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26.03.2003, DJ 13.09.2004, p. 163)

Por igual, quanto às alegações de que o acórdão rescindendo violou a literalidade dos artigos 219 e 220 do Código de Processo Civil, ao argumento de que o ajuizamento da ação, com a citação válida, interrompeu o curso do prazo para o exercício do direito à nomeação, bem como violou os artigos 671, 672 e 673 da Lei Estadual n. 5.256/1966, que regiam o concurso público para o provimento das antigas serventias do foro extrajudicial, fazendo obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados, por se tratar de ato vinculado, ao que se tem, tais questões, efetivamente não foram objeto de apreciação pelo acórdão rescindendo, sequer implicitamente.

Em consequência de tanto, resta também ausente no *decisum* qualquer interpretação dos dispositivos referentes aos temas, não havendo falar, pois, acerca de tanto, em violação qualquer à literalidade da lei, senão vejamos:

Agravo regimental. Ação rescisória dos fundistas. Pretendida rescisão de julgado deste Sodalício. Matéria agitada na demanda rescisória que não foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça. Incompetência desta Corte Superior. Incidência da Súmula n. 515 do STF. Indeferimento liminar da ação.

À evidência, a matéria trazida na presente rescisória é estranha àquela decidida por este Sodalício, razão por que incabível sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. O raciocínio ora expandido se amolda à jurisprudência do Excelso Pretório, cristalizada na Súmula n. 515 que prevê: "A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal,



apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório”.

Agravo regimental improvido. (AgRg na AR n. 3.162-SC, Rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, julgado em 10.11.2004, DJ 04.04.2005, p. 158)

Por fim, estão os autores em que o acórdão rescindendo violou o artigo 87, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1967, que exigia a realização de concurso público para a primeira investidura em cargo público.

Não tem incidência na espécie, contudo, a norma geral invocada acerca da investidura no serviço público, porque desde a Constituição Federal de 1967 o ingresso na atividade notarial e de registro já possuía sede constitucional própria e específica.

E, *in casu*, o concurso foi realizado em 1982, vale dizer, muito antes da vigência da atual Constituição Federal, cujo artigo 236, parágrafo 3º, mui acertadamente, passou a exigir concurso público para o provimento dos cargos nas serventias do foro extrajudicial e a impedir a efetivação de substituto em serventia sem concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro, ao dispor que “O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

A propósito, ao tempo dos fatos, quando vagaram-se as serventias, estava em vigor o artigo 208 da Constituição da República de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 22, de 29 de junho de 1982, que assim dispunha, *verbis*:

Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.

Não foi outro o sentido do acórdão rescindendo, como se recolhe na própria ementa do julgado:

Administrativo. Concurso público para provimento de vaga de tabelião. Aprovação. Expectativa de direito. Nomeação. Ato discricionário.

1. A aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação, mas, expectativa de direito.

2. O Poder Público procede às nomeações de acordo com a oportunidade e conveniência do órgão, vinculando-se apenas à obediência da ordem de classificação.

3. A Constituição de 1967, mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como foram de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.

4. Recurso não conhecido. (REsp n. 43.739-RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 1º.09.1998, DJ 21.09.1998, p. 218)

Do exposto, resulta que o acórdão rescindendo atribuiu interpretação razoável à norma, ajustada à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não havendo, pois, falar, em violação da literalidade da lei, a autorizar o cabimento da ação rescisória que, na espécie, evidencia mero descontentamento da parte com a solução jurídica atribuída à pretensão deduzida e a tentativa de converter a ação rescisória em “recurso” com prazo de dois anos.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido.

Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, tendo em vista o disposto no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, considerados a natureza da causa e o grau de zelo do profissional.

É o voto.

## VOTO-REVISÃO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: *Luiz Juarez Nogueira de Azevedo, Nelci Antonio Astolfi e Edison Carlos Ferreira* ajuizaram ação rescisória contra o *Estado do Rio Grande do Sul*, impugnando acórdão da Quinta Turma, relatado pelo Min. Edson Vidigal, assim ementado:

Administrativo. Concurso público para provimento de vaga de tabelião. Aprovação. Expectativa de direito. Nomeação. Ato discricionário.

1. A aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação, mas, expectativa de direito.

2. O Poder Público procede às nomeações de acordo com a oportunidade e conveniência do órgão, vinculando-se apenas à obediência da ordem de classificação.

3. A Constituição de 1967, mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como foram de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.

4. Recurso não conhecido.

(REsp n. 43.739/RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 1º.09.1998, DJ 21.09.1998, p. 218)

Opostos declaratórios, restaram rejeitados (fls. 97-100).

A ação rescisória é ajuizada com respaldo no art. 485, V (violar literal disposição de lei), VI (se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória) e IX (fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa) do CPC.

Primeiramente, os autores alegam que o aresto rescindendo violou os seguintes dispositivos:

a) arts. 134, VI e 485, II, do CPC, aduzindo que o relator da apelação examinada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Des. João Aymoré Barros Costa, estava impedido para atuar no feito, em razão de integrar, à época, o Conselho da Magistratura, órgão de administração do Estado, parte na causa;

b) art. 551, § 2º, do CPC, afirmando que os autos da apelação não foram conclusos ao revisor e que o carimbo apostado no verso da ata da sessão de julgamento (fl. 358 v.) não supre tal formalidade;

c) arts. 480 e 481 do CPC, sob o argumento de que o Tribunal *a quo* não examinou a questão suscitada em sede de apelação em torno da inconstitucionalidade de dispositivos de leis estaduais;

d) art. 560 do CPC, afirmando que o aresto *a quo* não analisou a preliminar de nulidade da sentença proferida pelo Juízo de 1º Grau;

e) arts. 671, 672 e 673 da Lei Estadual n. 5.256/1966, asseverando que os dispositivos de lei estadual, ao contrário do que concluiu o aresto rescindendo, tinham o condão de vincular o órgão público competente a nomear os candidatos aprovados no certame;

f) arts. 128, 131, 302, 333, II, 334, II, III e IV, do CPC, afirmando que o aresto rescindendo, ao deixar de examinar a violação dos referidos dispositivos, chancelou a conclusão tomada pela Corte de origem que decretou a improcedência da demanda ajuizada pelos autores com base em circunstâncias não provadas nos autos e fatos alegados na exordial e não impugnados pelo réu;

g) art. 220 do CPC, aduzindo que a ação ajuizada pelos autores com o fim de ver reconhecido o direito à nomeação no concurso público para o cargo de Tabelião ocorreu antes do término do prazo de validade do referido certame;

h) art. 97, § 1º, da CF/1967, afirmando que a ordem constitucional pretérita exigia a observância da realização de concurso público para provimento de cargo público. Aduz que o citado dispositivo restou contrariado pelo aresto rescindendo, sob o argumento de que candidatos classificados em colocação inferior à dos autores foram nomeados para os Tabelionatos de Santa Cruz do Sul e de Alegrete nas datas de 18.06.1986 e 31.12.1985, antes de expirado o prazo de validade do certame, o que só ocorreu em 05.07.1986.

Afirmam que houve apresentação de prova falsa perante esta Corte, aduzindo, para tanto, que o carimbo de fl. 358 v., no qual servidor do Tribunal de origem noticiou o cumprimento da formalidade prevista no art. 551, § 2º, do CPC, não condiz com a realidade, sob o argumento de que o carimbo foi aposto após a realização do julgamento, o que leva a crer que os autos não foram com carga para o revisor.

Alegam a existência de erro de fato, afirmando que candidatos classificados em colocação inferior à dos autores foram nomeados para os Tabelionatos de Santa Cruz do Sul-RS e de Alegrete-RS nas datas de 18.06.1986 e 31.12.1985, antes de expirado o prazo de validade do certame, o que só ocorreu em 05.07.1986, diferente do que concluiu o aresto rescindendo que afirmou terem as nomeações sido efetivadas após expirado o prazo de validade do concurso público.

Asseveram que não havia qualquer impedimento à nomeação dos autores, sob o argumento de que diversos Tabelionatos encontravam-se vagos e sem óbice de origem legal.

Por fim, afirmam que, em nenhum momento, pediram a desconstituição dos ajudantes nomeados para os cargos públicos de Tabelião.

Processado o feito e apresentado relatório, vieram-me os autos conclusos para elaboração do voto-revisão.

Afasto a preliminar de descabimento da ação rescisória suscitada pelo réu, já que apesar do relator Min. Edson Vidigal ter concluído no dispositivo do *decisum* por não conhecer do recurso especial, depreende-se da leitura do voto de fl. 91-94 que houve exame do mérito da questão submetida a julgamento.

No que toca à alegada decadência suscitada pelo réu, entendo que, na esteira do Enunciado n. 401 da Súmula desta Corte (*O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial*), a presente ação desconstitutiva foi ajuizada dentro do

prazo legal, visto que o trânsito em julgado da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário ocorreu em 10.05.2002 (fl. 102).

Ultrapassados esses pontos, passo ao exame do *iudicium rescindens*.

Início o exame da ação rescisória pela suposta violação dos dispositivos de lei e neste ponto entendo oportuno colacionar lição de Ernane Fidélis dos Santos, que, interpretando o art. 485, V, do CPC, prescreve:

A rescisória não tem objetivo de corrigir amplamente a má aplicação do direito, pois, no interesse público, a coisa julgada fala mais alto. Daí restringir-se a motivação à literal disposição de lei, ou seja, dispositivo legal escrito, não importando, porém, sua forma e origem. Também não serve a ação rescisória para imprimir novo rumo às decisões que estão em controvérsia com outras, na interpretação da lei. Não é ela instrumento de uniformização de jurisprudência.

(Manual de Direito Processual Civil. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 760-761)

No tocante aos arts. 134, VI e 485, II, do CPC, alegam os autores que o relator da apelação examinada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul estava impedido para atuar no feito, sob o argumento de que o Desembargador integrava, à época, o Conselho da Magistratura, órgão de administração do Poder Judiciário local, parte na lide que discutia o provimento de cargos de Tabelião.

Neste ponto, é importante ressaltar que não se trata da hipótese de cabimento da rescisória com base no art. 485, II, do CPC (proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente), mas, sim, com esteio no art. 485, V, do CPC, visto que não se discute na presente ação desconstitutiva a imparcialidade do Ministro relator do aresto rescindendo, mas, sim, regra de impedimento do Desembargador que relatou o recurso de apelação no Tribunal de origem.

Feitas essas considerações, verifica-se que não há que se falar da incidência do art. 134, VI, do CPC, abaixo transcrito, haja vista que na ação ordinária movida pelos autores e que deu origem à apelação examinada pelo Tribunal *a quo* somente o Estado do Rio Grande do Sul atuou como réu (fl. 118-135):

Art. 134 - É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

(...)

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Ademais, observa-se da leitura do julgado prolatado pelo Tribunal *a quo* em sede de declaratórios, que a exceção de impedimento foi rejeitada com esteio em dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça que afasta a incompatibilidade de Desembargador que tenha atuado na esfera administrativa perante o Conselho de Magistratura (fl. 65).

Prescreve o art. 81 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça gaúcho que:

Art. 81. Quando se tratar de recurso de decisões do Conselho da Magistratura ou de mandado de segurança contra ato administrativo de qualquer órgão do Tribunal, não se consideram impedidos os Desembargadores que no órgão tenham funcionado.

Depreende-se, ainda, dos precedentes abaixo colacionados, que esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que o Juiz não se encontra impedido de atuar no feito quando sua participação anterior tenha ocorrido na esfera administrativa:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Participação, no julgamento do *writ*, de desembargador que atuou na esfera administrativa. Impedimento. Inexistência. Julgamento unânime dos embargos declaratórios. Ausência de prejuízo decorrente da participação do magistrado apontado como impedido nos autos. Nulidade afastada. Incorporação de quintos com base no valor da função efetivamente exercida. Precedentes. Impossibilidade de majoração sob alegação de transformação da função.

1. *A participação de magistrado em processo administrativo disciplinar não é causa do impedimento previsto no artigo 134 do Estatuto Processual Civil, que se refere apenas à prévia atuação em processo judicial. Precedentes.*

(...)

4. Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 13.308-DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02.10.2007, DJe 04.08.2008)

Administrativo. Notário. Perda da delegação. Processo disciplinar. Nulidade. Prejuízo. Inocorrência. Impedimento de magistrados. Inexistência.

1. *“O Superior Tribunal de Justiça adotou posicionamento no sentido de que a regra de impedimento prevista no art. 134, III, do CPC, somente se aplica nos casos em que o magistrado tenha participado em outro grau de jurisdição em um mesmo processo judicial, e não quando a sua participação anterior tenha ocorrido na esfera*

*administrativa.” (RMS n. 18.099-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 12.06.2006, p. 500).*

2. A declaração da nulidade dos atos processuais depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada, conforme dispõem os arts. 249, § 1º, do CPC e 563 do CPP.

3. Não configuração de cerceamento de defesa, pois existentes nos autos certidões atestando a intimação do advogado do impetrante para os atos do processo administrativo.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS n. 18.923-PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27.03.2007, DJ 12.04.2007, p. 210)

Com relação ao art. 551, § 2º, do CPC, afirmam os autores que o acórdão do Tribunal de origem é nulo, sob o argumento de que os autos não foram conclusos ao revisor.

Do voto condutor do julgado rescindendo, extrai-se que o Min. Relator concluiu por não conhecer da matéria em razão da ausência de prequestionamento. Observa-se, portanto, que o aresto atacado adotou fundamentação plausível para não conhecer do recurso especial, revelando o descabimento da ação desconstitutiva neste ponto.

No que tange aos arts. 480 e 481 do CPC, afirmam os autores que o Tribunal de origem não examinou a inconstitucionalidade de leis estaduais, tese suscitada em sede de apelação.

Verifica-se, contudo, que o julgado rescindendo afastou a citada violação sob o seguinte fundamento:

Em seguida, alegam descumprimento aos arts. 480 e 481 do CPC, também sem sucesso, eis que a matéria inquinada de inconstitucional foi analisada ao longo do julgamento, o que sanou sua omissão *a priori*.

(fl. 92)

De fato, por meio da leitura do voto de fl. 83, depreende-se que o relator da apelação rejeitou a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelos autores, fato que inviabilizou a instauração do incidente previsto no art. 481 do CPC.

Quanto ao art. 560 do CPC, alegam os autores que o Tribunal de origem não examinou a preliminar de nulidade da sentença. Todavia, da leitura do voto condutor proferido em sede de apelação (fl. 87), deflui-se que a preliminar de

nulidade foi afastada, conclusão confirmada no voto condutor proferido em sede de declaratórios (fl. 66-73).

No que tange à contrariedade aos arts. 671, 672 e 673 da Lei Estadual n. 5.256/1966 e ao art. 97, § 1º, da CF/1967, os autores afirmam que o Poder Público estava obrigado a nomear os candidatos aprovados.

Observa-se, contudo, que os autores pretendem de fato obter o rejuízo da causa, já que as alegações deduzidas em sede de recurso especial foram devidamente examinadas pelo aresto rescindendo, tendo esta Corte adotado o entendimento de que a Administração, sob a égide da Carta Constitucional de 1967, não estava obrigada a preencher as serventias extrajudiciais por meio de concurso público.

Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado deste Tribunal:

Processo Civil. Ação rescisória. FGTS. Expurgos inflacionários.

(...)

*2. Por não se tratar de sucedâneo de recurso, a ação em comento só tem lugar em casos de flagrante transgressão à lei. O fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo daquela demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos.*

*3. A simples adoção da interpretação menos comum não constitui vício capaz de desconstituir o julgado, não obstante o atual posicionamento da jurisprudência (Súmula n. 252-STJ) no sentido de reconhecer que as diferenças de correção monetária dos saldos das contas do FGTS se limitam a janeiro de 1989 (42,72% - IPC) e abril de 1990 (44,80% - IPC).*

*4. Pedido improcedente.*

(AR n. 1.573-SC, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007, p. 246)

Com relação aos arts. 128, 131, 302, 333, II, 334, II, III e IV, do CPC, observa-se que a ação rescisória não comporta conhecimento, visto que o aresto rescindendo não conheceu do especial neste ponto por entender que a tese dos autores demandava o reexame de provas, providência vedada em sede de especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ. Nesse sentido, colaciono precedentes desta Corte:

Ação rescisória. Recurso especial. Não conhecimento. Pretendida rescisão do julgado que não conheceu do recurso, por ausência de procuração. Preliminares



de valor da causa incorreto, de ilegitimidade do Ministério Público e de instituição bancária para figurarem no pólo passivo da demanda. Ação rescisória extinta, sem exame do mérito.

(...)

4) *Não cabe ação rescisória contra decisão que não conhece de recurso, pois somente é passível de rescisão o julgado de mérito transitado em julgado (cf. art. 485 do Código de Processo Civil (AgReg na AR n. 3.454-BA, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 02.05.2006 e AR n. 932-SP, Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 05.05.2003).*

(...)

6) Ação rescisória que se julga extinta, sem apreciação do mérito, na forma do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, com os encargos processuais carreados a autora, que também perderá o depósito, na forma da lei.

(AR n. 539-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 11.03.2009, DJe 19.05.2009)

Ação rescisória (competência). Questão federal (não-apreciação). Superior Tribunal (incompetência).

1. Assim como o Superior julga por meio do recurso especial, também julga causas mediante ação rescisória, desde que, no segundo caso, tenha, precedentemente, apreciado a questão federal controvertida.

2. Em suma, é competente o Superior se tiver enfrentado a questão federal, se bem que não tenha conhecido do recurso – especial ou agravo de instrumento.

3. Princípios das Súmulas n. 249 e 515-STF.

4. *O Superior Tribunal não é competente para a ação rescisória quando, em seu âmbito, o recurso tenha deixado de ir para a frente por pretender simples reexame de prova.*

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg na AR n. 3.522-PE, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 04.12.2006, p. 256)

No que pertine ao art. 220 do CPC, deflui-se que os autores argumentam que, diferente do que constou do julgado rescindendo, o ajuizamento da ação na qual os autores pretendiam ver reconhecido o direito à nomeação no concurso público foi levada a termo antes do término do prazo de validade do referido certame.

Observa-se, contudo, que tal questão não foi suscitada pelas partes em sede de declaratórios opostos às fl. 404-406, fato que inviabilizou o conhecimento

da matéria pelo aresto rescindendo e o conseqüente juízo de admissibilidade positivo da presente rescisória.

Superada a pretensa violação a literal disposição de lei, passo a examinar o cabimento da ação desconstitutiva com base no art. 485, VI e IX, do CPC, abaixo transcritos:

Art. 485 - A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

(...)

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Os autores alegam que o carimbo de fl. 358 v., por meio do qual o Tribunal de origem atestou o cumprimento da formalidade prevista no art. 551, § 2º, do CPC, não condiz com a realidade dos fatos, sob o argumento de que a referida providência foi tomada pelo Tribunal *a quo* após concluída a sessão de julgamento, o que leva a crer que o revisor não teve vista dos autos antes da data do julgamento.

Conforme consignei no capítulo referente ao art. 485, V, do CPC, esta questão não chegou sequer a ser discutida no julgado rescindendo, em virtude da ausência de prequestionamento do art. 551, § 2º, do CPC, fato que, por si só, revela o descabimento da ação neste ponto.

Ademais, em comentários ao art. 485, VI, do CPC, Bernardo Pimentel Souza prescreve que:

O inciso VI do artigo 485 permite que a demonstração da falsidade da prova seja efetuada na própria rescisória, mas a ação também pode ser proposta quando a falsidade já foi reconhecida por *decisum* condenatório irrecorrido exarado em processo criminal.

(Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 418; 423-424).

Verifica-se, portanto, que, ainda que superado referido óbice, os autores não se desincumbiram do ônus de desconstituir a presunção relativa de autenticidade de que dispõe o carimbo apostado pelo Juízo *a quo*, fato que conduz à improcedência da rescisória.

Por fim, os autores alegam que o julgado rescindendo incorreu em erro de fato, sob o argumento de que, diferente do que concluiu o aresto rescindendo, os candidatos classificados em colocação inferior à dos autores foram nomeados para os Tabelionatos de Santa Cruz do Sul e de Alegrete antes de expirado o prazo de validade do certame, o que só ocorreu em 05.07.1986.

Sobre erro de fato, Bernardo Pimentel Souza assevera que:

Com efeito, além das limitações gerais insertas no *caput* do artigo 485, o inciso IX indica que só o erro de fato perceptível à luz dos autos do processo anterior pode ser sanado em ação rescisória. Daí a conclusão: é inadmissível ação rescisória por erro de fato, cuja constatação depende da produção de provas que não figuram nos próprios autos do processo primitivo.

*A teor do § 2º do artigo 485, apenas o erro relacionado a fato que não foi alvo de discussão pode ser corrigido em ação rescisória. A existência de controvérsia entre as partes acerca do fato impede a desconstituição do julgado.*

(Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 428)

No caso dos autos, tem-se que o voto condutor do aresto rescindendo, examinando tese suscitada em sede de especial em torno da nomeação de candidatos classificados em posição inferior à dos autores, emitiu juízo de valor sobre a data de expiração do certame (fl. 93), inviabilizando o processamento da ação rescisória por erro de fato.

Nesse diapasão, confira-se o entendimento jurisprudencial desta Seção:

Ação rescisória. FGTS. Juros progressivos. Erro de fato. Inexistência.

1. Hipótese em que a Caixa Econômica propõe Ação Rescisória por erro de fato, mas não o especifica na petição inicial, afirmando apenas ter sido desconsiderada a prova dos autos relativa à data de opção dos réus pelo FGTS.

2. Segundo dispõe o art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC, ocorre erro de fato “quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.” Em qualquer situação, não pode ter havido pronunciamento no julgado rescindendo sobre o fato objeto de erro.

3. Na hipótese, constatou-se pronunciamento judicial sobre os documentos apontados pela CEF, tanto na sentença quando no acórdão do Tribunal Regional Federal, o que afasta o cabimento da Ação Rescisória.

4. Ação Rescisória improcedente.

(AR n. 2.580-CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14.10.2009, DJe 06.11.2009)

Com essas considerações, julgo improcedente a ação rescisória.  
É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 903.394-AL (2006/0252076-9)**

---

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Sindicato Interestadual das Empresas Distribuidoras  
Vinculadas aos Fabricantes de Cerveja Refrigerante Água  
Mineral e Bebidas em Geral nos Estados de Pernambuco  
Alagoas Paraíba - Sinedbeb

Advogado: Virgínia Teixeira Félix da Silva e outro

Recorrido: Fazenda Nacional

Procuradores: Raquel Teresa Martins Peruch Borges e outro(s)  
Claudio Xavier Seefelder Filho

---

**EMENTA**

Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. IPI. Restituição de indébito. Distribuidoras de bebidas. Contribuintes de fato. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Sujeição passiva apenas dos fabricantes (contribuintes de direito). Relevância da repercussão econômica do tributo apenas para fins de condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte *de jure* à restituição (artigo 166, do CTN). Litispendência. Prequestionamento. Ausência. Súmulas n. 282 e 356-STF. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Aplicação.

1. O “contribuinte de fato” (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo “contribuinte de direito” (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

2. O Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que:

Art. 165. *O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:*

I - *cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido* ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - *erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;*

III - *reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.*

Art. 166. *A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.*

3. Conseqüentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

4. Em se tratando dos denominados “tributos indiretos” (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

5. A exegese do referido dispositivo indica que:

...o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido:

Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte

de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o *contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores.*

*A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito.*

Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente. (Marcelo Fortes de Cerqueira, in “Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho”, Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 390-393)

6. Deveras, *o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do “contribuinte de fato” (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.*

7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166, do CTN, *dessume-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do “tributo indireto” indevidamente recolhido (Gilberto Ulhôa Canto, “Repetição de Indébito”, in Caderno de Pesquisas Tributárias, n. 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, in “Curso*

de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho”, Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 390-393).

8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica decorre da natureza da exação, “o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual” (Paulo de Barros Carvalho, in “Direito Tributário - Linguagem e Método”, 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, p. 583).

9. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas *distribuidoras de bebidas*, no qual se pretende o reconhecimento do alegado *direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais* (artigo 14, da Lei n. 4.502/1965, com a redação dada pela Lei n. 7.798/1989), bem como *de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título*.

10. Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, **a**, do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente (artigo 47, II, **b**, do CTN).

11. A Lei n. 7.798/1989, entretanto, alterou o artigo 14, da Lei n. 4.502/1965, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável:

(...)

II - quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial.

§ 1º. O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário.

§ 2º. Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente.

(...)

12. Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei n. 4.502/1965, e o artigo 47, II, a, do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), *o estabelecimento industrial (in casu, o fabricante de bebidas) continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato impositivo consistente na operação de industrialização de produtos* (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da *repercussão econômica do IPI* pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, *o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.*

13. *Mutatis mutandis*, é certo que:

1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

2. *A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.*

3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

4. Nos termos da Constituição e da LC n. 86/1997, o consumo não é fato gerador do ICMS.

5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS. (RMS 24.532-AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)

14. Conseqüentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que “as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o



creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa”.

15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Sustentou, oralmente, o Dr. *Claudio Seefelder Xavier Filho*, pela recorrida.

Brasília (DF), 24 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

---

DJe 26.04.2010

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Sindicato Interestadual das Empresas Distribuidoras Vinculadas aos Fabricantes de Cerveja, Refrigerante, Água Mineral e Bebidas em Geral nos Estados de Pernambuco, Alagoas e Paraíba - Sinedbeb*, com fulcro na alínea **a**, do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa restou assim vazada:

Tributário e Processual Civil. IPI. Descontos incondicionais. Sindicato de distribuidores de bebidas. Empresas substituídas que não são contribuintes do imposto, nem suportam o encargo referente à operação tributada. Ilegitimidade ativa do contribuinte de fato para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes. Precedentes. Apelo do impetrante improvido e apelo da Fazenda Nacional e remessa oficial providos.

Noticiam os autos que *Sindicato Interestadual das Empresas Distribuidoras Vinculadas aos Fabricantes de Cerveja, Refrigerante, Água Mineral e Bebidas em Geral nos Estados de Pernambuco, Alagoas e Paraíba - Sinedbeb* impetrou mandado de segurança coletivo preventivo, em 13.11.2002, em face do *Delegado da Receita Federal de Maceió-AL*, objetivando o reconhecimento do direito líquido e certo das distribuidoras/revendedoras de bebidas de não se submeterem à cobrança de IPI sobre descontos incondicionais, autorizando-lhes a compensar os créditos oriundos de “incidências pretéritas sobre descontos incondicionais com débitos vencidos e vincendos dos tributos federais, bem como a sua transferência para terceiros por meio de notas fiscais de ressarcimento, conforme previsto no art. 16, da IN n. 210/2002, tudo calculado por conta e risco da impetrante, podendo a SRF fiscalizar e aferir a exatidão dos valores aproveitados”.

Sobreveio sentença que *rejeitou as preliminares: (i) de ilegitimidade ativa* ad causam do *sindicato-impetrante* (uma vez que o sindicato, substituto processual dos associados, não necessita de autorização para impetrar mandado de segurança coletivo); *(ii) de ilegitimidade ativa dos substituídos processuais* (tendo em vista que “a parte impetrante, na condição de contribuinte de fato, possui legitimidade para postular judicialmente o reconhecimento do direito de crédito e a possibilidade de compensá-lo”); *(iii) de inadequação da via eleita* (por não demandar dilação probatória a solução da lide, aplicando-se, à espécie, a Súmula n. 213-STJ); *(iv) de decadência do direito de impetrar mandado de segurança* (uma vez que “em situações preventivas há apenas a expectativa de que o ato venha a ser praticado”); e *(v) de prescrição do direito de repetir judicialmente o indébito*, ante a cognominada tese dos cinco mais cinco, consagrada pela jurisprudência do STJ.

No mérito, o Juízo Singular concedeu em parte a segurança para assegurar às empresas filiadas ao Sinedbeb, domiciliadas no Estado de Alagoas, o direito líquido e certo à exclusão dos descontos incondicionais que lhe forem concedidos da base de cálculo de não se sujeitar à incidência do IPI sobre os descontos incondicionais na aquisição de produtos juntos aos seus fornecedores, bem como a compensar os valores indevidamente pagos a esse título nos últimos dez anos, com débitos próprios relativos a quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal e proceder à sua transferência para terceiros, respeitada a disposição do artigo 170-A, do CTN.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso do impetrante e deu provimento ao apelo da Fazenda Nacional e à remessa oficial,

para denegar a segurança, nos termos da ementa anteriormente reproduzida. Na oportunidade, assinalou-se que:

A sentença concedeu em parte a segurança, para assegurar às empresas filiadas ao impetrante, domiciliadas no Estado de Alagoas, o direito líquido e certo de não se sujeitar à incidência do IPI sobre os descontos incondicionais na aquisição de produtos juntos aos seus fornecedores, bem como de compensar os valores indevidamente pagos a esse título nos últimos dez anos, com débitos próprios relativos a quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal e de proceder à sua transferência para terceiros, respeitada a disposição do art. 170-A do CTN.

*O impetrante, na condição de substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa. (...)*

(...)

Por essas razões, nego provimento ao apelo do impetrante e dou provimento ao apelo da Fazenda Nacional e à remessa oficial, para denegar a segurança.

Opostos embargos de declaração, rejeitados pelos seguintes fundamentos:

O acórdão há que ser mantido, uma vez que o impetrante, na condição de substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa.

(...)

Os embargos de declaração destinam-se ao esclarecimento ou integração do julgado, em casos de obscuridade, contradição ou omissão (art. 535 do CPC). Assim, na análise de recurso dessa espécie, deve o julgador ater-se tão-somente à apreciação de eventual existência de tais vícios no *decisum* impugnado.

O acórdão apreciou corretamente todos os pontos da causa. Não há, portanto, omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida. Ademais, a faculdade de embargar não é meio processual adequado para rediscutir matéria já apreciada pelo Tribunal.

Por essas razões nego provimento aos embargos de declaração.

Nas razões do especial, sustenta o sindicato que o acórdão hostilizado incorreu em violação do artigo 166, do CTN, uma vez que as distribuidoras,

contribuintes de fato do IPI incidente sobre a fabricação de bebidas, estão legitimadas a requererem a restituição do que pagaram a maior ou indevidamente, porquanto suportam o ônus do encargo financeiro do tributo. Alega que “a cadeia da não-cumulatividade do tributo é encerrada no distribuidor (recorrente), que não terá como repassar o encargo financeiro do IPI que suportou, uma vez que não terá como se compensar na operação subsequente, pois não é contribuinte de direito de tal tributo”.

Apresentadas contra-razões pela Fazenda Nacional que, preliminarmente, pugna pelo não conhecimento do recurso especial, por considerar configurada litigância de má-fé do impetrante, pelos seguintes argumentos:

A pretensão veiculada através da presente ação mandamental, distribuída ao juízo da Vara da Seção Judiciária de Alagoas, qual seja, o reconhecimento do direito ao não recolhimento do IPI nas aquisições de bebidas, foi igualmente objeto de outros *dois mandados de segurança, um proposto perante o delegado da Receita Federal em João Pessoa-PB (2001.82.00.003037-7-AMS n. 80.587-PB); outro ajuizado contra o delegado da Receita Federal em Recife - PE (2002.83.00016830-8 - AMS n. 89.751-PE), writs já julgados e em fase de recurso especial (cf. demonstra o relatório de andamento processual extraído do sítio do TRF - 5ª Região - doc. 01).*

Tendo as *três ações idênticos objeto, partes e causa de pedir*, flagrante a *litispendência* que obsta o manejo das ações que sucederam à primeira, nas quais buscava o Sindicato obter ordem judicial que favorecesse a *todos os sindicalizados dos Estados abrangidos pelo mesmo*.

O que é observado é a mais flagrante repetição da mesmíssima pretensão já anteriormente deduzida.

A identidade de pedidos é facilmente identificada na leitura das decisões proferidas nos três mandados de segurança em sede de *apelação: todos se referem única e exclusivamente à autorização de compensação*, além, obviamente, do reconhecimento do *mesmíssimo* crédito de IPI.

A litispendência é inarredável, reconhecimento que se opõe com o intuito de viabilizar o prosseguimento de *três ações* que buscam exatamente idêntico benefício, pretensão ilegítima que encontra óbice no Código de Processo Civil pátrio.

(...)

Basta, pois, para a configuração entre ações eventualmente propostas almejando a repetição e a compensação (o que sequer é o caso), que o *crédito* cuja utilização se objetiva seja objeto das duas ações, ou seja, se o crédito que se pede na ação de repetição estiver *contido* na de compensação (como é obrigatório reconhecer no presente caso, já que o que se busca é o mesmo crédito-prêmio de IPI, *em iguais e milionários valores*, relativa ao mesmo período),

afigura-se certamente a ocorrência de *litispêndência*, obstando o prosseguimento da segunda ação.

Torna-se clara, destarte, a intenção maliciosa da recorrente em, através das novas ações, multiplicar a possibilidade do alcance da tutela judicial perseguida, **abusando do sagrado direito constitucional de acesso ao judiciário**, *aviltando o nobre empenho dos ilustres magistrados de primeira e segunda instância que, diuturnamente, esfalfam-se a enfrentar inúmeras demandas, de fato sobrecarregados pela vã e vil tentativa de manejo tríplice de ações idênticas*, fato que demanda a condenação da empresa como litigante de má-fé.

Meritoriamente, o recorrido pugna pela manutenção do acórdão especialmente recorrido.

O recurso recebeu crivo negativo de admissibilidade na origem, tendo sido provido o agravo de instrumento dirigido a esta Corte.

Em 15.05.2009, o presente recurso especial foi submetido ao regime do recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, do CPC), tendo sido afetado à Primeira Seção deste Sodalício (artigo 2º, § 1º, da Resolução n. 8, de 07.08.2008, do STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial pela alínea **a**. Preliminar ventilada nas contrarrazões. Necessidade de prequestionamento.

Violação ao art. 166, do CTN. Distribuidoras de bebidas. Contribuintes de fato. Legitimidade para pleitear em juízo a incidência do IPI e sua repetição. Precedentes do STJ.

Pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Inicialmente, forçoso esclarecer que não se revela cognoscível a preliminar de litispêndência suscitada pela Fazenda Nacional, ante os óbices das Súmulas n. 282 e 356-STF, uma vez não prequestionada a aludida matéria federal.

No mesmo sentido, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados desta Corte:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Previdência privada. Abono único. Litispendência. Súmula n. 282 do STF. Reexame de normas estatutárias. Súmula 7-STJ.

*1. Questões de ordem pública, ainda que passíveis de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, exigem o requisito do prequestionamento. Precedentes.*

2. A ausência do prequestionamento, além de obstar o exame da apontada contrariedade ao art. 1º da Lei n. 6.899/1981, impede também o conhecimento do especial pela alínea c da previsão constitucional, em face da não-ocorrência de teses divergentes no que se refere à interpretação de lei.

3. A conclusão adotada pelo aresto recorrido deriva da interpretação das cláusulas do regulamento da entidade de previdência privada e de convenção coletiva de trabalho, de modo que reavaliar a natureza das verbas controvertidas e sua extensão aos inativos demandaria nova exegese de tais instrumentos, bem como o reexame das circunstâncias fáticas delineadas nas instâncias ordinárias, expediente que esbarra na vedação das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (*AgRg no Ag n. 781.322-RS*, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 11.11.2008, DJe 24.11.2008)

Embargos de declaração. Brasil Telecom S/A. Contrato de participação financeira. Ausência de procuração e substabelecimento autenticados. Inocorrência de manifestação no tempo oportuno. Preclusão. Prequestionamento de matéria de ordem pública. Necessidade. Caráter infringente. Impossibilidade.

1. No que tange à preliminar de nulidade por ausência de pressuposto processual, cumpre assinalar que eventual vício existente na correta demonstração da capacidade postulatória deve ser articulado e provado no devido tempo, isto é, nas instâncias ordinárias, na primeira oportunidade que a parte teve acesso aos autos (art. 245 do Código de Processo Civil). Não tendo adotado esta providência, não é adequado fazê-lo depois de conferida à causa um resultado desfavorável à parte.

*2. A teor da jurisprudência prevalente nesta Corte, mesmo as matérias de ordem pública não prescindem de prequestionamento.*

3. Não ocorrentes as hipóteses insertas no art. 535 do CPC, tampouco equívoco manifesto no julgado recorrido, não merecem acolhida os embargos que se apresentam com nítido caráter infringente, onde se objetiva rediscutir a causa.

4. Embargos de declaração rejeitados. (*EDcl nos EDcl no REsp n. 1.030.267-RS*, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 20.10.2008)

Administrativo e Processual Civil. Cruzados bloqueados. Legitimidade do Bacen. Matéria não argüida no recurso especial. Pretensa inovação de tese.

Questão de ordem pública. Ausência de prequestionamento. Reconhecimento *ex officio*. Impossibilidade.

1. Inviável a manifestação da Segunda Turma acerca de ilegitimidade para responder pelos efeitos do Plano Collor I sob os ativos financeiros, se tal argumento foi trazido, tão-somente, nas razões do agravo regimental ora analisado, o que configura inadmissível inovação da tese.

2. *As chamadas questões de ordem pública, apreciáveis de ofício nas instâncias ordinárias, devem ser prequestionadas, isto é, examinadas no acórdão, para viabilizar o recurso especial.*

3. O STJ, ao examinar recurso especial, não atua como instância ordinária que realiza ampla cognição; não lhe cabe rever fatos, como a alegação do embargante sobre a menção na contestação da questão de ilegitimidade, e reexaminar questões de ordem pública relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgrG no REsp n. 1.019.374-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19.06.2008, DJe 05.08.2008)

Agravo regimental. Administrativo. 3,17%. Fiscais previdenciários. MP n. 1.915/1999. Termo final. Não-ocorrência. Ausência. Reestruturação. Carreira. Litispendência. Inovação. Falta de prequestionamento.

1. Conforme precedentes desta Corte, a reestruturação da carreira da fiscalização previdenciária, pela MP n. 1.915-1/1999, não importou a incorporação do reajuste de 3,17% aos vencimentos dos referidos servidores.

2. Não cabe apreciar a alegação de litispendência pois, além de constituir inovação trazida no regimental, não está devidamente prequestionada.

3. Segundo entendimento predominante, *o prequestionamento é requisito indispensável do recurso especial, mesmo quando cuide de matérias de ordem pública, as quais seriam apreciáveis de ofício pelas instâncias ordinárias.*

4. Agravo regimental improvido. (AgrG no REsp n. 976.162-RS, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Sexta Turma, julgado em 20.05.2008, DJe 09.06.2008)

Ademais, *o necessário reexame do contexto fático-probatório dos autos encontra-se obstado pela Súmula n. 7-STJ.*

Subjaz, portanto, a análise da insurgência especial, fundada na alegada violação do artigo 166, do CTN, ao argumento de que as distribuidoras, contribuintes de fato do IPI incidente sobre a fabricação de bebidas, estão legitimadas a requererem a restituição do tributo indevidamente recolhido,

por suportarem o ônus do encargo financeiro da exação. De acordo como o substituto processual, “a cadeia da não-cumulatividade do tributo é encerrada no distribuidor (recorrente), que não terá como repassar o encargo financeiro do IPI que suportou, uma vez que não terá como se compensar na operação subsequente, pois não é contribuinte de direito de tal tributo”.

Uma vez ultrapassado o requisito do prequestionamento, merece conhecimento o recurso especial que se cinge a *legitimidade ativa* ad causam do “contribuinte de fato” (in casu, *distribuidoras/revendedoras de bebidas*) para pleitear a repetição de indébito decorrente do IPI (“tributo indireto”), recolhido pelo “contribuinte de direito” (as *fabricantes de bebidas*), incidente sobre os descontos incondicionais, à luz do disposto no artigo 166, do CTN.

Deveras, o Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que:

*Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:*

*I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*

*II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;*

*III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.*

*Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.*

Conseqüentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

Ocorre que, em se tratando dos denominados “tributos indiretos” (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça àquele que comprove haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.



Na clássica obra “Teoria Geral do Direito Tributário”, *Alfredo Augusto Becker*, ao discorrer sobre a *terminologia e conceitos de incidência econômica, incidência jurídica, repercussão econômica, repercussão jurídica, contribuinte de jure e contribuinte “de fato”*, pontificou que:

Na construção das regras jurídicas, o legislador trabalha sobre a matéria-prima (fatos, conceitos, diretrizes, conclusões, etc.) oferecida pelas ciências pré-jurídicas. Se a regra jurídica a construir é de natureza tributária, a principal matéria-prima utilizada pelo legislador é oferecida pela Ciência das Finanças Públicas e pela política fiscal e consiste principalmente nas diretrizes da repercussão econômica do tributo, contra a qual, ou a favor da qual, o legislador constrói a regra jurídica tributária.

O estudo do fenômeno econômico da repercussão dos tributos é da competência dos especialistas da Ciência das Finanças Públicas e da política fiscal, os quais servem-se, na investigação e análise deste fenômeno, de conceitos econômicos e de terminologia econômica. O jurista, para construir e interpretar a regra jurídica tributária, freqüentemente necessita conhecer os conceitos e conclusões fundamentais do fenômeno econômico da repercussão do tributo. Neste momento, o jurista assume o grave risco de contaminar sua atitude mental jurídica, pois estudará a repercussão, necessariamente, em livro de Ciência das Finanças Públicas e de política, cujos autores, na exposição da matéria, servem-se de conceitos econômicos e terminologia econômica.

Ora, os conceitos econômicos e terminologia econômica são válidos exclusivamente no plano econômico da Ciência das Finanças Públicas e da política fiscal. Por outro lado, a terminologia jurídica e conceitos jurídicos são válidos exclusivamente no plano jurídico do direito positivo. Este rigoroso cuidado na terminologia não é uma exigência fundamental - como aguda e exaustivamente demonstrou Norberto Bobbio - para se construir qualquer ciência.

O jurista que incorrer na imprudência de desprezar esta constante atenção quanto à pureza científica da terminologia, fatalmente contaminará sua atitude mental jurídica, sem dar-se conta desta hibridez, a tal ponto que suas próprias conclusões e pareceres não serão válidos nem na Ciência das Finanças e nem no Direito Tributário.

... existem locuções cujo abuso, quer pelos financistas, quer pelos juristas, foi tão generalizado que oferecem riscos de contaminação da atitude mental científica, seja no plano da Ciência das Finanças Públicas, seja no plano do Direito Tributário. Por esta razão, a seguir, estas locuções são indicadas com o respectivo conceito válido dentro da presente exposição científico-jurídica tributária.

*Incidência econômica do tributo* - O tributo é o objeto da prestação jurídica tributária e a consistência material deste objeto (dinheiro ou coisa ou serviço) consiste sempre num bem cujo valor econômico é relevante. A satisfação da

prestação jurídica tributária tem como resultado a perda deste bem. A pessoa que satisfaz a prestação pela entrega do objeto da mesma, sofre, no plano econômico, um ônus econômico. Este ônus econômico poderá ser repercutido, no todo ou em parte, sobre outras pessoas, segundo as condições de fato que regem o fenômeno econômico da repercussão econômica do tributo. Por sua vez, estas segundas pessoas que sofreram a repercussão total ou parcial do ônus do tributo procederão de modo a poder repercuti-lo no todo ou em parte. E assim sucessivamente. Na trajetória da repercussão econômica do tributo haverá uma pessoa que ficará impossibilitada de repercutir este ônus econômico sobre outra ou haverá muitas pessoas que estarão impossibilitadas de repercutir a totalidade do ônus tributário, em conseqüência, cada uma suportando definitivamente uma parcela do ônus econômico tributário. Esta parcela do ônus econômico tributário (ou a sua totalidade) que é suportada definitivamente por uma pessoa é a incidência econômica do tributo.

*Incidência jurídica do tributo* - No momento lógico-jurídico posterior à realização da hipótese de incidência, a regra jurídica tributária incide sobre esta hipótese de incidência realizada e, em conseqüência desta incidência, irradia-se a relação jurídica tributária. Dentro do conteúdo jurídico desta relação jurídica tributária existe o dever de efetuar uma prestação jurídica e o objeto desta prestação jurídica consiste no tributo. Em síntese: *incidência jurídica do tributo significa o nascimento do dever jurídico tributário que ocorre após a incidência da regra jurídica sobre sua hipótese de incidência realizada.*

*Contribuinte de fato* - A pessoa que suporta definitivamente o ônus econômico do tributo (total ou parcial), por não poder repercuti-lo sobre outra pessoa, é o contribuinte "de fato". Em síntese: *contribuinte "de fato" é a pessoa que sofre a incidência econômica do tributo acima conceituada.*

*Contribuinte de jure* - A relação jurídica tributária vincula o sujeito passivo (situado no seu pólo negativo) ao sujeito ativo (situado no pólo positivo). A pessoa que a regra jurídica localizar no pólo negativo da relação jurídica tributária é o contribuinte *de jure*. Noutras palavras, o contribuinte *de jure* é o sujeito passivo da relação jurídico tributária. Em síntese: *o contribuinte de jure é a pessoa que sofre a incidência jurídica do tributo acima conceituada.*

*Repercussão econômica do tributo* - O contribuinte *de jure*, ao satisfazer a prestação jurídica tributária, sofre um ônus econômico. O contribuinte *de jure* procurará transferir o ônus econômico do tributo a outras pessoas e isto ocorrerá na oportunidade em que o contribuinte *de jure* tiver relações econômicas ou jurídicas com estas outras pessoas. A repercussão do ônus econômico do tributo, do contribuinte *de jure* para uma outra pessoa, poderá ser total ou parcial, bem como poderá ser sobre uma só pessoa ou sobre diversas pessoas.

A pessoa que tiver sofrido a repercussão do ônus econômico do tributo procurará transladar este ônus econômico para outra pessoa. E assim sucessivamente. *Este fenômeno da trajetória do ônus econômico do tributo que vai*

*sendo transferido, sucessivamente, no todo ou em parte, sobre uma ou mais pessoas, denomina-se repercussão econômica do tributo.*

*Repercussão jurídica do tributo - A fim de contrariar, ou favorecer, a repercussão econômica de um determinado tributo, o legislador, ao criar a incidência jurídica do tributo, simultaneamente, cria regra jurídica que outorga ao contribuinte de jure o direito de repercutir o ônus econômico do tributo sobre outra determinada pessoa. Desde logo, cumpre advertir que esta repercussão jurídica do tributo, de modo algum, significa a realização da repercussão econômica do mesmo. Esta repercussão econômica pode ocorrer apenas parcialmente ou até não se realizar; embora no plano jurídico tenha se efetivado. A repercussão jurídica do tributo realiza-se por dois sistemas: ou por reembolso ou por retenção na fonte.*

*Repercussão jurídica por reembolso - A lei outorga ao contribuinte de jure o direito de receber de uma outra determinada pessoa o reembolso do montante do tributo por ele pago. Exemplo: A lei outorga ao fabricante (contribuinte de jure) o direito de, por ocasião de celebrar o contrato de compra e venda do produto, acrescentar ao direito de crédito do preço, mais o direito de crédito de reembolso do valor do imposto de consumo pago por ele, fabricante. Noutras palavras e com mais precisão científica: o legislador cria duas regras jurídicas.*

A primeira regra jurídica tem por hipótese de incidência a realização de determinados fatos que, uma vez acontecidos, desencadeiam a incidência da regra jurídica tributária e o efeito jurídico desta incidência é o nascimento da relação jurídica tributária, vinculando o contribuinte *de jure* ao sujeito ativo, impondo-lhe o dever de uma prestação jurídico-tributária.

A segunda regra jurídica tem como hipótese de incidência a realização da prestação jurídico-tributária que se tomara juridicamente devida após a incidência da primeira regra jurídica. A realização daquela prestação jurídico-tributária realiza a hipótese de incidência desta segunda regra jurídica e, em conseqüência, desencadeia sua incidência. O efeito jurídico desta incidência é o nascimento de uma segunda relação jurídica que tem: em seu pólo positivo, aquela pessoa que fora o contribuinte *de jure* no primeiro momento e, em seu pólo negativo, uma outra determinada pessoa na condição de sujeito passivo. O conteúdo jurídico desta segunda relação jurídica consiste num direito de crédito do sujeito ativo (o contribuinte *de jure*) contra o sujeito passivo, tradicionalmente denominado contribuinte de fato, mas, cientificamente, somente será contribuinte de fato, na medida em que não puder repercutir o ônus econômico do tributo sobre uma terceira pessoa.

*Repercussão jurídica por retenção na fonte - A lei outorga ao contribuinte de jure o direito de compensar o montante do tributo com o determinado débito que o contribuinte de jure tiver com uma determinada pessoa. Exemplo: a sociedade anônima, ao ser aprovado o dividendo, torna-se devedora desse dividendo para com o acionista titular de ação ao portador; entretanto, o sujeito passivo da relação jurídica tributária de imposto de renda sobre o dividendo da ação ao*

portador é a própria sociedade anônima, de modo que a lei outorga-lhe o direito de compensar com o débito do dividendo um imposto por ela pago ou devido, isto é, reter na fonte pagadora do rendimento o imposto de renda devido com referência ao mesmo.

Em última análise, a repercussão jurídica por reembolso distingue-se da repercussão jurídica por retenção na fonte apenas no seguinte: no reembolso, há o acréscimo do direito de crédito do tributo ao crédito que o contribuinte *de jure* possui com relação a uma outra pessoa em razão de um determinado negócio jurídico. Na retenção na fonte, há uma redução num débito que o contribuinte *de jure* tem perante uma determinada pessoa em virtude de um determinado negócio jurídico. (In obra citada, 4ª ed., São Paulo, 2007, Ed. Noeses, p. 563-568)

Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do “contribuinte de fato” (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo) não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de repetição de indébito.

Com efeito, o insigne tributarista *Gilberto Ulhôa Canto*, um dos membros da comissão que elaborou o projeto do Código Tributário Nacional, ao discorrer sobre o artigo 166, do CTN, *deixa claro que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do “tributo indireto” indevidamente recolhido:*

A norma do CTN consubstancia uma solução de compromisso, que se soma a outras tantas opções infelizes feitas pela Comissão Especial que lhe elaborou o anteprojeto, o que digo penitenciando-me, já que a integrei, e com acentuada tristeza, por ter contribuído para sua perpetração.

(...)

Embora os membros da Comissão Especial entendessem, de modo preponderante, que a repetição de tributo indevidamente pago deveria ser feita ao *sujeito passivo da obrigação tributária, único que a Fazenda conhece e a quem pode exigir o pagamento, e, portanto, a quem logicamente terá de repor no “statu quo ante” se dele recebeu tributo a que não tinha direito*, não desejaram eles fazer total abstração dos argumentos expostos pelos ilustres juízes integrantes do Supremo Tribunal Federal que haviam prevalecido na formulação do pensamento da Corte.

Considerou-se que a melhor maneira de assim proceder seria adotar o critério que eu havia elegido ao redigir o art. 177, do Anteprojeto de Lei Orgânica do Processo Tributário ...na sua primeira versão, com o seguinte teor:

Art. 177. *É parte legítima para pleitear a repetição, o sujeito passivo da obrigação tributária ou o infrator que tiver pago a penalidade, ainda que o efetivo encargo tiver sido transferido a outrem. Quem provar a transferência, disporá da ação regressiva contra o sujeito passivo reembolsado, ou poderá integrar a lide como assistente, e requerer ao juiz que a restituição lhe seja feita.*

Infelizmente, a orientação enunciada no texto supratranscrito não prevaleceu, nem no CTN, nem no próprio Anteprojeto de Lei Orgânica do Processo Tributário ...

Ao elaborar o art. 166, do CTN, a Comissão Especial rejeitou a primeira orientação do Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 71), que repelia em todos os casos a repetição de tributos indiretos, mas *condicionou-a à prova da inexistência de recuperação do valor do tributo pelo contribuinte de jure do contribuinte de fato*, como admitido na Segunda versão da Corte Suprema (Súmula n. 546), mitigou, entretanto, essa publicação, *prevendo a alternativa da autorização expressa do contribuinte*. (artigo intitulado “Repetição de Indébito”, in Caderno de Pesquisas Tributárias, n. 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983)

*Marcelo Fortes de Cerqueira*, ao versar sobre a repetição do indébito dos denominados “tributos indiretos”, desenvolve abalizados argumentos conducentes à constatação da *legitimidade ativa exclusiva do contribuinte de direito, verbis*:

*... urge que seja enfrentada a questão da compatibilidade da norma veiculada pelo art. 166, do CTN, com o conjunto das normas jurídicas que integram o Sistema Tributário Brasileiro. Urge perquirir se tal norma pertence ao sistema para, em caso afirmativo, precisar sua exata configuração no ordenamento, especificando seu conteúdo, sentido e alcance. Na hipótese contrária, em sendo a mencionada regra incompatível, não de ser identificadas tais incompatibilidades, analisando-se também a possibilidade de a mesma não ter sido recepcionada pela atual ordem jurídica tributária.*

*A norma jurídica somente adquire conteúdo quando inserida em determinado sistema jurídico. Norberto Bobbio é enfático ao afirmar que as normas nunca existem isoladamente, mas sempre inseridas num contexto de regras, com relações particulares entre si. Com tal entendimento, inexistem dúvidas sobre a relevância do exame sistemático das normas, em que sejam levadas em consideração as relações de coordenação e subordinação verificadas entre as mesmas, no contexto mais amplo do direito positivo.*

A problemática da repetição do indébito nos tributos em tela está fortemente imbricada com o próprio fundamento último da repetição do indébito e com toda a teoria da devolução expendida neste estudo. Assim, *concretizado no*

*plano concreto o evento do pagamento indevido, não há como impedir ou limitar àquele que realizou o fato do pagamento indevido o direito à devolução. Cobrado o tributo em desconformidade com a ordem tributária, o mesmo há de ser devolvido ao contribuinte, sem que nenhuma regra possa restringir o seu direito subjetivo, que, como demonstrado, tem sede constitucional.*

Numa feliz passagem, afirma Eduardo Domingos Botallo que: *“somente o contribuinte chamado de jure é parte da relação jurídica tributária; conseqüentemente, somente a ele é atribuível o título jurídico; somente a ele cabe o direito de repetição do tributo indevido e nenhuma condição adicional se lhe pode ser imposta para o exercício desse direito”. E: “o vínculo entre os contribuintes de jure e ‘de fato’ pelo qual o fenômeno da translação legamente reconhecida se opera, é de natureza privada”.*

No mesmo sentido Brandão Machado afirma: *“mas não há entre o terceiro e o ‘solvens’ nenhuma relação de índole tributária, por mais tênue que seja. A relação é apenas de direito privado. O elemento jurídico que nela se insere é de conteúdo econômico, não jurídico. Tributo aí é apenas o nome de uma parcela dentre outras tantas que compõem o preço, mas que não é paga pelo terceiro a título de tributo, uma vez que o terceiro nada deve a este título. Não há, portanto, como possa o ‘solvens’ enriquecer injustificadamente com o recebimento de tributo, se o terceiro somente lhe paga preço de bens ou de serviços, e não de tributo que não lhe compete pagar”.*

Assim, o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido:

*Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores.*

*A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos*

arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito.

Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente. (In "Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 390-393)

Por oportuno, mais uma vez, destaca-se a doutrina de *Alfredo Augusto Becker*, segundo o qual *o contribuinte de direito é quem detém legitimidade ativa para pleitear a restituição de tributo indevido na hipótese, entre outras, em que a repercussão econômica decorrer da natureza da exação:*

Em se tratando de restituição de tributo pago indevidamente, o problema da legitimatio ad causam do contribuinte de jure surge quando existe presunção de repercussão econômica do tributo pago indevidamente. Esta presunção habitualmente resulta de qualquer um destes três fatores:

- a) ou da natureza do tributo;
- b) ou da circunstância de o contribuinte de jure ser substituto legal tributário;
- c) ou da existência da repercussão jurídica do tributo efetuada mediante o exercício do direito de reembolso ou retenção na fonte.

(...)

... para se alcançar a solução científico-jurídica deste problema, é necessário distinguir entre:

a) O caso da repercussão econômica cuja presunção decorre da natureza do tributo ou da existência do substituto legal tributário sem direito de reembolso ou retenção;

b) O caso da repercussão econômica cuja presunção resulta da existência de repercussão jurídica, isto é, substituto com direito de reembolso ou retenção.

Como se demonstrará, no primeiro caso, o contribuinte de jure tem legitimidade. Porém, no segundo caso, ela lhe falta.

Existência de legitimatio ad causam - O contribuinte de jure tem legitimatio ad causam para obter a restituição do tributo pago indevidamente, naqueles

casos em que a repercussão econômica do tributo tem como fator presuntivo a natureza do tributo ou a existência de substituição legal tributária sem direito de reembolso ou retenção. E tal *legitimatío* existe pelos seguintes fundamentos:

*Primeiro:* A classificação dos tributos em diretos e indiretos é falsa.

*Segundo:* O tributo tradicionalmente classificado como “direto” também repercute do mesmo modo que o “indireto”.

*Terceiro:* Todos os tributos repercutem e a repercussão independe da natureza do tributo.

*Quarto:* O acréscimo do tributo ao preço não oferece qualquer prova da repercussão do mesmo.

*Quinto:* O exame da escrita comercial do produtor ou comerciante não prova a repercussão.

*Sexto:* Ressalvado o caso em que a lei outorgou o direito de reembolso ou retenção, a intenção do legislador não prova a repercussão econômica.

*Sétimo:* Existe substituto legal tributário sem direito de reembolso ou retenção. Inexistindo tal direito, as relações jurídicas e seu conteúdo jurídico de direitos e deveres, entre substituto e substituído, resultam exclusivamente dos negócios jurídicos entre os mesmos celebrados.

*Oitavo:* A Ciência das Finanças Públicas e a política fiscal reconhecem a impraticabilidade da identificação do verdadeiro contribuinte “de fato”.

*Nono:* Mesmo que seja possível provar a repercussão econômica do tributo, ainda assim, a negação da legitimidade ao contribuinte *de jure* importaria em decisão fundada num puro arbítrio. O julgador estará, segundo um critério subjetivo de lucro razoável, interferindo no lucro de negócio jurídico livremente ajustado entre as partes. Observe-se que não se pode nem falar em lucro lícito ou ilícito, pois para isto seria necessária a existência de uma lei que declarasse quando o lucro é lícito ou ilícito. No caso em exame, não existe lei que estabeleça um limite ao lucro e se existisse somente será ilícito o excesso de lucro ao limite legal e não o fato de o tributo indevido ter sido um dos elementos que contribuiu para a formação do preço do negócio jurídico. (*In “Teoria Geral do Direito Tributário”, 4ª ed., São Paulo, 2007, Ed. Noeses, p. 608-610*)

*Paulo de Barros Carvalho*, ao comentar a importância da determinação do sujeito passivo da relação tributária nas ações de repetição de indébito, bem conclui que:

... só o contribuinte tributário tem direito à repetição de indébito e, via de consequência, só a ele é atribuído legitimidade processual para tal empreendimento.

*Adverta-se que o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique*



*a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual.*

Resulta dessas considerações que é ao sujeito passivo da obrigação tributária, ou responsável, que realizou o evento jurídico do pagamento indevido, que pertence o direito subjetivo de figurar no pólo ativo do liame da devolução do indébito tributário. (...) (In "Direito Tributário - Linguagem e Método, 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, p. 583)

*In casu*, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas *distribuidoras de bebidas*, no qual se pretende o reconhecimento do alegado *direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais* (artigo 14, da Lei n. 4.502/1965, com a redação dada pela Lei n. 7.798/1989), bem como *de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título*.

Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, **a**, do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente (artigo 47, II, **b**, do CTN).

A Lei n. 7.798/1989, entretanto, alterou o artigo 14, da Lei n. 4.502/1965, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável:

(...)

II - *quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial.*

§ 1º. O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário.

§ 2º. *Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente.*

(...)

Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei n. 4.502/1965, e o artigo 47, II, **a**, do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), *o estabelecimento industrial (in casu, o fabricante de bebidas) continua sendo o*

*único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato impositivo consistente na operação de industrialização de produtos* (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da *repercussão econômica do IPI* pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.

Por elucidativa, colhe-se a ementa de julgado proferido pelo e. Ministro Castro Meira, no qual se procedeu ao deslinde de controvérsia sobre a legitimidade ativa na ação de repetição de indébito referente a ICMS:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo tributário. Ação declaratória de inexigibilidade c.c. repetição de indébito. ICMS. Tributo indireto. Consumidor. “Contribuinte de fato”. Ilegitimidade ativa. Recurso não provido.

1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

2. *A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.*

3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

4. Nos termos da Constituição e da LC n. 86/1997, o consumo não é fato gerador do ICMS.

5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS.

6. Recurso ordinário não provido. (RMS 24.532-AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)

Conseqüentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que “as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detêm legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa”.

Com essas considerações, *nego provimento ao recurso especial*.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção e aos Tribunais Regionais Federais, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do *Codex* Processual (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução n. 8/2008).

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.133.769-RN (2009/0111340-2)**

---

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Leonardo Groba Mendes e outro(s)

Recorrido: Ailson Guedes da Silva e cônjuge

Advogado: Bruno Torres Miranda e outro(s)

---

**EMENTA**

Processual Civil. Recurso especial. Representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Administrativo. Contrato de mútuo. Legitimidade. Caixa Econômica Federal. Sucessora do extinto BNH e responsável pela cláusula de comprometimento do FCVS. Contrato de mútuo. Dois ou mais imóveis, na mesma localidade, adquiridos pelo SFH com cláusula de cobertura pelo FCVS. Irretroatividade das Leis n. 8.004/1990 e 8.100/1990. Ausência de prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356-STF. Deficiência na fundamentação. Súmula n. 284-STF.

*1. A Caixa Econômica Federal, após a extinção do BNH, ostenta legitimidade para ocupar o pólo passivo das demandas referentes aos contratos de financiamento pelo SFH, porquanto sucessora dos direitos e obrigações do extinto BNH e responsável pela cláusula de comprometimento do FCVS - Fundo de Compensação de Variações Salariais, sendo certo*

que a ausência da União como litisconsorte não viola o artigo 7º, inciso III, do Decreto-Lei n. 2.291, de 21 de novembro de 1986. Precedentes do STJ: CC n. 78.182-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ de 15.12.2008; REsp n. 1.044.500-BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 22.08.2008; REsp n. 902.117-AL, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.10.2007; e REsp n. 684.970-GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 20.02.2006.

2. As regras de direito intertemporal recomendam que as obrigações sejam regidas pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham base contratual ou extracontratual.

3. *Destarte, no âmbito contratual, os vínculos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram, sendo certo que no caso sub judice o contrato foi celebrado em 27.02.1987 (fls. 13-20) e o requerimento de liquidação com 100% de desconto foi endereçado à CEF em 30.10.2000 (fl. 17).*

4. A cobertura pelo FCVS - Fundo de Compensação de Variação Salarial é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato, consistente em resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário.

5. Outrossim, mercê de o FCVS onerar o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida, desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar de valor equivalente ao próprio.

6. Deveras, se na data do contrato de mútuo ainda não vigorava norma impeditiva da liquidação do saldo devedor do financiamento da casa própria pelo FCVS, porquanto preceito instituído pelas Leis n. 8.004, de 14 de março de 1990, e 8.100, de 5 de dezembro de 1990, fazê-la incidir violaria o Princípio da Irretroatividade das Leis a sua incidência e conseqüente vedação da liquidação do referido vínculo.

7. *In casu, à época da celebração do contrato em 27.02.1987 (fls. 13-20) vigia a Lei n. 4.380/1964, que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas, tão-somente, impunha aos mutuários que, se acaso fossem proprietários de outro imóvel, seria antecipado o vencimento do valor financiado.*

8. A alteração promovida pela Lei n. 10.150, de 21 de dezembro de 2000, à Lei n. 8.100/1990 tornou evidente a possibilidade de quitação do saldo residual do segundo financiamento pelo FCVS, aos contratos firmados até 05.12.1990. Precedentes do STJ: REsp n. 824.919-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 23.09.2008; REsp n. 902.117-AL, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.10.2007; REsp n. 884.124-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.04.2007 e AgRg no Ag n. 804.091-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 24.05.2007.

9. O FCVS indicado como órgão responsável pela quitação pretendida, posto não ostentar *legitimatío ad processum*, arrasta a competência *ad causam* da pessoa jurídica gestora, responsável pela liberação que instrumentaliza a quitação.

11. É que o art. 3º da Lei n. 8.100/1990 é explícito ao enunciar:

Art. 3º O Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independentemente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS. (Redação dada pela Lei n. 10.150, de 21.12.2001)

12. A Súmula n. 327-STJ, por seu turno, torna inequívoca a *legitimatío ad causam* da Caixa Econômica Federal (CEF).

14. A União, ao sustentar a sua condição de assistente, posto contribuir para o custeio do FCVS, revela da inadequação da figura de terceira porquanto vela por “interesse econômico” e não jurídico.

15. A simples indicação do dispositivo legal tido por violado (art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das **Súmula n. 282 e 356 do STF**.

17. Ação ordinária ajuizada em face da **Caixa Econômica Federal - CEF**, objetivando a liquidação antecipada de contrato de financiamento, firmado sob a égide do Sistema Financeiro de Habitação, nos termos da Lei n. 10.150/2000, na qual os autores aduzem a aquisição de imóvel residencial em 27.02.1987 (fls. 13-20) junto à Caixa Econômica Federal, com cláusula de cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais,

*motivo pelo qual, após adimplidas todas as prestações mensais ajustadas para o resgate da dívida, fariam jus à habilitação do saldo devedor residual junto ao mencionado fundo.*

18. Recurso Especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. *Leonardo Groba Mendes*, pela recorrente, *Adriano Martins de Paiva*, pela União e *Luciano Correa Gomes*, pela Febraban (*amicus curiae*).

Brasília (DF), 25 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

---

DJe 18.12.2009

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela *Caixa Econômica Federal - CEF* (fs. 142-150), com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

Administrativo. SFH. Ilegitimidade da União. FCVS. Duplo financiamento. Cobertura. Possibilidade. Entendimento pacificado no STJ.

1. A Caixa Econômica Federal é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda que discute a quitação antecipada de contrato de mútuo por ela celebrado com os autores. Ademais, o fato de a apelante ser a administradora do FCVS a legitima para figurar nas causas em que se almeja utilização de seus recursos para quitação de mútuo habitacional. Ilegitimidade da União Federal.

2. O mutuário não perde a cobertura do FCVS no duplo financiamento quando as prestações são recolhidas pelo agente financeiro, que nada opôs quando efetuou o contrato de mútuo. Entendimento pacificado no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

3. A vedação constante do art. 3º da Lei n. 8.100/1990 não alcança contratos celebrados antes de 06 de dezembro de 1990.

4. Preliminar rejeitada. Apelação improvida. (fl. 140)

Segundo noticiam os autos, *Ailson Guedes da Silva e Maria Neide de Assis Gues* ajuizaram ação ordinária em face da *Caixa Econômica Federal – CEF*, objetivando a liquidação antecipada do seu contrato de financiamento, firmado sob a égide do Sistema Financeiro de Habitação, nos termos da Lei n. 10.150/2000, cujo pedido foi julgado procedente para: “declarar cumprido o contrato de n. 1.0035.0002.752-1, suprindo a quitação, e determinar ao Registro de Imóveis da 1ª Zona de Natal-RN que efetue a baixa na averbação da hipoteca decorrente” (fl. 79), condenando a CEF ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa (fl. 79).

Irresignada a Caixa Econômica Federal interpôs recurso de apelação, perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual resultou desprovido, por unanimidade, nos moldes delineados na ementa acima transcrita.

A CEF, em sede de Recurso Especial, sustenta que o entendimento perfilhado pelo Tribunal *a quo*, para manter a cobertura do FCVS, na hipótese de duplo financiamento, viola o disposto nos art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil; art. 9º, § 1º, da Lei n. 4.380/1964 e art. 3º, da Lei n. 8.100/1990, com a novel redação conferida pela Lei n. 10.150/2000, bem como diverge de julgado do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 34.742-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 08.11.1993.

Os Recorridos, em contra-razões às fls. 174-179, pugnam pelo desprovimento do Recurso Especial, requerendo, outrossim, a condenação da CEF por litigância de má-fé, em razão do evidente caráter procrastinatório do recurso *sub examine*.

O Recurso Especial (fls. 308-319) foi admitido no Tribunal *a quo* como “recurso representativo da controvérsia”, nos moldes previstos pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.672, de 08.05.2008” (fls. 181-182).

*In casu*, constatada a impossibilidade de conhecimento do *REsp* n. 1.063.974-RS, anteriormente afetado à 1ª Seção como recurso repetitivo, procedi à substituição pelo presente recurso e determinei o traslado das manifestações apresentadas pela *Federação Brasileira de Bancos - Febraban* (fls. 284-297); *Caixa Econômica Federal - CEF* (fls. 331-347); *Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - Abecip* (fls. 365-470) e *União* (fls. 478-497), constantes dos autos do *REsp* n. 1.063.974-RS, em atenção aos princípios da celeridade, economia processual e razoável duração do processo.

A *Federação Brasileira de Bancos - Febraban*, em manifestação apresentada às fls. 189-194, pugna pelo desprovimento do Recurso Especial, uma vez que a pretensão veiculada pela parte, ora Recorrente, não encontra respaldo na hodierna jurisprudência dessa Corte.

A *Caixa Econômica Federal - CEF*, em manifestação apresentada às fls. 195-203, pugna pelo provimento do Recurso Especial, aduzindo que “o duplo financiamento sempre foi vedado pela Legislação especial do SFH desde o seu nascedouro, o que evidencia a total ilegalidade das condutas daqueles mutuários que, a despeito da expressa vedação legal, não só adquiriram mais de um imóvel com recurso do SRF como pretendem a quitação do saldo residual do segundo financiamento (...)” fl. 203.

A *Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - Abecip*, em manifestação apresentada às fls. 204-255, subscrevendo de forma integral, todos os argumentos apresentados pela *Febraban*, na manifestação que fez juntar aos presentes autos, requer a sua integração na lide, como terceira interessada.

A *União*, em manifestação apresentada às fls. 256-275, pugna pelo desprovimento do Recurso Especial, mantendo incólume o acórdão recorrido.

O *Ministério Público Federal*, em manifestação apresentada às fls. 280-290, opina pelo desprovimento do Recurso Especial, em parecer assim ementado:

Recurso especial. Ação ordinária incidente processual de apreciação e julgamento de recursos com fundamento em idêntica questão de direito (recursos repetitivos). Questão proposta para discussão: possibilidade de quitação do saldo devedor pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS. No caso de haver duplo financiamento anterior à Lei n. 8.100/1990. Conhecimento da pretensão recursal. Delimitação, de modo estrito, do escopo da cognição quanto à matéria a ser debatida e julgada no recurso especial interposto para fins de estabilização de expectativas nos termos do art. 543-C do CPC.



*I – Descrição da pretensão recursal:* Trata-se de recurso especial interposto pelas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal (CF) contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal de Regional Federal da 5ª Região em que a Caixa Econômica Federal (recorrente) sustenta violação aos seguintes dispositivos: 6º do Código de Processo Civil, 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, § 1º do artigo 9º da Lei n. 4.380/1964 e artigo 3º da Lei n. 8.100/1990.

*II – Preliminar de conhecimento do recurso:* Propõe-se o conhecimento da pretensão recursal pela alínea **a**, do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, todavia, não se conhece do apelo pela alínea **c** do mesmo dispositivo, uma vez que a divergência entre os julgados tidos por dissidentes não foi demonstrada.

*III – Delimitação da matéria a ser julgada no recurso especial interposto:* Considerando a relevância da matéria e a delimitação dos aspectos a serem discutidos no presente recurso especial, mostra-se adequada a submissão do julgamento deste recurso especial ao procedimento instituído pela Lei n. 11.672/2008, que introduziu o incidente de processos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC.

*IV – Análise de mérito – improcedência da pretensão recursal da recorrente:* A jurisprudência desta corte superior é pacífica no sentido de que somente com o advento da Lei n. 8.100/1990 é que se impôs o limite de cobertura de apenas um imóvel. No entanto, as restrições impostas pela Lei n. 8.100/1990, alterada pela Lei n. 10.150/2000, resguardaram os contratos realizados anteriormente a 5 de dezembro de 1990.

*V – Conclusão da manifestação do Ministério Público Federal:* Parecer pelo conhecimento parcial da pretensão recursal e, no mérito, o Ministério Público Federal opina pelo improvimento do recurso especial, aplicando ao caso os efeitos do art. 543, "C", § 7º do CPC.

É o Relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): *Ab initio*, o recurso especial não reúne condições de admissibilidade no que pertine à alegada ofensa ao disposto no *art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil*. Isto porque, o Tribunal *a quo* não examinou o referido dispositivo legal, consoante se verifica do voto condutor do acórdão de apelação às *ffs. 143-151*.

Ademais, não foram opostos embargos de declaração, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com o intuito de provocar o exame acerca do dispositivo legal impugnado. Dessa forma, fica caracterizada a ausência do

necessário prequestionamento viabilizador do acesso à via excepcional (Súmulas n. 282 e 356 do STF).

Impende salientar que a exigência do prequestionamento não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao E. Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. Neste dispositivo não há previsão de apreciação originária por este E. Tribunal Superior de questões como a que ora se apresenta. A competência para a apreciação originária de pleitos no C. STJ está exaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação.

*Contudo, o Recurso Especial reúne condições de admissibilidade, quanto à aventada violação ao art. 9º, § 1º, da Lei n. 4.380/1964; e art. 3º, da Lei n. 8.100/1990, com a novel redação conferida pela Lei n. 10.150/2000, uma vez que a matéria federal resultou efetivamente prequestionada, bem como demonstrada a divergência, nos moldes exigidos pelo RISTJ.*

Consoante se colhe dos autos, trata-se de Ação ordinária ajuizada em face da Caixa Econômica Federal - CEF, objetivando a liquidação antecipada de contrato de financiamento, firmado sob a égide do Sistema Financeiro de Habitação, nos termos da Lei n. 10.150/2000, na qual os autores aduzem a aquisição de imóvel residencial em 27.02.1987 (fls. 13-20) junto à Caixa Econômica Federal, com cláusula de cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais, motivo pelo qual, após adimplidas todas as prestações mensais ajustadas para o resgate da dívida, fariam jus à habilitação do saldo devedor residual junto ao mencionado fundo.

Consoante assentado pelo Tribunal *a quo*, à luz de irrestrita cognição fático probatória, ***“in casu, os recorridos adquiriram o primeiro financiamento em 23.10.1979, relativo a imóvel situado na cidade de Natal e, em 27.02.1987, foi firmado um segundo ajuste, com a cláusula de cobertura pelo FCVS, para aquisição de outro imóvel, nesse mesmo município (cf. fl. 20).*** A instituição financeira, não obstante a vedação ao duplo financiamento constante da Lei n. 4.380/1964, nada fez para impedir o aperfeiçoamento do acerto, permitindo que os apelados pagassem as suas prestações, acreditando que se encontravam amparados pelo sistema do FCVS.”

Feitas as considerações preliminares, subjaz o mérito do Recurso Especial.

*Ab initio, a competência da Primeira Seção, para a apreciação do presente recurso, exsurge do fato de o contrato conter cláusula de cobertura pelo FCVS – Fundo de Compensação de Variação Salarial.*

O cerne da irresignação recursal cinge-se à possibilidade, ou não, de quitação do saldo devedor do financiamento do segundo imóvel adquirido pelos mutuários, nos âmbito do Sistema Financeiro de Habitação – SFH, pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS.

Em princípio, é importante destacar, *a União não é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações que têm como objeto o reajuste das prestações da casa própria, sendo uníssona a jurisprudência no sentido de se consagrar a tese de que a Caixa Econômica Federal, como sucessora do BNH, deve responder por tais demandas. A ausência da União como litisconsorte não fere, portanto, o conteúdo normativo do artigo 7º, III, do Decreto-Lei n. 2.291, de 21 de novembro de 1986.*

Nesse sentido, é vasta e remansosa a jurisprudência desta Corte:

Processual Civil. Contrato de mútuo para aquisição de casa própria pelo SFH. Caixa Econômica Federal. Sucessora do extinto BNH e entidade gestora do FCVS. Litisconsorte passiva necessária. Precedentes do STJ.

1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar os feitos relativos ao SFH em que a CEF tem interesse por haver comprometimento do FCVS. Precedentes: (CC n. 25.945-SP, Rel. Ministro *Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção*, julgado em 24.08.2000, DJ 27.11.2000; CC n. 40.755-PR, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 23.06.2004, DJ 23.08.2004).

2. A Caixa Econômica Federal, após a extinção do BNH, ostenta legitimidade para ocupar o pólo passivo nas demandas referentes aos contratos de financiamento pelo SFH porquanto sucessora dos direitos e obrigações do extinto BNH e entidade gestora do FCVS – Fundo de Comprometimento de Variações Salariais. Precedentes: REsp n. 747.905-RS, decisão monocrática deste Relator, DJ de 30 de agosto de 2006; REsp n. 707.293-CE, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 06 de março de 2006; REsp n. 271.053-PB, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 03 de outubro de 2005).

3. Conflito de competência conhecido, para declarar competente o Juízo Federal da 4ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo-SP. (CC n. 78.182-SP, Rel. Ministro **Luiz Fux, Primeira Seção**, julgado em 12.11.2008, DJ de 15.12.2008)

Processual Civil e Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. Legitimidade passiva da CEF. Leis n. 4.380/1964 e 8.100/1990. Duplo financiamento. Cobertura pelo FCVS. Quitação de saldo devedor. Possibilidade. Respeito ao princípio da irretroatividade das leis. Precedentes desta Corte.

1. Nas causas relativas a contratos do Sistema Financeiro de Habitação - SFH com cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, a Caixa Econômica Federal - CEF passou a gerir o Fundo com a extinção do Banco Nacional da Habitação - BNH.

2. A disposição contida no art. 9º da Lei n. 4.380/1964 não afasta a possibilidade de quitação de um segundo imóvel financiado pelo mutuário, situado na mesma localidade, utilizando-se os recursos do FCVS, mas apenas impõe o vencimento antecipado de um dos financiamentos.

3. Além disso, esta Corte Superior, em casos análogos, tem-se posicionado pela possibilidade da manutenção da cobertura do FCVS, mesmo para aqueles mutuários que adquiriram mais de um imóvel numa mesma localidade, quando a celebração do contrato se deu anteriormente à vigência do art. 3º da Lei n. 8.100/1990, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

4. A possibilidade de quitação, pelo FCVS, de saldos devedores remanescentes de financiamentos adquiridos anteriormente a 5 de dezembro de 1990 tornou-se ainda mais evidente com a edição da Lei n. 10.150/2000, que a declarou expressamente.

5. Precedentes desta Corte.

6. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.044.500-BA, Rel. Ministra **Eliana Calmon, Segunda Turma**, julgado em 24.06.2008, DJ de 22.08.2008)

Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. Legitimidade passiva. Duplo financiamento. Cobertura do saldo residual pelo FCVS. Inexistência de vedação legal à época da celebração dos contratos de mútuo hipotecário.

1. A Caixa Econômica Federal é parte legítima para integrar o pólo passivo das ações movidas por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, porque a ela (CEF) foram transferidos todos os direitos e obrigações do extinto Banco Nacional da Habitação - BNH. Entendimento consubstanciado na Súmula n. 327 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Somente após as alterações introduzidas pela Lei n. 10.150/2000, estabeleceu-se que, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, o descumprimento do preceito legal que veda a duplicidade financiamento dá ensejo à perda da cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS de um dos financiamentos.

3. Não se pode estender ao mutuário, que obteve duplo financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação em data anterior à edição da Lei n. 10.150/2000, penalidade pelo descumprimento das obrigações assumidas que não aquelas avençadas no contrato firmado e na legislação então em vigor. Diante disso, tem-se por inaplicável a norma superveniente, restritiva da concessão do benefício à quitação de um único contrato de financiamento pelo FCVS. Precedentes: REsp n. 614.053-RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 05.08.2004; AGREsp n. 611.325-AM, 2ª T., Min. Franciulli Netto, DJ de 06.03.2006.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp n. 902.117-AL, Rel. Ministro **Teori Albino Zavascki**, **Primeira Turma**, julgado em 04.09.2007, DJ 1º.10.2007 p. 237)

SFH. Contrato de financiamento com cláusula do FCVS. Imóvel comercial financiado como imóvel residencial. Equívoco da CEF. Inexistência de erro escusável. Ilegitimidade passiva da União.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, não é necessária a presença da *União* nas causas sobre os contratos do Sistema Financeiro de Habitação - SFH com cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, porque, com a extinção do Banco Nacional da Habitação - BNH, a competência para gerir o Fundo passou à Caixa Econômica Federal - CEF.

2. Equívoco da CEF que, por meio de seus agentes, pactuou financiamento de imóvel comercial como sendo de imóvel residencial, dando ao contrato a cobertura do FCVS.

3. Concretização da quitação pelo mutuário, com o pagamento do total das prestações avençadas, devendo a CEF assumir os prejuízos da errônea operação efetuada por seus prepostos.

4. Inexistência de erro escusável, diante do reconhecido preparo técnico dos agentes da CEF que atuam na área de financiamento.

5. Precedente da Segunda Turma no REsp n. 653.170-GO.

6. Recurso especial improvido. (REsp n. 684.970-GO, Rel. Ministra **Eliana Calmon**, **Segunda Turma**, julgado em 13.12.2005, DJ 20.02.2006, p. 292)

*Quanto à possibilidade, ou não, de quitação do saldo devedor do financiamento do segundo imóvel, adquirido pelos mutuários nos âmbito do Sistema Financeiro de Habitação - SFH, pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, tem que por força do § 3º, do art. 3º, da Lei n. 8.100/1990, com nova redação dada pela Lei n. 10.150/2000, o FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independentemente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS.*

**In casu, o contrato em exame foi celebrado em 27.02.1987 (fls. 13-20), portanto, antes da edição da legislação in foco, ou seja, sob a égide da Lei n. 4.380/1964, a qual não previa a penalização do mutuário, com a perda do direito à cobertura do FCVS, na hipótese de obter um segundo financiamento no âmbito do SFH, em iguais condições.**

De fato, a matéria *sub examine* resolve-se à luz dos princípios da eficácia da lei no tempo, onde sobressai a regra *tempus regit actum*.

As regras de direito intertemporal recomendam que as obrigações sejam regidas pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham base contratual ou extracontratual.

Nesse sentido, leciona Carlos Maximiliano *in* “Direito” (1946, Ed. Freitas Bastos, São Paulo, p. 182-183):

As obrigações, em geral, e, com abundância maior de razão, os contratos, regem-se, em todos os sentidos, pela lei sob cujo império foram constituídos; só excepcionalmente se lhes aplicam os postulados novos. Norma posterior não pode anular ou modificar alguma cláusula expressa de ato bilateral acorde com os preceitos vigentes ao tempo em que ele surgiu.

A boa doutrina tradicional radica-se no Direito Romano, que nos depara o seguinte apoftegma: “*In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*” – “Nas estipulações tem-se em vista o tempo em que as contraímos”.

As regras positivas contemporâneas do estabelecimento da relação obrigacional determinam-lhe a existência e a essência; os respectivos elementos constitutivos; a possibilidade, admissibilidade e natureza do conteúdo; portanto o objeto e o alcance da mesma.

Caio Mário da Silva Pereira (*in* Instituições de Direito Civil, V. I, p. 106), da mesma forma, ressalta a aplicação da lei vigente à época da celebração do contrato, consoante se colhe do seguinte excerto:

Os direitos de obrigação regem-se pela lei no tempo em que se constituíram, no que diz respeito à formação do vínculo, seja contratual, seja extracontratual. Assim, a lei que regula a formação dos contratos não pode alcançar os que se celebraram na forma da lei anterior. Se uma lei define a responsabilidade civil, torna obrigado aquele que comete o fato gerador, nos termos da lei que vigorava ao tempo em que ocorreu; mas, ao revés, se uma lei nova cria a responsabilidade em determinadas condições anteriormente inexistentes, não pode tornar obrigado quem praticou ato não passível de tal consequência segundo a lei do tempo. Os efeitos jurídicos dos contratos regem-se pela lei do tempo em que se celebraram.

Ressoa inequívoco que, na data do contrato, vigia a Lei n. 4.380/1964, que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas, tão-somente, impunha aos mutuários que, se acaso fossem proprietários de outro imóvel, seria antecipado o vencimento do valor financiado:

Lei n. 4.380/1964

Art. 9º. Todas as aplicações do sistema, terão por objeto, fundamentalmente a aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes, vedadas quaisquer aplicações em terrenos não construídos, salvo como parte de operação financeira destinada à construção da mesma.

§ 1º. As pessoas que já forem proprietários, promitentes compradoras ou cessionárias de imóvel residencial na mesma localidade não poderão adquirir imóveis objeto de aplicação pelo sistema financeiro da habitação.

Na data do contrato, ainda não estava em vigor a norma impeditiva da liquidação do saldo devedor do financiamento da casa própria pelo FCVS, porquanto preceito instituído pelas Leis n. 8.004/1990 e 8.100/1990:

*Lei n. 8.004/1990*

Art. 5º. O mutuário do SFH que tenha firmado contrato até 28 de fevereiro de 1986, poderá, a qualquer tempo, liquidar antecipadamente a sua dívida, mediante o pagamento de valor correspondente à metade do saldo devedor contábil da operação, atualizado *pro rata* da data do último reajuste até a data de liquidação.

§ 1º. A critério do mutuário, a liquidação antecipada pode ser efetivada, alternativamente, mediante o pagamento do montante equivalente ao valor total das mensalidades vincendas.

Art. 6º. O disposto nos artigos 2º, 3º e 5º somente se aplica aos contratos que tenham cláusula de cobertura de eventuais saldos devedores residuais pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS

*Lei n. 8.100/1990*

Art. 3º. O Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, inclusive os já firmados no âmbito do SFH.

§ 1º. No caso de mutuários que tenham contribuído para o FCVS em mais de um financiamento, desde que não sejam referentes a imóveis na mesma localidade, fica assegurada a cobertura do fundo, a qualquer tempo, somente para quitações efetuadas na forma estabelecida no caput do art. 5º da Lei n. 8.004, de 14 de março de 1990.

Não obstante, a alteração trazida pela Lei n. 10.150/2000 à Lei n. 8.100/1990 tornou evidente a possibilidade de quitação do saldo residual do segundo financiamento pelo FCVS, em se tratando de contratos firmados até 05.12.1990, *verbis*:

*Lei n. 8.100/1990*

*Art. 3º. O Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independentemente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS.*

Aliás, neste sentido é o entendimento esposado nos precedentes da 1ª e 2ª Turmas, desta Corte Superior:

Processual Civil e Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. “Contrato de gaveta”. Lei n. 10.150/2000. Legitimidade ativa do cessionário. Duplo financiamento. Cobertura pelo FCVS. Quitação de saldo devedor. Possibilidade. Respeito ao princípio da irretroatividade das leis. Honorários advocatícios. Causa sem condenação. Fixação nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Observância dos limites percentuais estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC. Desnecessidade. Precedentes desta Corte.

1. A Lei n. 8.004/1990, no seu art. 1º, previu expressamente que a transferência dos contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação somente poderia ocorrer com a anuência do agente financeiro.

2. Entretanto, com o advento da Lei n. 10.150/2000, o legislador permitiu que os “contratos de gaveta” firmados até 25.10.1996 sem a intervenção do mutuante fossem regularizados (art. 20), reconhecendo ainda o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. Por isso, o cessionário, nessas condições, tem legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.

3. A disposição contida no art. 9º da Lei n. 4.380/1964 não afasta a possibilidade de quitação de um segundo imóvel financiado pelo mutuário, situado na mesma localidade, utilizando-se os recursos do FCVS, mas apenas impõe o vencimento antecipado de um dos financiamentos.

4. Além disso, esta Corte Superior, em casos análogos, tem-se posicionado pela possibilidade da manutenção da cobertura do FCVS, mesmo para aqueles mutuários que adquiriram mais de um imóvel numa mesma localidade, quando a celebração do contrato se deu anteriormente à vigência do art. 3º da Lei n. 8.100/1990, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

5. A possibilidade de quitação, pelo FCVS, de saldos devedores remanescentes de financiamentos adquiridos anteriormente a 5 de dezembro de 1990 tornou-se ainda mais evidente com a edição da Lei n. 10.150/2000, que a declarou expressamente.

6. Nas causas em que não há condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do art. 20, § 4º do CPC, segundo a apreciação equitativa



do juiz, que não está obrigado a observar os limites percentuais de 10% e 20% postos no § 3º do art. 20 do CPC.

7. Recursos especiais não providos. (*REsp n. 824.919-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.08.2008, DJ de 23.09.2008*)

Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. Legitimidade passiva. Duplo financiamento. Cobertura do saldo residual pelo FCVS. Inexistência de vedação legal à época da celebração dos contratos de mútuo hipotecário.

1. A Caixa Econômica Federal é parte legítima para integrar o pólo passivo das ações movidas por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, porque a ela (CEF) foram transferidos todos os direitos e obrigações do extinto Banco Nacional da Habitação - BNH. Entendimento consubstanciado na Súmula n. 327 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Somente após as alterações introduzidas pela Lei n. 10.150/2000, estabeleceu-se que, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, o descumprimento do preceito legal que veda a duplicidade financiamento dá ensejo à perda da cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS de um dos financiamentos.

3. Não se pode estender ao mutuário, que obteve duplo financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação em data anterior à edição da Lei n. 10.150/2000, penalidade pelo descumprimento das obrigações assumidas que não aquelas avançadas no contrato firmado e na legislação então em vigor. Diante disso, tem-se por inaplicável a norma superveniente, restritiva da concessão do benefício à quitação de um único contrato de financiamento pelo FCVS. Precedentes: *REsp n. 614.053-RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 05.08.2004; AGREsp n. 611.325-AM, 2ª T., Min. Franciulli Netto, DJ de 06.03.2006.*

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (*REsp n. 902.117-AL, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 04.09.2007, DJ 1º.10.2007 p. 237*)

Processual Civil e Administrativo. Ação rescisória. Violação de literal disposição de lei. SFH. Contrato de financiamento. Aquisição de mais de um imóvel. Mesma localidade. Cobertura do FCVS ao segundo imóvel. Leis n. 8.004/1990 e 8.100/1990.

1. Se no julgamento o magistrado não observa regra expressa de direito que deveria regular a situação concreta que lhe foi submetida, é cabível a ação rescisória por violação de literal disposição de lei. Hipótese concreta em que não incide o enunciado da Súmula n. 343-STF.

2. As restrições veiculadas pelas Leis n. 8.004 e 8.100, ambas de 1990, à quitação pelo FCVS de imóveis financiados na mesma localidade não se aplicam aos contratos celebrados anteriormente à vigência desses diplomas legais. Precedentes.

3. A Lei n. 4.380/1964, vigente no momento da celebração dos contratos, conquanto vedasse o financiamento de mais de um imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação, não impunha como penalidade pelo descumprimento a perda da cobertura pelo FCVS.

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 884.124-RS, Rel. Ministro **Castro Meira**, **Segunda Turma**, julgado em 10.04.2007, DJ 20.04.2007 p. 341)

Agravo regimental. Admissibilidade. Contrato de mútuo para aquisição de casa própria. Sistema Financeiro da Habitação. Utilização do FCVS para quitação de mais de um saldo devedor. Irretroatividade das Leis n. 8.004/1990 e 8.100/1990. Honorários advocatícios. Critério fixado pela Corte *a quo* fundado na análise fático-probatória. Óbice da Súmula n. 7-STJ.

1. As obrigações regem-se pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham elas base contratual ou extracontratual, consoante as regras de direito intertemporal. Na sistemática dos contratos, os vínculos e seus efeitos jurídicos são regulados pela lei vigente ao tempo em que se celebraram.

2. A cobertura pelo FCVS - Fundo de Compensação de Variação Salarial é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato. O saldo devedor, por seu turno, é um resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário. Embora o FCVS onere o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida, desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar da própria dívida.

3. Deveras, se na data do contrato de mútuo ainda não estava em vigor norma impeditiva de liquidação de mais de um saldo devedor de financiamento da casa própria pelo FCVS, porquanto preceito instituído pelas Leis n. 8.004/1990 e 8.100/1990, violou o Princípio da Irretroatividade das Leis a sua incidência e a conseqüente vedação.

4. *In casu*, à época vigia a Lei n. 4.380/1964, que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas tão-somente impunha aos mutuários que, se acaso fossem proprietários de outro imóvel, seria antecipado o vencimento do valor financiado.

5. Ademais, a alteração trazida pela Lei n. 10.150/2000 à Lei n. 8.100/1990 tornou evidente a possibilidade de quitação do saldo residual do segundo financiamento pelo FCVS aos contratos firmados até 05.12.1990. Precedentes: REsp n. 747.905-RS, decisão monocrática deste Relator, DJ de 30 de agosto de 2006; REsp n. 611.687-MG, Relator Ministro *Castro Meira*, Segunda Turma, DJ de 20 de fevereiro de 2006; REsp n. 611.240-SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10 de maio de 2004.

6. Os ônus sucumbenciais foram fixados com base no proveito econômico auferido pelas partes com o julgamento final do processo.

7. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula n. 7-STJ.

8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 804.091-RS, Rel. Ministro **Luiz Fux, Primeira Turma**, julgado em 19.04.2007, DJ 24.05.2007 p. 318)

***Destarte, no âmbito contratual, os vínculos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram, sendo certo que no caso sub judice o contrato foi celebrado em 27.02.1987 (fls. 13-20) e o requerimento de liquidação com 100% de desconto foi endereçado à CEF em 30.10.2000 (fl. 17).***

A cobertura pelo FCVS - Fundo de Compensação de Variação Salarial é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato, consistente em resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário.

Outrossim, mercê de o FCVS onerar o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida, desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar de valor equivalente ao próprio.

Consectariamente, raciocínio inverso ao ora externado consubstanciaria enriquecimento em favor das instituições bancárias, além de violar o Princípio da Irretroatividade das Leis.

Em assim sendo, a solução da controvérsia travada nos presentes autos independe da existência ou não do duplo financiamento.

Ademais, o FCVS indicado como órgão responsável pela quitação pretendida, posto não ostentar *legitimatio ad processum*, arrasta a competência *ad causam* da pessoa jurídica gestora, responsável pela liberação que instrumentaliza a quitação.

É que o art. 3º da Lei n. 8.100/1990 é explícito ao enunciar:

Art. 3º O Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independentemente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS. (Redação dada pela Lei n. 10.150, de 21.12.2001)

A Súmula n. 327-STJ, por seu turno, torna inequívoca a *legitimatio ad causam* da Caixa Econômica Federal (CEF).

Ademais, a União, ao sustentar a sua condição de assistente, posto contribuir para o custeio do FCVS, revela da inadequação da figura de terceira porquanto vela por “interesse econômico” e não jurídico.

*Ex positis, nego provimento* ao Recurso Especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, para cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução n. 8/2008).

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.163.643-SP (2009/0207385-8)**

---

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Carlos Massani Takaki

Advogado: Heraldo Pereira de Lima

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

---

**EMENTA**

Administrativo. Processo Civil. Concessão irregular de vantagens a servidores públicos. Ação de responsabilidade civil, com pedido de anulação dos atos concessivos e de ressarcimento dos danos.

1. Não se pode confundir a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o artigo 17 da Lei n. 8.429/1992, com a ação de responsabilidade civil para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. Aquela tem caráter repressivo, já que se destina, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art. 12). Esta, por sua vez, tem por objeto

conseqüências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais.

2. O especialíssimo procedimento estabelecido na Lei n. 8.429/1992, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, § 7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas.

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

---

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 24 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJe 30.03.2010

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fl. 494), interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

*Improbidade Administrativa.* Defesa prévia, com base no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992. Dispensa de sua apresentação quando há indícios suficientes à instauração do processo. Ação fundada em inquérito civil que apurou os atos ímprobos.

*Nulidade de Citação.* Inocorrência. Réu procurado, tendo sido, inclusive, expedida carta rogatória. Posterior citação por edital e nomeação de curador especial.

*Concessão de Benefícios.* Prefeito Municipal que concedeu, em sua gestão, benefícios pecuniários mensais a servidores municipais, sem amparo legal. Inexistência de cerceamento de defesa. Caracterização de ato ímprobo. Sentença mantida.

Recurso do Réu improvido (fl. 448).

No recurso especial (fls. 470-476), o recorrente aponta negativa de vigência ao art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992, porque o acórdão entendeu dispensável a providência determinada nesse dispositivo, que prevê a notificação prévia, “oportunizando ao agente público, acusado da prática de ato ímprobo, oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de 15 dias” (fl. 465), o que acarreta a nulidade do processo, a partir da apontada irregularidade.

Em contra-razões (fls. 478-482), o recorrido sustenta, em suma, que não pode ser declarada a nulidade pretendida, em virtude da ausência da formalidade prevista no § 7º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, porque não houve prova de prejuízo para a defesa.

Recurso admitido na origem sob regime do art. 543-C do CPC (fl. 485).

Ouvido o Ministério Público, seu parecer foi pelo desprovimento do recurso especial (fls. 500-503).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A presente ação foi proposta como “ação de responsabilidade civil” (fls 02), com pedidos no sentido (1) de “declarar nulas as concessões de adicionais de insalubridade, gratificações, gratificações especiais, ajuda de custo e pagamento de horas extras a comissionados a diversos (sic) funcionários da municipalidade de Paranapuã” e (2) a indenização ao erário público pela devolução atualizada pelo requerido Carlos Massami Takaki das quantias percebidas pelos funcionários públicos municipais a título de benefícios ...”(fls. 09). O ato citatório foi efetivado, como requerido na inicial, segundo o regime do Código de Processo Civil (item 4 da inicial - fls. 11). Sob esse mesmo regime a demanda foi processada e julgada

procedente, nos termos do pedido (fls. 303-315). A questão da impropriedade do rito, pela inobservância do § 7º do art. 17 da Lei n. 8.242/1992, que prevê a notificação inicial do demandado, somente foi suscitada em apelação, tendo sido rejeitada pelo Tribunal recorrido sob o fundamento de que “...não se cogita de nulidade procedimental em não se realizar a aludida notificação, uma vez ter sido a presente ação fundada em inquérito civil instaurado pelo *Parquet*. Esse procedimento recolheu material probatório suficiente à instauração da demanda, tornando desnecessária uma defesa prévia” (fls. 417).

2. O acórdão deve ser confirmado, mas não pelo fundamento que adotou, manifestamente frágil. Com efeito, a instauração de inquérito civil, no âmbito do qual se produz a prova necessária para a ação de improbidade, é o procedimento padrão e normal em casos da espécie, conforme fazem certo os artigos 14, § 3º e 15 da Lei n. 8.429/1992. Nem por isso, todavia, proposta a ação, fica o juiz dispensado de promover o juízo de delibação para recebimento da inicial, precedido da notificação prévia do demandado para se manifestar a respeito, conforme exige o art. 17, §§ 7º, 8º e 9º. Aliás, mesmo que se considerasse dispensável a notificação, ainda assim seria indispensável, porque é ato processual típico da natureza desse rito especial, o juízo de delibação propriamente dito. Daí a fragilidade do fundamento adotado pelo acórdão recorrido. Entretanto, no caso concreto, a dispensa da notificação, bem como da própria decisão deliberatória sobre o recebimento da inicial, não são atos processuais obrigatórios, já que não se está em face de típica ação de improbidade administrativa. É o que se passa a demonstrar.

3. Realmente, não se pode confundir a ação de improbidade administrativa com a simples ação de ressarcimento de danos ao erário. A primeira, disciplinada no artigo 17 da Lei n. 8.429/1992, tem seu assento no art. 37, § 4º da Constituição, sendo manifesto seu caráter repressivo, já que se destina, precipuamente, a aplicar sanções de natureza pessoal, semelhantes às penais, aos responsáveis por atos de improbidade administrativa, conforme prevê o art. 12 da referida Lei. Já a ação em que se busca a anulação de atos danosos ao erário, com pedido de reparação, que pode ser promovida pelo Ministério Público com base no art. 129, III da Constituição, tem por objeto apenas sanções civis comuns, desconstitutivas e reparatórias. Essa distinção foi enfatizada no julgamento do REsp n. 827.445, perante a 1ª Turma (DJ de 08.03.2010), quando, em voto-vista, registrei que, diferentemente do que ocorre com simples demandas anulatórias de ato jurídico ou de reparação de danos, a ação de improbidade administrativa tem natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade do

seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, trata-se de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei n. 4.717/1965), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei n. 7.347/1985), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.

4. Na ação de improbidade, repita-se, o objeto principal é aplicar sanções punitivas de caráter pessoal, a saber: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A perda de bens, a suspensão de direitos e a multa são penas que têm, do ponto de vista substancial, absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5º, XLVI da Constituição. A suspensão dos direitos políticos é, por força da Constituição, consequência natural da “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (art. 15, III). Também é efeito secundário da condenação criminal a perda “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (CP, art. 91, II, **b**). A perda de “cargo, função pública ou mandato eletivo” é, igualmente, efeito secundário da condenação criminal, nos casos previstos no art. 92, I, do Código Penal: “quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública” e “quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, nos demais casos”.

5. Bem se percebe, pois, que, embora as sanções por improbidade, como decorre do art. 37, § 4º da Constituição, tenham natureza político-civil e não propriamente penal, há inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as consequências



práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas. A rigor, a única diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações: a condenação criminal, ao contrário da não-criminal, produz as conseqüências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou, indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade (CP, arts. 59; 61, I, 63; 77, I; 83, I; 110; 155, § 2º e 171, § 1º). Quanto ao mais, entretanto, não há diferença entre uma e outra. Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal.

6. Ora, foi justamente essa substancial semelhança entre as sanções penais e as da improbidade administrativa que determinou, no âmbito civil, a formatação de um procedimento típico e inovador: a introdução, nas ações de improbidade, da fase procedimental relacionada com a admissibilidade da demanda, prevista nos §§ 6º a 11 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. A preocupação do legislador, quanto ao ponto, foi adequar o processo civil à finalidade, que não lhe é peculiar, de ser instrumento para imposição de penalidades ontologicamente semelhantes às das infrações penais. À identidade material das penas veio juntar-se a identidade formal dos mecanismos de sua aplicação. Foi no Código de Processo Penal, com efeito, que o legislador civil se inspirou para formatar o novo instrumento: o procedimento da ação de improbidade é em tudo semelhante ao que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, previsto nos arts. 513 a 518 do CPP. Lá, como aqui, se exige que a petição inicial (queixa ou denúncia) venha instruída com “documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade” (“que façam presumir a existência do delito”) ou com razões fundamentadas da “impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas” (art. 17, § 6º, da Lei n. 8.429/1992; art. 513 do CPP). Lá como aqui, estando a inicial (queixa ou denúncia) “na devida forma”, o juiz ordenará a notificação do requerido (acusado) para oferecer manifestação escrita, no prazo de quinze dias, que poderá vir acompanhada de “documentos e justificações” (art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992; arts. 514 e 515, parágrafo único, do CPP). Recebida a manifestação, o juiz, “em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita” (art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992), da mesma forma como, na ação penal, “o juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação” (CPP, art. 516). Nos dois

casos, recebida a petição inicial (denúncia ou queixa) o réu (acusado) será citado para promover a sua defesa, assumindo o processo, daí em diante, o rito comum, civil ou penal (art. 17, § 9º, da Lei n. 8.429/1992; arts. 517 e 518 do CPP).

7. É evidente, portanto, que não se pode considerar como típica ação de improbidade a aqui em exame, que não contém pedido algum de aplicação ao infrator de sanções político-civis, de caráter punitivo, mas apenas pedido de anulação de atos danosos ao erário e de ressarcimento de danos. Pretensões dessa espécie são dedutíveis em juízo por ação popular, por ação civil pública regida pela Lei n. 7.347/1985, ou mesmo pelo procedimento comum ordinário, como ocorreu no caso concreto. Ressarcir danos, convém asseverar, não constitui propriamente uma punição ao infrator, mas, sim, uma medida de satisfação ao lesado, e a ação de improbidade destina-se prioritariamente a aplicar penalidades e não a recompor patrimônios. Assim, o pedido de ressarcimento de danos, na ação de improbidade típica, não passa de um pedido acessório, necessariamente cumulado com pedido de aplicação de pelo menos uma das sanções punitivas cominadas ao ilícito. O reconhecimento da obrigação de ressarcir danos, sob esse aspecto, é espécie de efeito secundário necessário da punição pelo ato de improbidade, a exemplo do que ocorre na sentença condenatória penal (CP, art. 91, II). O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, relativamente a pretensões de natureza desconstitutiva, de nulidade ou anulabilidade, que sequer constam entre as cominações do art. 37, § 4º da CF ou no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. Por isso se afirma que, em casos como o dos autos, não há razão para impor, sob pena de nulidade, o procedimento previsto art. 17 da Lei n. 8.429/1992, seja no seu § 7º, seja nos demais parágrafos.

8. Por esses fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso. Tratando-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008, determina-se a expedição de ofício comunicando o inteiro teor do acórdão, devidamente publicado: (a) aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 6º da Resolução STJ n. 8/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC; (b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II, da Resolução STJ n. 8/2008; (c) à Comissão de jurisprudência, com sugestão para edição de súmula nos seguintes termos: “O procedimento estabelecido no art. 17 da Lei n. 8.429/1992 somente é obrigatório para ações de improbidade administrativa que visem a aplicar aos responsáveis sanções político-civis de caráter pessoal”. É o voto.