



Jurisprudência da **Quarta Turma**

RECURSO ESPECIAL N. 240.343-SP (1999/0108346-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Mendes Junior Engenharia S/A

Advogado: Pedro Ivan do Prado Rezende

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Segurança e medicina do trabalho. Ministério Público estadual. Ministério Público do Trabalho. Legitimidade.

1. A proteção ao meio ambiente do trabalho insere-se nos chamados direitos difusos. Assim, tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ações coletivas visando a defesa de tais direitos.

2. A Lei Complementar n. 75/1993, no seu art. 83, III, conferiu ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho. Dessa forma, vinculou a legitimidade *ad causam* de tal órgão à competência do órgão julgador, ou seja, só atua o *parquet* especializado nas ações judiciais que tenham trâmite na Justiça do Trabalho.

3. Na hipótese de ação civil pública destinada a prevenir acidentes de trabalho promovida no ano de 1997, quando pacífico era o entendimento de que competia à Justiça Estadual o conhecimento e processamento do feito, a legitimidade ativa é do Ministério Público estadual.

4. Recurso especial não-conhecido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto desempate proferido pela Sra. Ministra Nancy Andrighi, acompanhando a divergência, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por maioria, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de

Noronha. Vencidos os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Carlos Fernando Mathias, que conheciam em parte do recurso especial e, nessa parte, davam-lhe provimento. Impedido o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 17 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator para o acórdão e Presidente

DJe 20.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Aproveito o relatório de fls. 407-408, *verbis*:

Trata-se de Ação Civil Pública com pedido de liminar de interdição de obra, objetivando o cumprimento das normas de segurança no ambiente de trabalho, por consórcio de empresas, vencedoras em licitação para o desenvolvimento de construção civil voltada a contenção de enchentes.

Indeferida a liminar face a carência dos requisitos legais à sua concessão (fl. 74).

Citadas as Rés, rejeitaram cada qual os argumentos da controvérsia (fls. 149-172; 246-262).

Prolatada a r. sentença, foi julgada extinta a ação, sem exame do mérito, com fulcro ao art. 267, VI, combinado com o art. 295, II, ambos do Código de Processo Civil, fundado na ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual para promover ação visando a tutela que denominou de interesses homogêneos, consoante alegado pelas Requeridas (fls. 351-356).

Irresignado, insurge-se o Autor, em combativo recurso, carreado de citações doutrinárias e julgados diversos, ser perfeitamente factível a sua legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública, visto que dentre suas atribuições tem como mira de atuação a defesa da sociedade de forma ampla.

Ao final requer, para que seja afastado o decreto de extinção, e o feito retorne ao seu regular trâmite.

Manifestou-se a douta Procuradoria Geral da Justiça, argüindo haver procedência os argumentos alinhados nas razões recursivas, opinando pelo provimento do recurso (fls. 389-400).

Recurso desacompanhado de contra razões, e, regularmente processado (fls. 359-382; 384; 385).

O Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo deu provimento à apelação, em acórdão assim ementado (fl. 407):

Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Cuidando-se de interesses coletivos e metaindividuais locais que se intenta tutelar via ação civil pública, há de se reconhecer a legitimidade ao Ministério Público Estadual para o seu ajuizamento.

Opostos embargos declaratórios (fls. 419-425), foram eles rejeitados às fls. 429-433.

Inconformada, Mendes Junior Engenharia S/A interpõe, pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, recurso especial alegando, em síntese, que a decisão que afastou a ilegitimidade ativa do Ministério Público violou os arts. 267, VI, 295, II, do CPC, c.c. o art. 19 da Lei n. 7.347/1985, porquanto o interesse difuso não pode ser ampliado de molde a tutelar, também, a matéria atinente à segurança do trabalho, que contém normas específicas de regência, disciplinadas nos arts. 154 a 201 da CLT, igualmente contrariados pela Corte estadual.

Aduz a recorrente que nos termos do art. 156 da CLT compete às Delegacias Regionais do Trabalho fiscalizar o cumprimento das normas concernentes à segurança e medicina do trabalho, determinar as obras e reparos necessários e impor as penalidades cabíveis, além do que o Ministério Público do Estado de São Paulo está se substituindo ao Ministério Público do Trabalho, que teria a prerrogativa da ação civil pública, de acordo com os arts. 736 e 737 da mesma legislação obreira.

Por fim, diz que restou também ofendido o art. 84, II, da Lei Complementar n. 75, que atribui ao Ministério Público do Trabalho a iniciativa dos procedimentos administrativos e o inquérito civil na defesa dos direitos sociais dos trabalhadores.

Invoca jurisprudência paradigmática.

Contra-razões às fls. 465-467, pugnando pela confirmação do *decisum* e a aplicação da Súmula n. 7 do STJ.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pela decisão presidencial de fls. 472-473.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 494-505, no sentido do provimento do recurso especial, da lavra da Dra. Gilda Pereira de Carvalho.

O processo foi sucessivamente distribuído aos Exmos. Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Fernando Gonçalves, e a este relator.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial em que se discute, essencialmente, sobre a competência do Ministério Público Estadual para ajuizar ação civil pública, com o objetivo de impelir a empresa-ré, ora recorrente, a cumprimento de normas de segurança do trabalho.

É apontada ofensa aos arts. 267, VI, 295, II, do CPC, c.c. o art. 19 da Lei n. 7.347/1985, 154 a 201, 736 e 737 da CLT, e 84, II, da Lei Complementar n. 75, além de dissídio jurisprudencial.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra da Dra. Gilda Pereira de Carvalho, traz a seguinte fundamentação (fls. 497-505):

12. *Dispõem os artigos apontados violados:*

(CPC) Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

(CPC) Art. 295. A petição inicial será indeferida:

II - quando a parte for manifestamente ilegítima.

(Lei n. 7.347/1985) Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

(CLT) Art. 156. Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição:

I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho;

II - adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias;

III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do artigo 201.

(CLT) Art. 736. O Ministério Público do Trabalho é constituído por agentes diretos ao Poder Executivo, tendo por função zelar pela exata observância

da Constituição Federal, das leis e demais atos emanados dos poderes públicos, na esfera de suas atribuições.

Parágrafo único. Para o exercício de suas funções, o Ministério Público do Trabalho reger-se-á pelo que estatui esta Consolidação e, na falta de disposição expressa, pelas normas que regem o Ministério Público Federal.

(CLT) Art. 737. O Ministério Público do Trabalho compõe-se de Procuradoria da Justiça do Trabalho e da Procuradoria da Previdência Social, aquela funcionando como órgão de coordenação entre a Justiça do Trabalho e o Ministério do Trabalho, ambos diretamente subordinados ao Ministro de Estado.

(LC n. 75) Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título 1, especialmente:

II - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores.

13. A matéria dos referidos artigos, concernente essencialmente à legitimidade do Ministério Público Estadual para propor a presente ação civil pública, foi à exaustão enfocada pelo acórdão recorrido:

No tocante à legitimidade ativa do Ministério Público Estadual de promover a ação em referência, tal positividade encontra respaldo na Lei Complementar n. 734 de 26.11.1993, em seu artigo 295, II, assegurando expressamente que cabe ao Promotor de Justiça de Acidentes de Trabalho exercer as funções judiciais e extrajudiciais do Ministério nas relações jurídicas de natureza acidentária, inclusive para a defesa dos interesses difusos ou coletivos relacionados com o meio ambiente do trabalho.

(...)

Ao Ministério Público incumbe a defesa de ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal). Os direitos sociais estão elencados no capítulo II, da Carta Magna, mais precisamente no art. 7º, XXII, que é a 'redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.'

Destarte, a vida que se visa preservar na presente ação é um direito indisponível, portanto, com o fim de comprovar que as apeladas estão sendo desidiosas no resguardo da integridade física dos seus empregados, legitima o Ministério Público a ajuizar ação civil pública na defesa daqueles direitos.

Defendemos a tese de que legitimidade tem o Ministério Público local para instaurar dito inquérito e a partir dele ajuizar aquela com o fito de se

acautelar o acidente de trabalho, sendo competente a Justiça comum do Estado para processar, julgar e executar ações do gênero, e em grau de recurso sendo competente esta colenda Corte de Justiça. (fls. 410, 411 e 413).

14. *Como tratada a matéria dos artigos legais, tidos como infringidos, satisfeito o requisito do prequestionamento. Entendimento do próprio STJ no Recurso Especial n. 130.031-SP (97/030097-8), cujo acórdão da relatoria do eminente Ministro Adhemar Maciel recebeu a ementa que se transcreve:*

Processual Civil. Recurso especial no qual se alega violação aos arts. 458 e 535 do CPC, por ter o tribunal de apelação mencionado expressamente o dispositivo legal a ser suscitado no recurso especial. Nulidade do acórdão: não-ocorrência, já que a questão federal foi apreciada e solucionada. Recurso não conhecido.

I - Não há que se falar em ofensa ao arts. 458 e 535 do CPC, se o tribunal de segundo grau apreciou e solucionou a questão federal posta na apelação, *embora não tenha feito menção expressa ao respectivo dispositivo legal, o que é desnecessário para o cumprimento do requisito de admissibilidade do prequestionamento.*

II - *O tribunal de apelação não está obrigado a fazer menção expressa aos dispositivos legais invocados pelo apelante, basta que aprecie e solucione as questões federais insertas nos artigos citados pelo recorrente, com o que estará satisfeito o requisito do prequestionamento.*

III - Recurso especial não conhecido. (grifei)

15. *No que concerne ao dissídio jurisprudencial, o mesmo restou comprovado pela cópia do acórdão no Diário da Justiça, Seção I (fls. 447). Não procede o entendimento do Tasp no sentido de que não há similitude entre o acórdão paradigma e o julgado recorrido. Dispõe expressamente o julgado trazido à colação:*

Constitucional e Processual Civil. Alegado descumprimento de normas relativas à higiene e a segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual.

(...)

O Ministério Público é uno e indivisível mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia.

Essas unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários Ministérios Públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou.

Assim, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito

civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e a segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública.

16. *Passado o exame de admissibilidade do recurso especial, passo a opinar.*

III - Da competência da Justiça do Trabalho e da legitimidade do Ministério Público

17. *Primeiramente não há que falar em violação aos artigos 156, 736 e 737 da CLT. Não é possível, frente à nossa ordem constitucional, sustentar qualquer subordinação, de qualquer membro do Ministério Público, em relação a órgão do Poder Executivo ou de qualquer outro da República. Suficientemente claro o dispositivo constitucional ao dispor que ao Ministério Público 'é assegurada autonomia funcional e administrativa' (artigo 127, § 2º) e que são princípios institucionais do parquet a indivisibilidade, a unidade e a independência funcional (art. 127, § 1º). Como não poderia ser diferente, o entendimento doutrinário é no mesmo sentido:*

O Ministério Público é a instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como quer a Constituição. A independência que a Carta Magna lhe concedeu leva a considerar superada a expressão que qualificou seus membros como 'agentes diretos' do Poder Executivo (CLT, art. 736); o mesmo acontece com a subordinação ao Ministro de Estado (CLT, art. 737), posto que a Constituição lhe concede autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 2º), além da unidade e indivisibilidade. Instituição una e indivisível evidencia que seus membros fazem parte de uma só corporação e que podem ser substituídos um por outro em suas funções, sem alteração subjetiva nos processos. (Valentin Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 22ª edição, Ed. Saraiva, p. 544, 1997).

18. *Por demais claro o posicionamento do STF também no mesmo sentido:*

É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, especial posição na estrutura do Poder estatal. A independência institucional constitui uma das mais expressivas prerrogativas político-jurídicas do *parquet*, na medida em que lhe assegura o desempenho, em toda a sua plenitude e extensão, das atribuições a ele conferidas.

O Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. A atuação independente impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delinea-se como fator de certeza quanto a efetiva submissão dos Poderes à lei e à ordem. (Adimc n. 789, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, votação unânime, DJ 26.02.1993, p. 02.356).

19. *Sem consistência e anacrônico, portanto, o entendimento de que há qualquer subordinação ou dependência do MP em relação ao Poder Executivo.*

20. *Assiste razão à reclamante no que concerne à alegação de violação aos artigos 267, VI, 295, II do CPC e 84 da LC n. 75/1993. Como já referido, a questão posta à apreciação desta colenda Corte é a que se refere à legitimidade do Ministério Público Estadual para proposição de ação civil acidentária visando obter cumprimento de normas relativas à higiene e segurança do trabalho, bem como preservação do meio ambiente do laboral.*

21. *Primeiramente cumpre o estudo da natureza do direito em questão. Quando da apelação, o MP-SP argumenta que 'o primeiro reflexo dos danos ao ambiente laboral é o risco potencial ou concreto de ofensa ao trabalho, principal elemento produtor das condições de existência da humanidade, uma vez que é através dele que a humanidade interfere e se relaciona com a natureza e com as condições biofisiológicas, sendo reconhecido pela República Federativa do Brasil como primado base de sua ordem social (artigo 193 da Constituição). Continua lembrando que 'o segundo reflexo surge no custo social direto dos acidentes de trabalho. Não custa lembrar que o seguro de acidentes do trabalho, por estar integrado à previdência social, é custeado e mantido por toda a sociedade, como expressam os artigos 197, 195 e 201 da Constituição Federal, e o artigo 10 da Lei n. 8.212/1991.' Conclui quanto a este ponto da exposição que 'a brutal e cotidiana ocorrência desses fatos, traduzida em números oficiais alarmantes de mortes por acidente do trabalho, afeta diretamente a vida de cada brasileiro, pois de um lado lhe subtrai sorrateiramente a força de trabalho, sua principal condição de existência, e de outro lhe obriga a pagar mais e mais impostos e contribuições sociais, para custear a previdência social, cujos recursos, mesmo assim, não conseguem suprir adequadamente a demanda para um amparo digno de seus segurados. Portanto, conclui-se que a saúde do trabalhador é questão de saúde pública e a proteção do meio ambiente do trabalho torna-se imperativa, para a defesa da própria sociedade.' (fls. 362-363).*

22. *Doutrinariamente, estudiosos do Direito do Trabalho concordam com o ponto-de-vista defendido pelo parquet:*

Havendo o infortúnio, o reflexo do acidente interessa não apenas ao lesionado mas, como se percebe, a toda coletividade. (José Dias Campos e Adelina Bitelli Dias Campos, in Acidentes do Trabalho - Prevenção e Reparação, Editora LTr).

A segurança e higiene do trabalho são fatores vitais na prevenção de acidentes e da defesa da saúde do empregado, evitando o sofrimento humano e o desperdício econômico lesivo às empresas e ao próprio país. (grifo nosso). (Valentin Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 22ª ed. Ed. Saraiva, p. 158, 1997).

23. *Proferindo voto nos autos dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 68.613-SP, o eminente Sálvio de Figueiredo Teixeira assim se manifestou:*

o Código de Processo Civil, no seu artigo 82, III, dispõe que o Ministério Público deve funcionar nos feitos em que há interesse público, evidenciado pela natureza da controvérsia ou pela qualidade da parte.

Assim disciplinando a lei, tenho que a essência da ação acidentária recomenda a conveniência de enquadrá-la como demanda de interesse público, sobretudo pelo preponderante interesse social que desperta, em razão de produzir resultados perante uma grande massa da população brasileira, quase sempre hipossuficiente economicamente.

24. No que diz respeito ao Direito Positivo, claro está que a questão da proteção ao meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador insere-se entre os chamados interesses difusos. Dispõe a Constituição Federal:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

25. A Lei n. 8.080/1990 assevera:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

c) de saúde do trabalhador;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

*§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e **proteção** da saúde dos trabalhadores, assim*

como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

*III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da **normatização, fiscalização e controle** das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador.*

26. À vista do que acima foi exposto, evidente o interesse da sociedade como um todo na prevenção e proteção à saúde do trabalhador e ao meio ambiente laboral.

27. Caracterizado o interesse como difuso, coletivo, evidente a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses em questão. Tendo o MP, por atribuição constitucional, legitimidade para agir na defesa de quaisquer interesses difusos, tem o dever funcional de atuar na tutela jurisdicional do meio ambiente do trabalho.

28. A questão essencial reside na competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a controvérsia trazida aos autos, tendo reflexos quanto ao Ministério Público que ali atuaria, se o MPT ou o MP-SP.

29. Primeiramente, importante objetivar a natureza da ação em questão. Não se trata de ação acidentária dirigida contra o Instituto de Previdência Social, vislumbrando um acidente específico e nem tampouco se pleiteou este ou aquele benefício previdenciário. Neste caso, não há discussão quanto à competência da Justiça Estadual e remansosa é a jurisprudência neste sentido. No caso dos autos buscou-se o resguardo de interesses plurindividuais, providências objetivando-se o respeito à legislação pertinente a meio ambiente de trabalho. Neste caso específico a jurisprudência do STJ e STF, tem se manifestado no sentido de ser da competência da Justiça do Trabalho, e não da Justiça estadual:

Competência. Ação civil pública. Condições de trabalho.

Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho.

Voto

(...)

Fosse esta ação de acidente do trabalho, como definida na lei própria, estaria dirigida não contra os empregadores, mas contra o Instituto de Previdência Social.

(...)

Ao contrário, ante a interesses plurindividuais, buscaram-se providências objetivando o respeito à legislação do trabalho. Ora, a competência, na espécie, é definida no artigo 114 da Constituição Federal, valendo notar

estar em jogo o meio ambiente do trabalho, direitos coletivos indisponíveis e, portanto, direito substancial dos próprios empregados, tudo a pressupor relação jurídica empregatícia, ou seja, liame regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Aliás, a Lei Orgânica do Ministério Público reserva ao Ministério Público do Trabalho a legitimação para a propositura da ação civil pública, sendo que a atuação do Órgão não pode ocorrer na Justiça Comum.

Atente-se para o artigo 83, inciso III, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

(...)

III - Promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa dos interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

(...)

O preceito decorre da circunstância não só de ter-se matéria situada no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, como também da circunstância de a previsão constitucional alusiva às funções institucionais do Ministério Público não distinguirem a esfera de atuação, se federal, estadual e federal específico, que é o do trabalho. (RE n. 206.220-1-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.09.1999)

Constitucional e Processual Civil. Alegado descumprimento de normas relativas a higiene e a segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual.

O Ministério Público é uno e indivisível mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia.

Essa unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários ministérios públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou.

Assim, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e à segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública. (ROMS n. 5.563-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 16.10.1995, p. 34.609).

30. Quanto ao dissídio é ele procedente, conforme se pode concluir pela simples leitura dos trechos abaixo transcrito:

Constitucional e Processual Civil. Alegado descumprimento de normas relativas a higiene e a segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual.

O Ministério Público é uno e indivisível mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia.

Essa unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários ministérios públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou.

Assim, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e à segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública.

(...)

IV - Quanto à matéria de fundo, incensurável o acórdão ao demonstrar que o objeto da tutela situava-se na área de atuação do Ministério Público do Trabalho, uma vez que competente era a Justiça do Trabalho para dirimir a questão, por envolver normas relacionadas ao ambiente de trabalho. Ressaltou o aresto não se tratar de mera questão acidentária, quando, então, por se competente a Justiça Estadual para apreciá-la, seria lícita a intervenção do Ministério Público Estadual. (cópia do acórdão às fls. 447).

30. Por estas razões, opina pelo provimento do recurso especial.

Adoto, por inteiro, a judiciosa argumentação da ilustre representante do *parquet* federal.

De efeito, o Ministério Público está disciplinado separadamente no art. 128 da Carta da República, pelo que as suas funções (art. 129), há de se entender, como comuns a todos quanto à sua extensão, porém o seu exercício é individual, no que tange a cada área de atuação. Aliás, não fosse assim, nem haveria sentido no elenco constante do itens I, letras **a** a **d**, e II, do referenciado dispositivo.

Nesse compasso, a CLT atribuiu ao Ministério Público do Trabalho, em seus arts. 736 e 737, a esfera de atuação para o exercício das funções descritas no art. 129 da Constituição, assim como também o art. 84 da Lei Complementar n. 75.

Daí que a propositura da presente ação pelo Ministério Público do Estado de São Paulo se faz indevida, é ele parte ilegítima *ad causam*, de sorte que restaram violados o art. 267, VI, do CPC, c.c. as normas legais acima mencionadas.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, da Lei Adjetiva Civil. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais despendidas pela parte-ré, e a honorários advocatícios, que fixo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de recurso especial interposto por Mendes Júnior Engenharia S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público daquele Estado para a propositura de ação civil pública em matéria relacionada à segurança do trabalho e prevenção de acidentes.

O acórdão recorrido contém a seguinte ementa:

Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Cuidando-se de interesses coletivos e metaindividuais locais que se intenta tutelar via ação civil pública, há de se reconhecer a legitimidade ao Ministério Público Estadual para o seu ajuizamento. (fl. 407)

Os embargos de declaração não foram acolhidos (fls. 427-433).

Sustenta o recorrente que o Tribunal local violou os arts. 267, VI, e 295, II, do CPC; 19, da Lei n. 7.347/1985; 156, 736 e 737, da CLT; e 84, II, da Lei Complementar n. 75/1993, na medida em que o Ministério Público Estadual não detém a necessária legitimidade ativa *ad causam*, em virtude de a matéria em debate estar inserida na esfera de atuação do Ministério Público do Trabalho.

O parecer do Ministério Público Federal concluiu pelo provimento do recurso especial (fls. 494-505).

No julgamento ocorrido em 19 de junho de 2008, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Júnior votou conhecendo em parte do recurso e dando-lhe provimento para “extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, da Lei Adjetiva Civil”, acompanhado pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

2. Mister anotar, inicialmente, a existência de certa confusão instalada nos autos, em relação ao motivo ensejador do decreto de extinção do feito. De fato, embora a fundamentação da sentença seja no sentido de que carece o Ministério Público Estadual de legitimidade para a propositura da ação civil pública ora

em análise, acaba por concluir que é o próprio juízo (2ª Vara de Acidentes do Trabalho da Capital de São Paulo) que não reúne competência para a matéria.

Com efeito, parece claro que *legitimidade à causa* e *competência* são institutos processuais com naturezas bem distintas. A legitimação à causa é condição da ação e pressupõe a “pertinência subjetiva”. A competência, como se sabe, é requisito de validade da relação processual, pressuposto subjetivo referente ao juiz.

No caso em apreço, convém sublinhar, a matéria trazida com o recurso diz respeito à legitimação do Ministério Público Estadual para propositura da demanda que objetiva compelir à ré, Construtora Mendes Júnior, a eliminar os danos apontados na inicial, no tocante ao seu ambiente de trabalho, no canteiro de obras de construção civil situado à Avenida Água Espraiada, na cidade de São Paulo (fl. 351).

Neste ponto, os dispositivos apontados como violados pelo recorrente não estão adequados, pois o que está em jogo é o direito de ação e legitimação do Ministério Público Estadual para a causa.

Não se analisa, portanto, no recurso especial, a competência do juízo, mas sim a titularidade extraordinária para a propositura da ação civil pública.

Sobre o tema da legitimação à causa, em especial à de forma extraordinária, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária *relação entre o sujeito e a causa* e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa.

[...]

Substituto processual é a *pessoa que recebe da lei legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio, como parte principal*, não figurando na relação jurídico-material controvertida. Atuar como parte é fazê-lo *em nome próprio*, ou seja, não como representante. O representante não é parte no processo, mas o substituto processual o é (supra, n. 439-440). A locução *substituição processual*, muito usual em doutrina, não indica a *sucessão de partes* nem traz em si qualquer idéia de um movimento consistente em *pessoa que sai e pessoa que entra* na relação processual (supra, n. 531): substituto processual é o *legitimado extraordinário*.

Diz-se *extraordinária* essa legitimidade, em oposição à legitimidade *ordinária*, porque ela é outorgada em caráter excepcional e não comporta ampliações. Compete ao legislador e não ao juiz a determinação dos casos em que se concede essa legitimidade (CPC, art. 6º) e ele o faz sempre em virtude de *alguma espécie de relação* entre o sujeito e o conflito. Sempre, o substituto processual é o destinatário de algum benefício indireto associado à iniciativa que tomar - porque, sem esse benefício e portanto sem poder esperar qualquer *utilidade* do provimento que pede, não haveria porque instituir sua legitimidade *ad causam*. É expressivo, a esse propósito, o emprego do vocábulo *interessado* pelo Código Civil e pelo de processo civil, com a intenção de outorgar legitimidade a certos sujeitos que não são titulares da própria relação jurídica controvertida (CC, arts. 168, 177 *etc.*; CPC, arts. 487, inc. II, 988, inc. IX *etc.*). (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, II, 4º ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 306 e 310-311)

3. Inegável, *data venia*, a legitimação do Ministério Público Estadual para a ação civil em exame.

Aponta na petição inicial uma série de irregularidades atinentes ao ambiente de trabalho no canteiro das obras:

I.4.a *Situações de grave e iminente risco:*

NR n. 18.23.3 O cinto de segurança tipo pára-quedista deve ser utilizado em atividades a mais de 2,00 m (dois metros) de altura do piso, nas quais haja risco de queda do trabalhador.

I.4.b *Situações Irregulares:*

NR n. 18.4.2.4 A instalação sanitária deve ser constituída de lavatório, vaso sanitário e mictório, na proporção de 1 (um) conjunto para cada grupo de 20 (vinte) trabalhadores ou fração, bem como de chuveiro, na proporção de 1 (uma) unidade para cada grupo de 10 (dez) trabalhadores ou fração.

NR n. 6.3 Atendidas as peculiaridades de cada atividade profissional, e respeitando-se o disposto no item 6.2, o empregador deve fornecer aos trabalhadores os seguintes EPI:

IV - Proteção contra quedas com diferenças de nível:

a) Cinto de segurança para trabalho em altura superior a 2 (dois) metros em que haja risco de queda;

b) Cadeira suspensa para trabalho em alturas em que haja necessidade de deslocamento vertical, quando a natureza do trabalho assim o indicar;

c) Trava-queda de segurança acoplado ao cinto de segurança ligado a um cabo de segurança independente, para os trabalhos realizados com movimentação vertical em andaimes suspensos de qualquer tipo.

NR n. 6.3 Atendidas as peculiaridades de cada atividade profissional, e respeitando-se o disposto no item 6.2, o empregador deve fornecer aos trabalhadores os seguintes EPI:

VI - Proteção respiratória, para exposições a agentes ambientais em concentração prejudiciais à saúde do trabalhador, de acordo com os limites estabelecidos na NR-15:

a) respiradores contra poeira, para trabalhos que impliquem em produção de poeiras.

NR n. 1.7 Cabe ao empregador:

a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;

b) elaborar ordens de serviço sobre segurança e medicina do trabalho, dando ciência aos empregados, com os seguintes objetivos:

I - prevenir atos inseguros no desempenho do trabalho;

II - divulgar obrigações e proibições que os empregados devam conhecer e cumprir;

III - dar conhecimento aos empregados de que serão passíveis de punição, pelo descumprimento das ordens de serviço expedidas;

IV - determinar os procedimentos que deverão ser adotados em caso de acidente do trabalho e doenças profissionais ou do trabalho;

V - adotar medidas determinadas pelo Mtb;

VI - adotar medidas para eliminar ou neutralizar insalubridade e as condições inseguras de trabalho;

c) informar aos trabalhadores:

I - os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;

II - os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa;

III - os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;

IV - os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.

d) permitir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho. (fls. 4-6)

4. Destarte, parece claro que a natureza jurídica do direito a ser tutelado, no caso, é difuso, objetivando precipuamente a prevenção de acidentes de trabalho e, por via reflexa, um ambiente de trabalho hígido, direito social do trabalhador (art. 7º, XXII e XXVIII, CF).

5. O art. 127, da Constituição Federal dispõe que o “Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Logo, legitimou-o a defender em juízo, e em nome próprio, direitos indisponíveis do trabalhador, por meio da ação civil pública.

Nesse sentido, preleciona Hugo Nigro Mazzilli:

Considerando não a natureza privada ou pública do interesse protegido pela norma jurídica, mas sim a titularidade do poder de invocar a tutela judicial do interesse (ou seja, saber a quem cabe o poder de dispor da proteção jurisdicional atribuída ao interesse), Piero Calamandrei anotou: ‘como entre os poderes de disposição está compreendido também o poder de invocar a garantia jurisdicional, a distinção entre direito privado e direito público no campo substancial se projeta no processo através da legitimação para agir: e se tem, em consequência, *ação privada* quando o poder de provocar o exercício da jurisdição está reservado de um modo exclusivo ao titular do interesse individual que a norma jurídica protege, a *ação pública* quando tal poder é confiado pelo Estado a um órgão público especial, que age, independentemente de qualquer estímulo privado, por dever de ofício.’

A rigor, sob o aspecto doutrinário, *ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público.*

Sem melhor técnica, portanto, a Lei n. 7.347/1985 usou a expressão *ação civil pública* para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais até mesmo associações privadas, afora o Ministério Público e outros órgãos públicos. Mais acertadamente, quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o CDC preferiu a denominação *ação coletiva*, da qual as associações civis, o Ministério Público e outros órgãos públicos são co-legitimados.

[...]

Para o Ministério Público, há antes dever de agir que direito. Por isso é que se afirma a obrigatoriedade e a conseqüente indisponibilidade da ação pelo Ministério Público.

Essa obrigatoriedade deve ser bem compreendida. Não se admite que o Ministério Público, identificando uma hipótese em que deva agir, recuse-se a fazê-lo: neste sentido, sua ação é dever. Com efeito, bem apontou Calamandrei que, se o Ministério Público adverte ter sido violada a lei, não se admite que, por razões de conveniência, se abstenha de acionar ou de intervir para fazer que se restabeleça a ordem legal. (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67-68 e 80-81, sem grifo no original)

6. A Lei Orgânica do Ministério Público Estadual (Lei Complementar Estadual n. 734/1993) legitimou a sua atuação em defesa dos interesses difusos ou coletivos relacionados com o meio ambiente do trabalho, especialmente no que toca a prevenção de acidentes, conforme se verifica em seu art. 295, II:

Art. 295. Aos cargos especializados de Promotor de Justiça, respeitadas as disposições especiais desta lei complementar, são atribuídas as funções judiciais e extrajudiciais de Ministério Público, nas seguintes áreas de atuação:

[...]

II – Promotor de Justiça de Acidentes do Trabalho: relações jurídicas de natureza acidentária, inclusive para defesa dos interesses difusos ou coletivos relacionados com o meio ambiente do trabalho;

E a Lei Orgânica do Ministério Público da União atribuiu ao Ministério Público do Trabalho, em seus arts. 83, III, e 84, II, a função de instaurar, tanto o inquérito civil quanto a de promover a ação civil pública, quando desrespeitados direitos sociais garantidos aos trabalhadores:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

[...]

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

[...]

Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente:

[...]

II - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores;

Enfim, verifica-se, em princípio, a concorrência de atribuições dos Ministérios Públicos Estadual e do Trabalho para instaurar inquérito civil e promover ação civil pública, objetivando assegurar a observância de um bem jurídico indisponível, qual seja, a integridade física do trabalhador.

É sempre bom ressaltar que a atuação do Ministério Público em defesa de direitos de natureza indisponível, ainda mais quando relacionados com o meio

ambiente do trabalho, seja pelo seu órgão estadual seja pelo da União, é conduta que favorece e fortalece a sociedade, ao encontro das disposições constitucionais que asseguram o “estado de direito”.

O eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quando do julgamento do REsp n. 314.944-SP, cujo acórdão restou publicado no DJ de 29.10.2001, analisou o tema em seu voto condutor:

Uma vez que existe a relação acidentária, e sendo ela de competência da Justiça Estadual, nenhuma razão de ordem legal pode justificar a exclusão de sua atividade processual apenas porque a ação é coletiva, e não individual. [...]

Não há nenhuma vantagem social em impedir ou restringir a fiscalização que se faz sobre as condições do trabalho. A manutenção da decisão desautorizará trabalho efetivo e eficaz, reconhecido pelo órgãos do Ministério do Trabalho. É evidente que existe aí uma área cinzenta, em que se entrelaçam aspectos eminentemente trabalhistas com acidentários (nem poderia ser diferente, porque o acidente ocorre em ambiente de trabalho), mas essa circunstância não pode levar a que se impeça o exercício de diversa atividade dos órgãos do Ministério Público, cada um atuando perante a Justiça respectiva, acentuando o ponto de sua competência específica, mas isso para ampliar a intervenção fiscalizadora, não para restringi-la.

Assim, reconhecendo a competência da Justiça Estadual para as causas acidentárias, entre elas a ação civil pública destinada a evitar acidentes, tenho por legítima a sua propositura pelo Ministério Público Estadual, que aí atua na defesa de interesse coletivo, eis que presentes interesses individuais homogêneos relevantes.

Nesse sentido, vale referir os precedentes desta Corte, de modo a se evitar julgamentos conflitantes:

Processual Civil. Ação Civil Pública visando afastar danos físicos a empregados da demandada. Cabimento. Legitimidade do Ministério Público Estadual para ajuizá-la.

I – É cabível ação civil pública com o objetivo de afastar danos físicos a empregados de empresa em que muitos deles já ostentam lesões decorrentes de esforços repetitivos (LER). Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os trabalhadores da ré, presentes e futuros, evitando-se a continuidade do processo da sua degeneração física.

II – O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o meio ambiente do trabalho.

III – Ofensa não configurada aos textos legais colacionados. Dissídio pretoriano superado.

IV – Recurso especial não conhecido. (REsp n. 207.336-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 11.06.2001)

Ação civil pública. Acidente no trabalho. Legitimidade do Ministério Público estadual. Meio ambiente. O Ministério Público estadual tem legitimidade para promover ação civil pública destinada a evitar acidentes no trabalho. Precedentes. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 314.944-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 29.10.2001)

7. Não bastasse a possibilidade de atuação de mais de um órgão do Ministério Público com atribuições conglobantes em torno de matéria comum, há que se ter sob mira, ainda, considerando a primazia da defesa do interesse público na proteção e no cumprimento dos direitos do trabalhador, a expectativa de atuação *conjunta* dos órgãos do Ministério Público, com a instauração de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos Estadual e do Trabalho, tendo em vista a convergência de interesses dos respectivos órgãos para o alcance do objetivo comum, ou seja, *a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis*, conforme estabelecido no artigo 127 da Constituição Federal, ao invés do afastamento de um deles - no caso, do Ministério Público Estadual - sob o fundamento da legitimidade ativa *ad causam*.

Releva notar, uma vez mais, que o tema em discussão no recuso especial é quanto à legitimidade para propositura da demanda, não acerca de competência.

Hugo Nigro Mazzilli é enfático ao defender a idéia:

A idéia do litisconsórcio entre Ministérios Públicos surgiu de forma mais específica para melhor zelo na defesa do meio ambiente, pois a degradação ecológica está atingindo condição alarmante, a justificar um especial empenho do legislador e do intérprete para armar a sociedade de forma adequada à efetiva preservação ambiental.

A atuação conjunta do Ministério Público dos Estados e o Ministério Público Federal já encontra paralelo na atual intervenção a eles cometida, senão simultânea ao menos sucessiva, em diversas hipóteses que jamais causaram maior controvérsia. Podemos lembrar os feitos em que nas instâncias ordinárias oficiou o Ministério Público local e na instância recursal passa a officiar o Ministério Público federal. Serve mesmo de paralelo a intervenção sucessiva, quando não até mesmo simultânea, de ambas as instituições, não só em causas acidentárias ou nas demais mencionadas pelos §§ 3º e 4º do art. 109 da Constituição, como também em qualquer ação cível ou criminal, que, na fase recursal, seja rotineiramente encaminhada a um dos tribunais federais.

E mais. A Lei Orgânica do Ministério Público da União, no sentido de nosso posicionamento, asseverou que 'o Ministério Público Federal será parte legítima para interpor recurso extraordinário das decisões da justiça dos Estados nas representações de inconstitucionalidade'. Assim, hoje nada impede a interposição simultânea de um recurso pelo Ministério Público Federal e pelo do Estado (até mesmo subscrevendo-se a mesma peça processual, feita em colaboração).

Mais um último texto legislativo vigente admite expressamente o litisconsórcio de Ministérios Públicos: é o § 1º do art. 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).

*A força da idéia da concorrência de atribuições entre Ministérios Públicos diversos está em permitir um sistema de freios e contrapesos, com mais eficaz colaboração entre cada uma das instituições do Ministério Público, até hoje praticamente estanques. A admissão do litisconsórcio tem sido um benefício que só tem revertido para a coletividade, até porque tal concorrência é tanto mais proveitosa quando se destina a provocar a **ação** e não a **omissão** do Ministério Público. Afigure-se o exemplo de dano ambiental entre Estados ribeirinhos, ou a consumidores de toda uma região do País: o inquérito civil pode ser conduzido em colaboração pelos Ministérios Públicos respectivos, e a ação pode ser proposta com seu concurso perante o juízo competente, na forma da legislação processual; afigure-se o exemplo da necessidade da defesa de interesses difusos num Território, para cujo zelo seja proveitosa para a coletividade a colaboração simultânea do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do Ministério Público Federal, pois que, posto integrem ambos o Ministério Público da União, existe autonomia e independência entre eles.*

A título de registro, anote-se que no episódio da ação civil pública relacionada com o leite importado da Europa, contaminado pelo acidente radioativo de Chernobyl, a sugestão do litisconsórcio foi seguida, tendo a ação pioneira sido proposta conjuntamente pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal, com julgamento de procedência em ambas as instâncias e sem qualquer óbice apresentado ao litisconsórcio ministerial. (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. 629 p. Cap. 17: Litisconsórcio e assistência, p. 235-258, sem grifo no original)

Desse modo, ousando divergir dos votos anteriores, é de se reconhecer, na espécie, a legitimidade ativa à causa do Ministério Público Estadual.

Pelo exposto, não conheço do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Nos autos do recurso especial interposto pela Mendes Júnior Engenharia S/A discute-se a legitimidade do

Ministério Público do Estado de São Paulo para propor ação civil pública que tem por objeto o cumprimento de normas atinentes à segurança e medicina do trabalho.

O Ministro Relator conheceu do recurso e deu-lhe provimento, valendo-se do parecer do Ministério Público Federal, cujo entendimento foi de que a legitimidade é do Ministério Público do Trabalho. Já o Ministro Luis Felipe Salomão, em percutiente voto, iniciou divergência no sentido de não conhecer do recurso especial, concluindo que a legitimidade cabe a ambos os órgãos ministeriais.

Ab initio, concordo com os votos precedentes quanto à questão de que a proteção ao meio ambiente do trabalho insere-se nos chamados direitos difusos, pelo que legitimado é o Ministério Público à propositura de ações coletivas visando a defesa de tais direitos. Portanto, não me alongo nessa questão, já muito bem abordada. Resta deslindar a quem compete o ajuizamento da demanda, se ao Ministério Público Estadual ou ao Ministério Público do Trabalho.

A exemplo do i. Ministro Luis Felipe Salomão, anoto que houve certa confusão nas decisões objurgadas acerca de competência e legitimidade. Mas isso decorreu do entendimento de que competia – quando a ação foi proposta – à justiça comum o julgamento de ações que tinham por base a ocorrência de acidente de trabalho; e, se à Justiça comum cabia o julgamento de ações indenizatórias de acidente laborais, certo que também era a competente para julgar feitos preventivos, tal como a ação coletiva em questão.

Desse raciocínio derivou o entendimento de que a legitimidade para propositura das ações coletivas era do Ministério Público estadual, porquanto não tinha sentido em pretender que o Ministério Público do Trabalho se deslocasse até a comarca da Justiça comum competente para conhecimento do feito a fim de exercer tal legitimação.

Em face desse entendimento e com base na legislação que regulamenta a matéria, decido por acompanhar o Ministro Luis Felipe Salomão, mas em menor extensão, pois observo que a legitimidade é conferida apenas ao Ministério Público estadual.

A Consolidação das Leis do Trabalho, no título IX, que trata das atribuições do Ministério Público do Trabalho, é omissa quanto às funções institucionais desse órgão. Todavia, a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispôs sobre a organização e as atribuições do Ministério Público da União, sanou a omissão, estabelecendo o seguinte:

Capítulo II

Do Ministério Público do Trabalho

Seção I

Da Competência, dos Órgãos e da Carreira

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas;

II - manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção;

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores;

(...)

Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente:

(...)

II - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores;

Ora, se a Lei Complementar confere ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de promover a ação civil pública *no âmbito da Justiça do Trabalho*, para promover a defesa de interesses coletivos que afetam diretamente os trabalhadores, por certo que atrelou a legitimidade *ad causam* de tal órgão à competência do órgão julgador, ou seja, só atua o *parquet* especializado nas ações judiciais que tenham trâmite na Justiça do Trabalho.

A presente ação data de 1997, quando remansoso era o entendimento de que competia à Justiça comum o conhecimento e julgamento de ações que envolviam acidente de trabalho. Por conseguinte, também era essa a Justiça competente para conhecer do feito coletivo envolvendo tal questão, mesmo que preventivamente. Assim, caberia ao Ministério Público estadual a promoção da respectiva ação.

Entre os precedentes desta Corte, além dos citados nos votos que me antecederam, há ainda o seguinte:

Competência. Ação civil pública. Cumprimento de normas de higiene e segurança do trabalho. Legitimidade do Ministério Público Estadual.

– É da Justiça Estadual a competência para processar e julgar ação civil pública destinada a prevenir acidentes do trabalho.

Legitimidade do Ministério Público Estadual para a propositura da ação. Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 493.876-SP, relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 12.08.2003).

Portanto, entendo que a legitimidade para propositura da ação é do Ministério Público estadual.

Não tendo havido ofensa a nenhum dispositivo de lei invocado pelo recorrente, não conheço do recurso especial com a venia do i. Relator.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por *Mendes Junior Engenharia S/A* de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que recebeu a seguinte ementa:

Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público Cuidando-se de interesses coletivos e metaindividuais locais que se intenta tutelar via ação civil pública, há que se reconhecer a legitimidade ao Ministério Público Estadual para o seu ajuizamento.

Cuida o feito originário de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual de São Paulo com o fito de interdição de obra, na qual objetiva o cumprimento das normas de segurança no ambiente de trabalho.

Cinge-se a discussão à competência para o ajuizamento de ação civil pública por descumprimento de normas atinentes à segurança do trabalho.

O relator, o eminente Ministro Aldir Passarinho Júnior entendeu ser competência do Ministério Público do Trabalho. Conheceu em parte do recurso especial e deu provimento, para extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

O eminente Ministro Luiz Felipe Salomão, por outro lado, manifestou entendimento de serem ambos, tanto o Ministério Público Estadual quanto o Ministério Público do Trabalho, competentes para a proposição da aludida ação.

Já o não menos eminente Ministro João Otávio de Noronha, com supedâneo na unicidade do Ministério Público e em precedentes desta Corte Superior, entende que a competência ainda está afeta à Justiça Estadual. Admite, contudo, Sua Excelência, que seja declinada a competência para a Justiça do Trabalho, para que lá o Ministério Público do Trabalho decida sobre o prosseguimento, ou não, da ação naquela especializada.

Pedi vista dos autos, para melhor apreciar a *quaestio*, à luz da divergência estabelecida.

Ab initio, verifica-se tratar de recurso especial interposto de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 20.10.1998.

O eminente Ministro Aldir assim fundamentou seu voto, no particular:

[...] 28. A questão essencial reside na competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a controvérsia trazida aos autos, tendo reflexos quanto ao Ministério Público que ali atuaria, se o MPT ou o MP-SP.

29. Primeiramente, importante objetivar a natureza da ação em questão. Não se trata de ação acidentária dirigida contra o Instituto de Previdência Social, vislumbrando um acidente específico e nem tampouco se pleiteou este ou aquele benefício previdenciário. Neste caso, não há discussão quanto à competência da Justiça Estadual e remansosa é a jurisprudência neste sentido. No caso dos autos buscou-se o resguardo de interesses plurindividuais, providências objetivando-se o respeito à legislação pertinente a meio ambiente de trabalho. Neste caso específico a jurisprudência do STJ e STF, tem se manifestado no sentido de ser da competência da Justiça do Trabalho, e não da Justiça estadual:

Competência. Ação civil pública. Condições de trabalho.

Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho.

Voto (...)

Fosse esta ação de acidente do trabalho, como definida na lei própria, estaria dirigida não contra os empregadores, mas contra o Instituto de Previdência Social. (...)

Ao contrário, ante a interesses plurindividuais, buscaram-se providências objetivando o respeito à legislação do trabalho. Ora, a competência, na espécie, é definida no artigo 114 da Constituição Federal, valendo notar estar em jogo o meio ambiente do trabalho, direitos coletivos indisponíveis e, portanto, direito substancial dos próprios empregados, tudo a pressupor relação jurídica empregatícia, ou seja, liame regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Aliás, a Lei Orgânica do Ministério Público reserva ao Ministério Público do Trabalho a legitimação para a propositura da ação civil pública, sendo que a atuação do Órgão não pode ocorrer na Justiça Comum.

Atente-se para o artigo 83, inciso III, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...)

III - Promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa dos interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; (...)

O preceito decorre da circunstância não só de ter-se matéria situada no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, como também da circunstância de a previsão constitucional alusiva às funções institucionais do Ministério Público não distinguirem a esfera de atuação, se federal, estadual e federal específico, que é o do trabalho. (RE n. 206.220-1-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.09.1999)

Constitucional e Processual Civil. Alegado descumprimento de normas relativas a higiene e a segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual.

O Ministério Público é uno e indivisível mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia.

Essa unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários ministérios públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou.

Assim, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e à segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública. (ROMS n. 5.563-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 16.10.1995, p. 34.609).

30. Quanto ao dissídio é ele procedente, conforme se pode concluir pela simples leitura dos trechos abaixo transcrito:

Constitucional e Processual Civil. Alegado descumprimento de normas relativas a higiene e a segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual.

O Ministério Público é uno e indivisível mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia.

Essa unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários ministérios públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou.

Assim, o Ministério Público estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e à segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública. (...)

IV - Quanto à matéria de fundo, incensurável o acórdão ao demonstrar que o objeto da tutela situava-se na área de atuação do Ministério Público do Trabalho, uma vez que competente era a Justiça do Trabalho para dirimir a questão, por envolver normas relacionadas ao ambiente de trabalho. Ressaltou o aresto não se tratar de mera questão acidentária, quando, então, por se competente a Justiça Estadual para apreciá-la, seria lícita a intervenção do Ministério Público Estadual. (cópia do acórdão às fls. 447).

30. Por estas razões, opina pelo provimento do recurso especial.

Adoto, por inteiro, a judiciosa argumentação da ilustre representante do *parquet* federal.

De efeito, o Ministério Público está disciplinado separadamente no art. 128 da Carta da República, pelo que as suas funções (art. 129), há de se entender, como comuns a todos quanto à sua extensão, porém o seu exercício é individual, no que tange a cada área de atuação. Aliás, não fosse assim, nem haveria sentido no elenco constante do item I, letras **a** a **d**, e II, do referenciado *dispositivo*.

Nesse compasso, a CLT atribuiu ao Ministério Público do Trabalho, em seus arts. 736 e 737, a esfera de atuação para o exercício das funções descritas no art. 129 da Constituição, assim como também o art. 84 da Lei Complementar n. 75.

Daí que a propositura da presente ação pelo Ministério Público do Estado de São Paulo se faz indevida, é ele parte ilegítima *ad causam*, de sorte que restaram violados o art. 267, VI, do CPC, c.c. as normas legais acima mencionadas.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, da Lei Adjetiva Civil. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais despendidas pela parte-ré, e a honorários advocatícios, que fixo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

De plano, dúvida não há que se trata de feito de competência da Justiça Laboral, conforme ficou assentado no Recurso Extraordinário n. 260.220-MG, da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio, que recebeu a seguinte ementa:

Competência. Ação civil pública. Condições de trabalho. Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho. (Recurso Extraordinário n. 260.220-MG, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 17.09.1999 p. 00058).

Importante sublinhar que tal matéria já foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal conforme se vê do enunciado da Súmula n. 736-STF, *verbis*:

Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

Ressalte-se que divergência semelhante à presente foi apreciada pela Segunda Seção desta Corte Superior, quando do julgamento do REsp n. 697.132-SP, da relatoria do eminente Ministro Fernando Gonçalves, tendo prevalecido o entendimento divergente, no sentido da competência da Justiça Laboral, também sendo relator para o acórdão, naquela ocasião, o Ministro Aldir Passarinho Júnior.

O mencionado feito foi assim ementado:

Processual Civil. Competência. Ação civil pública. Meio ambiente do trabalho. Competência da Justiça Obreira. Recurso não conhecido.

I. Compete à Justiça Obreira o julgamento de ação civil pública onde se discute o cumprimento, pelo empregador, de normas atinentes ao meio ambiente de trabalho. Precedente do c. STF. (RE n. 206.220-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.09.1999).

II. Recurso não conhecido. (REsp n. 697.132-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. para acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 29.03.2006 p. 129)

Acresça-se que o aludido REsp n. 697.132-SP versava sobre ação civil pública – proposta em face de Investigação Prévia do Setor de Meio Ambiente

de Trabalho e Prevenção da Promotoria de Justiça de Acidentes do Trabalho daquela Capital – sendo que o feito objeto do presente recurso está fundado em outra Investigação Prévia, do Setor de Prevenção da Promotoria de Justiça de Acidentes do Trabalho de São Paulo, sendo claramente análogas as matérias de fundo de ambos os processos.

Portanto, entendo ser competente a Justiça do Trabalho para apreciar o presente caso e, com as devidas vênias da divergência, acompanho o entendimento do eminente Ministro relator, no particular.

Verifica-se do voto proferido pelo relator o seguinte dispositivo:

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, da Lei Adjetiva Civil. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais despendidas pela parte-ré, e a honorários advocatícios, que fixo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

No que tange à extinção do feito, com todas as possíveis vênias, à posição externada pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, entendo que ele deva ser extinto, tal como proposto pelo relator.

Nesse sentido trago à colação, fundamentação proferida pelo eminente Ministro Teori Albino Zavascki, por ocasião do julgamento do REsp n. 440.002-SE, quanto à presente *quaestio*:

Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público Federal está investido de personalidade processual, e a sua condição de personalidade processual federal determina a competência da Justiça Federal. É exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em *habeas data* e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte.

Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa. Para efeito de competência, como se sabe, pouco importa que a parte seja legítima ou não. A existência ou não da legitimação deve ser apreciada e decidida pelo juiz considerado competente para tanto, o que significa que a

questão competencial é logicamente antecedente e eventualmente prejudicial à da legitimidade das partes. Para efeito de competência, o critério *ratione personae* (que é o estabelecido no art. 109, I, da CF) é considerado em face apenas dos termos em que foi estabelecida a relação processual. Em outras palavras, para efeito de determinação de competência, o que se leva em consideração é a parte processual, o que nem sempre coincide com a parte legítima. Parte processual é a que efetivamente figura na relação processual, ou seja, é aquela que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional numa determinada demanda. Já a parte legítima é aquela que, segundo a lei, deve figurar como demandante ou demandada no processo. A legitimidade *ad causam*, conseqüentemente, é aferível mediante o contraste entre os figurantes da relação processual efetivamente instaurada e os que, à luz dos preceitos normativos, nela deveriam figurar. Havendo coincidência, a parte processual será também parte legítima; não havendo, o processo terá parte, mas não terá parte legítima.

Reafirma-se, assim, que a simples circunstância de se tratar de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal. Por isso mesmo é que se enfatiza que a controvérsia posta não diz respeito, propriamente, à competência para a causa e sim à legitimidade ativa. Competente, sem dúvida, é a Justiça Federal. Cabe agora, portanto, investigar se, à luz do direito, o ajuizamento dessa ação, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos, é atribuição do Ministério Público Federal ou do Estadual. *Concluindo-se pela ilegitimidade daquele, a solução não será a da declinação de competência, mas de extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.*(grifou-se).

O mencionado julgado foi assim ementado:

Processual Civil. Ação civil pública. Tutela de direitos transindividuais. Meio ambiente. Competência. Repartição de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual. Distinção entre competência e legitimação ativa. Critérios.

1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho”. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.

3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.

6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o Ibama (Leis n. 6.938/1981, art. 18, e 7.735/1989, art. 4º).

7. Recurso especial provido. (REsp n. 440.002-SE, Ministro Teori Albino Zavascki, 18.11.2004)

No tocante à condenação em honorários, com todas as vênias ao entendimento do relator, entendo não serem eles cabíveis, uma vez que não verifica, *in casu*, má-fé do *parquet*, não cabendo, portanto, condená-lo naquelas verbas, à luz do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, conforme ilustra o seguinte julgado, *in verbis*:

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Prazo prescricional. Condenação do Ministério Público em honorários. Descabimento, salvo hipótese de atuação de má-fé.

1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, decide de modo integral a controvérsia posta.

2. Ressalvada a hipótese de ressarcimento de dano ao erário fundado em ato de improbidade, prescreve em cinco anos a ação civil pública disciplinada na Lei n. 7.347/1985, mormente quando, como no caso, deduz pretensão suscetível de ser formulada em ação popular. Aplicação, por analogia, do art. 21 da Lei n. 4.717/1965. Precedentes.

3. Em sede de ação civil pública, não cabe a condenação do Ministério Público em honorários advocatícios, salvo comprovada atuação de má-fé. Precedentes.

4. Recurso especial do réu parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, prejudicado o da Fazenda Pública. (REsp n. 764.278-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 28.05.2008)

Ante o exposto, renovando as mais subidas vênias, acompanho o eminente relator, salvo quanto à condenação em honorários de advogado, porquanto entendo serem esses incabíveis, *in casu*.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, retifico meu voto para acompanhar a conclusão do voto-vista do Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias quanto aos honorários advocatícios. Evidentemente, má-fé não houve. Apenas atribuí sucumbência, por lapso meu, esquecendo-me da peculiaridade de que era ação civil pública. Assim, retifico meu voto para excluir a verba honorária, conforme proposto pelo Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias.

VOTO-DESEMPATE

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Mendes Junior Engenharia S/A*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo extinto 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (2º TAC-SP).

Ação: O Ministério Público de São Paulo (MP-SP) ajuizou ação civil pública acidentária contra a recorrente e *Construtora OAS Ltda.*, para que fossem reparados danos no ambiente de trabalho, com situações de grave e iminente risco, além de problemas verificados no canteiro de obras de construção da Av. Águas Espraiadas, na capital paulista. Requereu fossem eliminados os danos no ambiente de trabalho, além de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) desde a verificação dos danos até sua cessação (fls. 03-22).

Sentença: Julgou a ação extinta sem exame de mérito, com fundamento nos arts. 267, VI e 295, II, ambos do CPC, por entender faltar legitimidade *ad causam* ao MP-SP (fls. 351-356).

Acórdão: Deu provimento ao apelo do MP-SP, para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos ao 1º grau de jurisdição (fls. 407-415).

Confira-se a ementa:

Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Cuidando-se de interesses coletivos e metaindividuais locais que se intenta tutelar via ação civil pública, há de se reconhecer a legitimidade ao Ministério Público Estadual para o seu ajuizamento.

Embargos declaratórios: Foram rejeitados (fls. 429-433).

Recurso especial: A recorrente aponta as seguintes violações: (1) art. 267, VI e 295, II, do CPC, além de dissídio jurisprudencial - falta de legitimidade ativa do MP-SP; (2) art. 156, *caput* e incisos, da CLT - competência apenas das Delegacias do Trabalho; (3) arts. 736 e 737 da CLT e 84, II, da LC n. 75 - legitimidade do Ministério Público do Trabalho (fls. 436-447).

A recorrente interpôs também recurso extraordinário ao STF (fls. 450-459); o 2º TAC-SP admitiu o recurso especial e negou seguimento ao recurso extraordinário (fls. 472-475).

Parecer do Ministério Público Federal: Pelo provimento do recurso, em razão da competência da Justiça do Trabalho para julgamento de ação que envolve interesses ligados ao meio ambiente do trabalho (fls. 494-505).

Voto do Relator, Min. Aldir Passarinho Junior: Conhece e dá provimento ao recurso especial, uma vez que as funções do Ministério Público possuem exercício individual no que toca a cada área de atuação. Ilegitimidade *ad causam* do MP-SP, condenado nas custas processuais e honorários advocatícios.

Voto do Min. Luis Felipe Salomão: Não conhece do recurso especial, por ser inegável a legitimação do MP-SP para a ação civil pública em exame, além de existir concorrência de atribuições dos órgãos do Ministério Público, o que garante a possibilidade de atuação conjunta na defesa do interesse público.

Voto do Min. João Otávio de Noronha: Não conhece do recurso especial, na medida em que, quando proposta a ação, competia à Justiça Estadual seu julgamento, de modo que a legitimidade ativa é apenas do MP-SP.

Voto do Min. Carlos Fernando Mathias: Conhece e dá provimento ao recurso especial, por ser a ação de competência da Justiça do Trabalho. Afirma ainda serem incabíveis os honorários na presente ação.

Diante do empate verificado, esta c. 4ª Turma convidou-me para participar de sessão de julgamento e proferir voto-desempate.

É o relatório.

Limita-se a lide a verificar a legitimidade ativa do MP-SP para ajuizar ação civil pública acidentária em benefício da preservação do meio ambiente do trabalho (condições de higiene, saúde e segurança) em obra realizada por duas empreiteiras na cidade de São Paulo.

Dois pontos merecem especial relevo: (1) o cabimento, na espécie, de ação civil pública; (2) qual órgão do Ministério Público teria legitimidade para ajuizá-la, sob a ótica organizacional.

I - Do cabimento da ação civil pública

Neste ponto, os e. Ministros que compõem esta 4ª Turma votaram em uníssono. O Min. Relator explicitou, em seu percuciente voto, que o reflexo do acidente de trabalho interessa não apenas ao lesionado, mas a toda coletividade, estando a proteção ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador entre os interesses difusos protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

O Min. Luis Felipe Salomão acrescentou que a prevenção de acidentes de trabalho conduz, por via reflexa, a um ambiente de trabalho hígido, que é direito social do trabalhador (CF, art. 7º, XXII e XXVIII), o que legitima a atuação do Ministério Público, por meio do instrumento da ação civil pública.

Os Ministros João Otávio de Noronha e Carlos Fernando Mathias aquiesceram com este entendimento.

Com efeito, as questões que envolvem a segurança, a saúde e a higiene no ambiente de trabalho ultrapassam o interesse dos operários que trabalhavam na obra, configurando-se verdadeiros interesses difusos, protegidos pela CF em seus arts. 7º, XXII e 200, II e VIII. Acrescente-se o fato de que o seguro de acidentes do trabalho está integrado à previdência social, cujo custeio é repartido por toda a sociedade.

Assim, inexistem dúvidas quanto ao cabimento da ação civil pública.

II - Da legitimidade para estar em juízo do MP-SP

O Ministério Público, instituição permanente a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui, dentre seus princípios constitucionais, a unidade e a indivisibilidade (art. 127, *caput* e § 1º, da CF).

Não se descuida que, como forma de organização, o constituinte separou o MP em: (a) Ministérios Públicos dos Estados (MPEs) e (b) Ministério Público da União (MPU), este compreendendo entre seus ramos o Ministério Público do Trabalho (MPT). Esta divisão, contudo, é organizacional.

Fundando-se na lição de José Afonso da Silva, para quem a instituição do MP abrange todos os Ministérios Públicos indicados na CF/1988, o autor Marcelo Zenkner afirma: “as funções institucionais previstas na Constituição Federal (artigo 129) são as mesmas para o Ministério Público da União (Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios) ou dos Estados. O que ocorre, de fato, é apenas um arranjo organizacional mínimo e flexível do Ministério Público, objetivando sua máxima eficiência” (*in Temas Atuais do Ministério Público - A Atuação do Parquet nos 20 Anos da Constituição Federal*, org. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 99).

No particular, pode-se afirmar tanto na legitimidade do MPT para proteger os direitos sociais dos trabalhadores, em razão do disposto nos arts. 83, III e 84, II, da LC n. 75/1993 (Lei Orgânica do MPU), quanto na legitimidade do MP-SP para atuar na defesa dos interesses difusos e coletivos relacionados com o meio ambiente do trabalho, nos termos do art. 295, II, da Lei Complementar Estadual n. 734/1993 (Lei Orgânica do MP-SP).

Verifica-se, assim, a possível concorrência de atribuições entre o MP-SP e o MPT para promover a presente ação civil pública em favor da sociedade.

Como bem destacado no apurado voto do Min. Luis Felipe Salomão, a sentença, ao concluir pela ilegitimidade do MP-SP e, a seguir, afirmar que, fosse o caso de ação civil pública, o legitimado seria o Ministério Público do Trabalho, acaba por implicar, via transversa, na incompetência material da própria Justiça Comum Estadual para julgamento da ação.

Neste ponto, peço vênia aos e. Ministros que concluíram de modo diverso, mas, ajuizada a ação civil pública acidentária em 1997, era a Justiça Comum Estadual a competente para apreciar e julgar as ações que versassem sobre acidentes do trabalho. E a consequência imediata da competência da Justiça Estadual é a legitimidade ativa do Ministério Público de São Paulo.

O objeto de discussão deste recurso especial, contudo, é a legitimidade *ad causam* do MP-SP para propositura da ação acidentária e não a competência do Juízo.

Após citar a balizada doutrina de Hugo Nigro Mazzilli, o Min. Luis Felipe Salomão defende a atuação conjunta dos dois órgãos do Ministério Público, com a possível formação de litisconsórcio entre o MPT e o MP-SP, em razão da convergência de interesses de ambos para o alcance de um objetivo comum, a defesa dos interesses sociais e individuais homogêneos.

A solução não é nova. O Estatuto da Criança e do Adolescente é um dos exemplos onde o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados é expressamente admitido (art. 210, parágrafo único, da Lei n. 8.069/1990).

O entendimento esposado, diante do *princípio constitucional da unidade* do Ministério Público, que não pode ser interpretado de maneira restritiva quando se depara com a mencionada convergência de interesses em prol do objetivo comum institucional do MP, é o que se mostra mais adequado.

Aponta Maurício Augusto Gomes que a atuação do MP nas ações civis é necessária e obrigatória em decorrência e nas hipóteses de existência de interesse público, cujo traço característico é a indisponibilidade, além de ser instrumento de democratização da Justiça (*in Funções Institucionais do Ministério Público*, org. por Airton Buzzo Alves, Almir Gasquez Rufino e José Antonio Franco da Silva, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 199-200).

Nesta linha de pensamento, a atuação conjunta de diferentes órgãos do Ministério Público em defesa da sociedade vai ao encontro do mister constitucional do MP, que é a proteção do interesse público em litígio. Sobre o tema, acrescenta Maurício Augusto Gomes que “a atuação do Ministério Público na área cível tem indisfarçável relevância social, pois se reflete na utilidade social da atividade institucional, fruível direta ou indiretamente pela comunidade social, e assim desempenha influente papel na formação da consciência jurídica da sociedade” (obra citada, p. 201).

O já mencionado Marcelo Zenkner, ao tratar de hipótese semelhante a destes autos, também defende o litisconsórcio de órgãos do MP. Confira-se:

A reunião obrigatória de processos gerada pelo reconhecimento de conexão ou continência proporcionária, na hipótese, a imposição de *uma atuação conjunta do Ministério Público Federal com o Ministério Público Estadual, o que é plenamente admitido em vista da permissão legal para a ocorrência de litisconsórcio facultativo entre os diversos Ministérios Públicos Estaduais ou da União na defesa dos interesses coletivos.* (obra citada, p. 100 - grifei)

Em acréscimo, entende Hugo Nigro Mazzilli que o litisconsórcio entre órgãos do MP não necessita de qualquer alteração constitucional:

Embora a Constituição de 1988 não tenha chegado a explicitar a possibilidade de legitimação concorrente ou litisconsórcio entre Ministérios Públicos diversos, não vemos impedimento bastante para que a solução seja adotada. (*in Regime Jurídico do Ministério Público*, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 192)

Assim, a atuação integrada de ambas as instituições em favor da defesa da boa qualidade do meio ambiente do trabalho e de suas condições de segurança, saúde e higiene, em favor da sociedade como um todo, é a situação que mais se coaduna com os interesses difusos em jogo neste recurso especial, de modo a não poder ser afastada a legitimidade *ad causam* do MP-SP.

Finalmente, outro ponto positivo da solução adotada é que, com o retorno destes autos ao 1º grau de jurisdição, tanto o MP-SP, quanto o MPT poderão retomar a condução da ação civil pública proposta, em litisconsórcio ou isoladamente, perante a Justiça competente para seu julgamento.

Forte em tais razões, alio-me à divergência e peço vênua ao Ministro Relator e ao Min. Carlos Fernando Mathias, para *negar provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 326.147-SP (2001/0074329-2)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Alberto de Souza Meirelles - Espólio

Advogados: Alde da Costa Santos Junior

Célia Maria Nicolau Rodrigues e outro(s)

Marta Mitico Valente e outro(s)

Recorrido: Notre Dame Seguradora S/A

Advogado: Paulo de Tarso do Nascimento Magalhaes e outro(s)

EMENTA

Civil e Processual. Acórdão estadual. Omissões não configuradas. Seguro-saúde. Cláusula limitativa de valor de despesas anuais. Abusividade. Esvaziamento da finalidade do contrato. Nulidade.

I. Não padece do vício da omissão o acórdão estadual que enfrenta suficientemente as questões relevantes suscitadas, apenas que trazendo conclusões adversas à parte irresignada.

II. A finalidade essencial do seguro-saúde reside em proporcionar adequados meios de recuperação ao segurado, sob pena de esvaziamento da sua própria *ratio*, o que não se coaduna com a presença de cláusula limitativa do valor indenizatório de tratamento que as instâncias ordinárias consideraram coberto pelo contrato.

III. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentação oral pela Dra. Isabela Braga Pompílio, pela parte recorrente.

Brasília (DF), 21 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 08.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Espólio de Alberto de Souza Meirelles interpõe, pela letra **a** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 259):

Seguro saúde. Documentação acostada que não confirma a ocorrência de intoxicação medicamentosa. Obscuridade da cláusula que deve ser interpretada favoravelmente ao consumidor. Ineficácia da cláusula de exclusão da cobertura. Eficácia, porém, da cláusula que limita a cobertura ao valor de 2,895 Ufesp, que não se revela abusiva, ante a natureza do contrato, e vem enunciada em destaque, no frontispício. Recurso parcialmente provido.

Alega o recorrente que o falecido Alberto de Souza Meirelles mantinha contrato de seguro-saúde com a ré, quando, em 11.06.1996, sofreu crise de hipertensão arterial, perdendo os sentidos e ingressando em estado de coma, com diagnóstico de acidente vascular cerebral (AVC); que em razão de seu estado, foi transferido de Itapira para o Hospital Samaritano em São Paulo, onde permaneceu de 12.07.1996 até o dia 09.08.1996; que tanto a transferência, como a internação se deram com autorização da recorrida, inicialmente por seis dias, prorrogados por mais seis.

Após alta hospitalar, a recorrida não efetuara o pagamento, daí o ajuizamento de ação declaratória cumulada com indenizatória, objetivando o afastamento de cláusulas abusivas. A sentença monocrática foi de procedência, mas sofreu reforma parcial em segunda instância, que limitou o valor de cobertura das despesas.

Aduz o recorrente que a decisão violou os arts. 4º, 6º e 51 do CDC, 115 do Código Civil anterior e 2º e 13 do Decreto-Lei n. 73/1966, além do art. 535 do CPC, pelo não enfrentamento das questões propostas.

Ressalta cuidar-se de contrato de consumo por adesão, o que afasta a possibilidade de cláusulas limitativas dessa espécie, porque ao contratante é assegurada a proteção à vida e à saúde, o que não se coaduna com a restrição de direito fundamental que lhe foi imposta pelo contrato, salientando que a doença de que padeceu o então segurado estava prevista no plano a que se filiou.

Afirma, mais, que atividade securitária deve ser feita, segundo o Decreto-Lei n. 73/1966, no interesse do segurado, e que desde então eram vedadas cláusulas que terminam por esvaziar a eficácia da avença.

Contra-razões às fls. 474-492, alegando falta de prequestionamento e o óbice da Súmula n. 283 do c. STF. No mérito, diz tratar-se de contrato oneroso e que a adesão não descaracteriza a bilateralidade alcançada por acordo entre as partes. Acrescenta que as cláusulas restritivas são válidas e foram redigidas com destaque, e que, no caso, a internação se deu porque o diagnóstico era de “coma a esclarecer”, quadro que após investigado concluiu-se ser de “Síndrome

depressiva”, com conotação psiquiátrica, pelo que foi informado ao Hospital que não mais seria coberta a internação por ser uma moléstia excluída do contrato (fl. 491). Destaca, ainda, que o valor efetivamente pago pelo tratamento foi superior ao limite contratado.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem, subindo ao STJ por força de provimento dado ao Ag n. 318.971-SP (fl. 537).

Autos recebidos no Ministério Público Federal em 10.10.2006 e restituídos ao STJ em 15.04.2009.

Parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República às fls. 579-582, pelo Dr. Henrique Fagundes Filho, no sentido do não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Cuida-se de ação declaratória, cumulada com indenizatória, que objetiva o afastamento de cláusulas tidas como abusivas do contrato de seguro-saúde, cuja aplicação pela recorrida importou na não cobertura de despesas de internação hospitalar em parte do período em que Alberto de Souza Meirelles permaneceu em nosocômio conveniado (Hospital Samaritano, em São Paulo, capital), após haver ingressado em estado comatoso, com diagnóstico de Acidente Vascular Cerebral.

A ação foi julgada procedente em primeira instância, sendo parcialmente reformada em segundo grau, considerada hígida a aplicação do valor limitado de 2.895 Ufesp por ano.

O acórdão dos embargos infringentes limita-se, basicamente, a reportar-se aos fundamentos do voto vencedor na apelação, de relatoria do eminente Desembargador Cesar Lacerda, de sorte que são eles aqui reproduzidos, *verbis* (fls. 261-265):

No mérito, em que pesem os judiciosos fundamentos em que se arrimam as razões recursais, entende-se que respeitável sentença recorrida, solucionou corretamente a questão da negativa de cobertura para o quadro clínico apresentado pelo paciente.

A fundamentação da respeitável sentença se impõe por sua própria força persuasiva. Confira-se: ‘Deve-se aqui atentar para a inexistência de prova

conclusiva de coma por intoxicação medicamentosa, pois o resultado dos exames de sangue e urina à fls. 110 e o diagnóstico de fls. 111 não são conclusivos a respeito. Não se caracterizando a certeza, aplica-se a regra do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, invertendo-se o ônus da prova em benefício do Autor. Caberia, portanto, à ré a prova de que o paciente-autor efetivamente incorreu em uma das hipóteses de exclusão da cobertura. E, efetivamente, essa prova teria que ser feita por ocasião da internação, com a indicação de diagnóstico pela equipe médica do primeiro atendimento, já no Hospital Samaritano. Como não há nenhum indício que pudesse ser esmiuçado pela prova pericial e, sendo a prova testemunhal imprestável na espécie, não se pode dizer que haja provas ainda a serem produzidas'.

Acrescentou o Juízo monocrático que, quer tenha a ré incluído o fato como 'doença nervosa', quer o tenha classificado como uso de 'drogas', a interpretação mais favorável ao consumidor, na forma do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, conduz à responsabilização da seguradora ré.

Como salienta a decisão hostilizada: quando se refere a 'doença nervosa ou mental', a seguradora busca excluir, essencialmente, despesas com tratamento psicológico ou psiquiátrico; no caso, ainda que a origem possa ter sido um problema psiquiátrico, o paciente autor apresentou sintomas físicos, 'perdendo os sentidos e entrando em estado de Coma' (fls. 4). Não é razoável interpretar a cláusula de forma a exonerar a responsabilidade da seguradora por uma crise de hipertensão, somente porque essa crise teve origem em doença nervosa; - 'intoxicação medicamentosa' poderia significar, na cláusula em exame, uso de 'drogas'. Aqui, o objetivo do segurador foi evitar a indenização por fatos que tenha decorrido de um comportamento ilícito ou, no mínimo culposos, do segurado (embriaguez, ato ilícito, etc). Portanto, o fundamento da exclusão não é, por si só, a eventual presença de substância tóxica, mas a conduta ilegal do segurado, reveladora de uma determinada postura perante a sociedade e seus valores sociais e morais. No caso em tela, o Autor nasceu em 1927 e é um advogado aposentado (fls. 103); não é crível, portanto, que se enquadre nessa modalidade de conduta que se busca sancionar'.

Não resta dúvida que a obscuridade da cláusula e a ausência de prova conclusiva a respeito da ocorrência da intoxicação medicamentosa e sua origem devem militar desfavoravelmente à fornecedora do serviço.

No que concerne, porém, à estipulação de um valor limite de cobertura, tem-se que o inconformismo da apelante comporta agasalho.

O contrato estabelece como 'limite das coberturas em conjunto por segurado', por ano, o valor de 2.895 Ufesp.

A própria sentença reconhece que a cláusula em questão 'encontra-se grafada em letras suficientemente destacadas', mas reputa como 'desvantagem exagerada para o consumidor' o fato de haver um acréscimo de 15% no custo do seguro, para os segurados com mais de 65 anos de idade. Daí considerar ineficaz a cláusula que estabelece o limite de cobertura em 2.895 Ufesp's.

Em vários outros casos, tenho reconhecido a existência de nulidades de cláusulas contratuais restritivas, estabelecidas com afronta às disposições do Código de Defesa do Consumidor, especialmente aquelas que asseguram ao consumidor conhecimento prévio dos termos do contrato, informação clara sobre os diferentes serviços e proteção contra publicidade enganosa.

Entretanto, apesar dos argumentos desenvolvidos pelo apelado, e respeitada a convicção do Meritíssimo Juiz *a quo*, não se identifica nenhuma ilegalidade na inserção de cláusula, em contrato de seguro, na modalidade de seguro de saúde, que estabeleça um valor máximo anual de cobertura, e que se encontre claramente enunciada no contrato, dela tendo ciência inequívoca o contratante, como ocorre na espécie.

A advertência a respeito da limitação encontra-se em destaque, em negrito, no frontispício do contrato, assinado (ao pé) pelo apelado.

Em v. Acórdão da egrégia Nona Câmara Civil deste Tribunal, em que foi relator o eminente Desembargador Celso Bonilha, e de que participaram com votos vencedores os Desembargadores Accioli Freire e Debatin Cardoso, ficou assentado que 'o dever da seguradora é o de responder apenas e tão somente pelos riscos assumidos, já submetidos previamente ao crivo do órgão governamental competente, não podendo o segurado reclamar indenização por aqueles não previstos expressamente na apólice. Deveras, dispõe o artigo 1.460 do Código Civil que 'Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador'. (Apelação Cível n. 266.159-2/3)

E mais adiante: 'Se no valor do prêmio se leva em consideração os riscos expressamente discriminados na apólice, outros não poderão ser cobertos, ao arripio do artigo 1.460 do Código Civil, alterando-se a comutatividade e o equilíbrio contratual, não se justificando obrigar a seguradora a responder por um risco que não foi previsto ou ajustado, mas sim expressamente excluído, e pelo qual não recebeu a paga respectiva'.

O parecer acostado à resposta da medida cautelar em apenso, da lavra do ilustre advogado J. Saulo Ramos, publicado em 'Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política', n.12, Revista dos Tribunais, lembra diversos ensinamentos doutrinários a respeito do tema, dentre os quais se destaca o de Pedro Alvim, para quem, 'o segurador não pode ser obrigado a incluir na garantia da apólice todos os riscos da mesma espécie. É preciso ter a liberdade de conceber os planos técnicos de acordo com a conveniência do próprio negócio, sob pena de não poder resguardar sua estabilidade necessária'. Tal limitação 'é um dos cânones fundamentais do contrato de seguro: a responsabilidade do segurador é limitada ao risco assumido' (fls. 244 - apenso).

De fato, 'Se as cláusulas da apólice estão redigidas com clareza ao delimitar o risco coberto, não devem ser desvirtuadas sob o pretexto de interpretação para induzir coberturas que não estavam previstas ou foram expressamente excluídas no contrato'.

Importa recordar, outrossim, que a apelada é empresa privada e exerce atividade tipicamente privada. Ela não atua como concessionária de serviço público e, em consequência, não está obrigada a suprir as deficiências do Estado no que concerne ao dever constitucional de prover a assistência à saúde.

Trata-se, como já se viu, de contrato de seguro do tipo seguro-saúde, sujeito apenas à disciplina legal aplicável aos contratos desse gênero, não estando a seguradora obrigada a dar atendimento irrestrito, nem a suprir o Estado naquilo que constitui sua obrigação.

A sobretaxação de 15% ao ano também encontra-se expressamente prevista, no frontispício do contrato, não se identificando nela qualquer traço de engodo ao consumidor ou vantagem exagerada em favor da apelante, que pudesse enodoar a cláusula. A prática tem explicação na elevação do risco e, ante a característica do contrato de seguro, não se mostra abusiva, certo como o prêmio guarda proporcionalidade com o risco assumido.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para o fim de julgar parcialmente procedente a ação, declarando a ineficácia apenas da cláusula de exclusão de cobertura das moléstias, considerando eficaz, porém, o 'limite de coberturas em conjunto, por segurado, por ano - 2.895 Ufesp'. Em razão da sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais serão rateadas em igual proporção, compensando-se os honorários advocatícios.

Como visto, inexistindo recurso da seguradora, mas, apenas, da parte autora, a controvérsia, agora, não mais diz respeito ao enquadramento da moléstia no contrato do plano securitário, pois ambas as instâncias concluíram que, no caso dos autos, não havia precisão quanto ao diagnóstico que levou à crise hipertensiva e à transferência e internação em São Paulo, daí porque não podia a ré excusar-se da cobertura.

Contudo, foi aplicada em segunda instância a limitação de valor.

É invocada, no recurso especial, ofensa aos arts. 535 do CPC, 4º, 6º e 51 do CDC, 115 do Código Civil anterior e 2º e 13 do Decreto-Lei n. 73/1966.

Inicialmente, tenho que não padece o aresto objurgado dos vícios processuais apontados, porquanto as questões, inclusive na apreciação dos aclaratórios, foram suficientemente analisadas, apenas que com conclusões parcialmente desfavoráveis ao autor, inexistindo ofensa ao art. 535 da lei adjetiva civil.

De outro lado, houve o suficiente prequestionamento dos temas elencados, notadamente sobre a discussão acerca dos direitos do consumidor à vista da natureza dessa espécie contratual e dos direitos à vida e à saúde.

Dispõem as normas suscitadas, que:

- CDC:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.03.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

[...]

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

[...]

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

- VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
- VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
- IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
- X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
- XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
- XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
- XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
- XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
- XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
- XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
- III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

- Código Civil de 1916:

Art. 115. São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes.

- Decreto-Lei n. 73/1966:

Art 2º O controle do Estado se exercerá pelos órgãos instituídos neste Decreto-lei, no interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro.

[...]

Art 13. As apólices não poderão conter cláusula que permita rescisão unilateral dos contratos de seguro ou por qualquer modo subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em Lei.

Em julgamentos precedentes, firmou-se no STJ o entendimento de que é abusiva a cláusula que limita, no tempo, a internação hospitalar do segurado, matéria hoje consolidada na Súmula n. 302, que reza:

É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

Quando os planos de saúde embutiram nos contratos a limitação temporal, o objetivo era, precipuamente, o de reduzir custos, o que normalmente adviria de uma internação mais longa.

E a fundamentação que levou ao entendimento jurisprudencial condensado na aludida Súmula n. 302 calcou-se, justamente, na abusividade da cláusula, porque não se afigura nem lógico, nem jurídico, nem médico-científico que a recuperação pudesse ser determinada contratualmente, desconhecendo-se a natureza e situação de cada paciente, sujeitos a fatores exógenos e endógenos, a reações distintas, enfim, um sem número de variáveis a impedir uma definição objetiva sobre a sua plena recuperação e alta respectiva.

O preceito contido no art. 13 do Decreto-Lei n. 73/1966, antes transcrito, é de enorme relevância e, sobretudo, bom senso: é vedada a cláusula de contrato de seguro que *“por qualquer modo subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em Lei”*.

Se o tempo de internação é restringido independentemente do estado de saúde do paciente segurado, esvazia-se o propósito do contrato, que é o de assegurar os meios para a sua cura.

Ora, em essência, a hipótese dos autos, de restrição de valor, não é igual à da súmula citada, mas comporta o mesmo tratamento. A meu ver, até tratamento mais severo, pois a cláusula é mais abusiva ainda, é pior. Pior, porque poderia até supor-se, muito longinquamente, muito secundariamente, que a limitação

de período de internação teria considerado, ao menos, uma média temporal de tratamento hospitalar em certas circunstâncias, como, por exemplo, parto, algumas cirurgias eletivas de menor risco, etc; mas, nem isso, como se sabe, a jurisprudência aceitou. Já na espécie em comento, de limitação de custeio, qual o critério que poderia ter norteado a restrição, senão, apenas, realmente, o de privilegiar o lucro da seguradora por excelência, a inversão do risco contratual devolvendo-o ao segurado, a colocação da saúde em posição coadjuvante na finalidade contratual?

Imagine-se, ademais, como seria a situação de um segurado que é internado sem saber o que tem, ou, sabendo, não conhecendo seu tempo de cura, e após alguns dias, dentro do hospital, é informado que seu crédito acabou, terá de sair do nosocômio, sofrer uma solução de continuidade no tratamento. Como “banciar” as despesas futuras, para onde transferir-se, como remontar uma equipe médica, especialmente em caso de pacientes graves e até internados em UTI? Como saber, de antemão, quais os custos do tratamento, qual a tabela de cada hospital conveniado? Quanto seu crédito durará até o esgotamento?

Vale destacar, ainda, excerto da judiciosa sentença de primeira instância, proferida pelo MM. Juiz Mauro Iuji Fukumoto, que encampou a tese exordial, quando observou (fl. 181):

Já com relação à cláusula de limites de cobertura. Quadro de garantias. Encontra-se grafada em letras suficientemente destacadas (fls. 103). No entanto, na mesma folha, lê-se: ‘para os segurados com mais de 65 anos haverá uma sobretaxação de 15% ao ano, conforme é previsto (*sic*) na Apólice’. Por outro lado, o limite de cobertura de 2.895 Ufesp’s é o mesmo, independentemente da idade do segurado. Tal situação caracteriza um desequilíbrio entre as prestações do segurado e da seguradora; ora, o segurado idoso paga mensalidade maior justamente porque apresenta maior risco para a seguradora. Assim, a fixação de um limite único de cobertura para segurados de todas as idades constitui, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, ‘desvantagem exagerada’ para o consumidor (artigo 51, IV). No caso concreto, tendo o Autor nascido em 1927, conta já sessenta e nove anos; certamente, portanto, paga suas mensalidades com os acréscimos referentes à sua idade. Por este motivo, perante este caso concreto, há de ser afastada, por ineficaz, a cláusula contratual que estabelece os limites de cobertura de 2.895 Ufesp’s.

Ou seja, conquanto maiores os custos para o segurado acima dos sessenta e cinco anos, o teto não foi sequer aumentado, o que também indica um desequilíbrio na contraprestação proporcionada ao idoso.

Por derradeiro, registro que o caso em julgamento refere-se a contratos anteriores à alteração do art. 1º da Lei n. 9.656/1998, procedida pela MP n. 1.908-18, de 24.09.1999.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para restabelecer a r. sentença de primeiro grau.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 590.645-SC (2003/0161447-3)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda

Advogado: Wolfram Ehrenhard Echelmeier e outro(s)

Recorrido: Tritec Indústria e Comércio de Plásticos Ltda

Advogado: Darwinn Harnack e outro(s)

EMENTA

Civil e Processual. Propriedade industrial. Desenho industrial patentado (“guarda-pão”). Ação que visa impedir a produção e postula indenização. Extinção do processo em 2ª instância. Empresa gerida e de capital majoritariamente pertencente ao titular da patente. Legitimidade ativa *ad causam* reconhecida.

I. A empresa que explora produto baseado em desenho industrial cuja patente pertence a seu sócio majoritário e administrador, tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação objetivando coibir a usurpação empreendida por concorrente.

II. Recurso especial conhecido e provido, para determinar o prosseguimento da ação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 22.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório de fls. 61-62, *verbis*:

Tritec Indústria e Comércio e Plásticos Ltda. interpôs agravo de instrumento, inconformada com a decisão interlocutória proferida nos autos da ação indenizatória, promovida por Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., que rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da agravada (fls. 45-46).

Afirmou não estarem presentes as condições da ação, especificamente o interesse de agir, porquanto a demanda fora proposta por quem não é titular da propriedade do desenho industrial *sub judice*.

Aduziu não existir prova nos autos da cessão de patente, sendo irrelevante o fato do seu titular ser sócio da agravada.

Pugnou pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, pela reforma integral do *decisum* (fls. 02-49).

A carga suspensiva almejada foi negada (fls. 53-54).

Regularmente intimada, a agravada deixou fluir *in albis* o prazo para apresentar resposta (fl. 57).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu provimento ao agravo, em acórdão assim ementado (fl. 61):

Agravo de instrumento. Ação de indenização. Propriedade industrial. *Actio* promovida por pessoa jurídica. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Arts. 3º e 6º, do CPC. Processo extinto sem exame do mérito. Agravo provido.

Não tem legitimidade para pleitear indenização por uso indevido de desenho industrial a pessoa jurídica da qual é sócio o titular do direito violado.

Opostos embargos declaratórios (fls. 69-70), foram eles acolhidos para condenar a embargada (Plasútil) no pagamento de custas e honorários advocatícios sucumbenciais (fls. 110-113).

Inconformada, Plasútil interpõe, pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, recurso especial, alegando, em síntese, violação aos arts. 3º, 267, VI e 329 do CPC, 75 e 159 do Código Civil anterior, e 44 da Lei n. 9.279/1996.

Sustenta a recorrente que o sobredito art. 44 do Código de Propriedade Industrial assegura ao titular de patente o direito de promover ação de reparação de danos pela utilização não autorizada de desenho patenteado junto ao INPI, e que, no caso dos autos, ele é sócio majoritário da empresa autora, uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, e foi quem assinou a procuração outorgada pela autora a seus advogados para promoverem a demanda. Assim, destaca, não há qualquer oposição por parte do proprietário da patente, ao contrário, é do seu expresso desejo que a ação seja promovida pela empresa.

Diz, mais, que quem está tendo o prejuízo com a fabricação e comercialização ilícita dos produtos imitados pela ré é a pessoa jurídica e não o titular da patente.

Invoca a recorrente dissídio jurisprudencial.

O recurso especial, interposto anteriormente ao julgamento dos embargos declaratórios da parte adversa, foi devidamente reiterado, após, às fls. 115-116.

Contrarrazões às fls. 136-145, alegando falta de prequestionamento e falta de cotejo analítico da divergência, acentuando, quanto ao mérito, que a autora não é titular da patente, ausente nos autos qualquer documento comprobatório de cessão ou licença para exploração.

Admissão do especial às fls. 149-150, nos termos do despacho presidencial da instância *a quo*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Cuida-se de recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, em que se

discute sobre a legitimidade ativa *ad causam* da empresa Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., para promover ação objetivando impedir a ré, Tritec Industrial Ltda, a produzir e comercializar produtos derivados de desenho industrial patenteado, também postulando indenização pelo seu uso indevido.

O voto condutor do acórdão objurgado, de relatoria do eminente Desembargador Wilson Augusto do Nascimento, traz a seguinte fundamentação ao extinguir a ação (fls. 62-65):

Analisando o conjunto probatório, verifica-se existir certificado de propriedade, expedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, em nome de Marco Antônio Pereira da Silva, constando ser ele o titular, bem como o autor do desenho patenteado (fl. 34).

O art. 44 da Lei n. 9.279/1996 assegura ao titular de patente o direito de promover a competente ação civil de reparação dos danos oriundos da sua utilização não autorizada. Preconiza: 'Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente.'

Depreende-se do referido dispositivo, ser apenas o titular do certificado de registro de desenho industrial, junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, parte legítima para figurar no pólo ativo de ação indenizatória, cuja causa de pedir seja a sua indevida utilização.

Sobre a matéria, José Carlos Tinoco Soares leciona: 'o titular de uma patente tem o exclusivo direito de impedir o uso da invenção por outras pessoas exceto quando ele permite mediante contrato de licença' (Tratado da propriedade industrial: patentes e seus sucedâneos. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. p. 721).

No caso concreto, parte legítima para figurar no pólo ativo da ação de indenização é o titular do certificado de propriedade, Marco Antônio Pereira da Silva, e não a agravada, tendo esta pugnado pela prestação da tutela jurisdicional, em nome de terceiros, sem autorização, falecendo-lhe, portanto, legitimidade ativa *ad causam*.

Preconiza o art. 3º do Código de Processo Civil: 'Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.'

O Tribunal de Justiça Catarinense, já decidiu:

Agravo de instrumento. Tutela ressarcitória. *Actio* deflagrada com ofensa a legitimidade ativa *ad causam*. Pleito recursal, por maioria, acolhido.

A legitimidade constitui requisito básico para que seja viável a composição do litígio através de pronunciamento estatal. Logo, só o

titular de um direito pode discuti-lo através de *actio*. Estando em nome do anterior proprietário o veículo na ocasião do sinistro e inexistindo prova incontroversa de precedente ato negocial, irrecusável é a incidência do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil (AI n. 7.742 - Rel. Des. Francisco de Oliveira Filho).

É irrelevante o fato do titular da patente ser sócio da recorrida. Cediço, salvo casos excepcionais, não existe confusão entre a pessoa jurídica e seus sócios ou instituidores, constituindo-se cada qual em sujeitos distintos, com direitos e obrigações diversas.

Mutatis mutandis, esta Corte de Justiça decidiu:

Apelação cível. Ilegitimidade do sócio para figurar no pólo ativo da demanda, na qual se pretende a cobrança de honorários decorrentes de serviços prestados e contratados pela empresa. Inteligência da disposição contida no artigo 20 do Código Civil Brasileiro. Carência decretada. Desprovimento do recurso (ACV n. 88.078585-7 - Rel. Des. Solon D'Eça Neves).

Ainda:

Reivindicatória. Ação direcionada contra os sócios da firma possuidora da área reivindicanda. Ilegitimidade passiva *ad causam*.

As pessoas jurídicas são entidades autônomas, dispõem de patrimônio, denominação e domicílio próprios, e são capazes de direitos e obrigações; por tal motivo, detêm legitimidade para figurar em juízo, tanto ativa quanto passivamente, não se confundindo com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento (ACV n. 98.003770-0 - Rel. Des. Eder Graf).

Ou:

Ação ordinária de cobrança. Pleito movido contra empresa e contra sócia. Empréstimo efetivado a um dos cotistas, irmão do mutuante. Valor utilizado para despesas pessoais. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Indeferimento da petição inicial. Confirmação da sentença por fundamento diverso.

A legitimidade passiva *ad causam* decorre necessariamente da relação jurídica que deve anteceder a ação judicial. Se o acionado não se identifica com o devedor do débito reclamado, não tem o autor possibilidade de cobrar-lhe dívida contraída por terceiro, pois falta àquele legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, já que não pode dela sofrer os efeitos (...) (ACV n. 97.006.551-5 - Rel. Des. Orli Rodrigues).

Diante desta realidade, merece ser dado provimento ao agravo, mas por fundamento diverso daquele constante das razões, haja vista ser a agravada parte

ilegítima para figurar no pólo ativo da ação indenizatória, impondo-se a extinção do processo, sem exame do mérito, conforme preconiza o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

(...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...).

Registre-se, não é possível alterar o pólo ativo da relação processual, com a inclusão de Marco Antônio Pereira da Silva. Os princípios da economia e celeridade processuais, sem dúvida, têm como objetivo a efetividade do processo, mas da sua aplicação não pode decorrer afronta aos postulados básicos do processo civil, máxime as condições da ação.

Ademais, a substituição do pólo ativo causaria tumulto processual, porquanto necessária a renovação de grande parte dos atos processuais, pena de nulidade, por afronta ao contraditório e à ampla defesa. Assim, ao contrário de privilegiar a celeridade e a economia processuais, o processo certamente violaria esses princípios.

Ressalte-se, a extinção do processo, sem julgamento de mérito, não acarretará prejuízos a Marco Antônio Pereira da Silva, porquanto poderá ingressar em juízo, requerendo a tutela do direito do qual é titular.

Pelas razões expostas, dá-se provimento ao agravo, para, reconhecendo a ilegitimidade ativa *ad causam* da empresa Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., extinguir o processo sem exame do mérito.

É apontada pela recorrente Tritec ofensa aos arts. 3º, 267, VI e 329 do CPC, 75 e 159 do Código Civil anterior, e 44 da Lei n. 9.279/1996, além de dissídio jurisprudencial.

Tenho que as condições de admissibilidade se acham presentes, seja em face do questionamento explícito e implícito das normas suscitadas, como também satisfatoriamente demonstrado o dissídio jurisprudencial no tocante ao tema.

E, adentrando no exame do mérito, estou, com a máxima vênia, em que assiste razão à recorrente.

É certo que o art. 44 do Código de Propriedade Industrial dispõe que:

Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a concessão da patente.

Ocorre, todavia, que a norma não é excludente da mesma pretensão, quando a forma de exploração da patente pelo titular se dá por intermédio de outra pessoa jurídica em sua legítima substituição. E tal legitimidade há de ser aferida em consonância com a situação encontrada pelo julgador.

No caso dos autos, é incontroverso que a empresa autora, Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. tem como sócio majoritário exatamente o titular da patente, e foi ele próprio quem, por ela, outorgou procuração aos patronos da causa.

A sociedade limitada é uma sociedade de pessoas, não de capital, pelo que constitui elemento essencial a congregação dos sócios por suas características e qualidades individuais. Esse *intuitu personae* não se revela apenas entre eles, mas, muito certamente, entre a própria sociedade e cada um deles, de modo que seus serviços, produtos, desempenho, tem a ver, diretamente, com a sua estrutura social. Isso, é claro, quando sob a capa de uma sociedade limitada não existe uma disfarçada sociedade de capital. Mas não é a hipótese aqui tratada.

Então, nessas usuais condições, quem está a explorar, concretamente, a patente em comento, é a empresa autora, dirigida pelo proprietário da patente, que tem a maioria do capital social. A patente vem integrando o patrimônio da empresa, ainda que não formalmente, e é ela quem produz, com a efetiva participação do titular, o bem protegido (“Guarda-pão” registro INPI n. MI5600855-4) pelo Código de Propriedade Industrial.

Inexiste, pois, razão para se negar à autora a capacidade postulatória em juízo, no polo ativo da ação.

Apreciando situação semelhante, a egrégia 3ª Turma, em acórdão de relatoria da ilustre Ministra Nancy Andrichi, inclusive em outra ação promovida pela mesma Plasútil contra outra empresa, assim decidiu:

Processual Civil. Comercial. Recurso especial. Ação indenizatória. Imitação de modelo industrial. Violação da propriedade industrial. Concorrência desleal. Legitimidade ativa.

- Aquele que se utiliza licitamente de desenho industrial, para fabricar e comercializar produto, detém legitimidade para propor ação indenizatória contra o contrafator, por violação à propriedade industrial ou por concorrência desleal.

Recurso especial provido.

(REsp n. 466.360-SP, unânime, DJU de 20.10.2003)

Vale destacar do voto da eminente relatora, o seguinte excerto:

A controvérsia consiste em saber se a sociedade empresária fabricante de um produto, cujo registro de desenho industrial foi feito em nome do sócio majoritário, detém legitimidade ativa para pleitear indenização por danos materiais e morais contra aquele que imita ilicitamente o modelo registrado.

Ensinam os doutrinadores que possui legitimidade ativa para a causa o titular do interesse em conflito. Logo, é legitimado para pleitear reparação por danos materiais e morais o prejudicado pelo ato ilícito.

Em termos de propriedade industrial, a Lei n. 9.279/1996 confere direito de propor ação indenizatória ao 'prejudicado', conceito bem mais amplo do que o de 'titular do registro ou patente'. Confirmam-se os dispositivos legais a respeito:

Art. 207. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil.

Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por **atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal** não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. (negritou-se)

Nesse ponto, a Lei n. 9.279/1996 está coerente com o princípio contido no art. 159 do CC/1916, que não faz qualquer restrição ao direito de indenização pelo prejuízo causado por outrem.

Assim sendo, aos dispositivos citados há de se dar interpretação ampliativa, quando é evidente a intenção do legislador de proteger *qualquer prejudicado* pelos atos ilícitos enumerados na Lei n. 9.279/1996. É dizer, 'onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir' ou, como explica Carlos Maximiliano, 'Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente;' ('Hermenêutica e Aplicação do Direito', 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 247).

Assim, desde que o autor da ação indenizatória consiga demonstrar, através da narração do pedido e da causa de pedir, que foi realmente lesionado pela imitação ou contrafação, é de se tê-lo como parte legítima para ingressar em juízo com o intuito de obter indenização pelos prejuízos sofridos com a prática ilícita.

No processo em exame, a recorrente foi efetivamente prejudicada com os atos ilícitos praticados pela recorrida, embora não detivesse o registro do desenho industrial do 'cesto com tampa'. Isso porque, em seu desfavor, ocorreu desvio de clientela e perda do lucro da venda dos cestos que fabrica.

Vale ressaltar que, em princípio, é o proprietário do registro do desenho industrial quem sofre com o ato do contrafator, mas isso não impede que aquele que se utiliza de forma lícita do desenho também seja prejudicado.

É o que acontece no presente processo, já que se evidencia licitude na conduta da recorrente de se utilizar do modelo industrial 'cesto com tampa'.

Realmente, a recorrente vem fabricando e comercializando, a bastante tempo (ao menos desde 1995, quando feito o registro no INPI), o referido produto, registrado em nome do sócio majoritário. A ação indenizatória foi ajuizada com a concordância do sócio proprietário do desenho industrial, que assinou a procuração *ad judicium* (fl. 45).

Dessa forma, a razão e a lógica autorizam que se considere a recorrente tacitamente autorizada a utilizar o desenho industrial registrado em nome do sócio majoritário.

Por esse motivo, a imitação do 'cesto com tampa' por terceiro ofende interesses da ora Recorrente, amparados pela Lei, o que a coloca na posição de prejudicada e, conseqüentemente, de legitimada à propositura de ação indenizatória.

A par disso, há outro motivo para se afastar a preliminar de ilegitimidade ativa para a causa.

Lê-se da petição inicial que o pedido indenizatório também se fundamenta na prática de concorrência desleal. Essa conduta ilícita é distinta dos atos de violação da propriedade industrial, segundo depreende-se da leitura do art. 209 da Lei n. 9.279/1996.

O STJ já teve a oportunidade de se manifestar sobre o conceito de concorrência desleal. Vejam-se os seguintes precedentes:

(...). A concorrência desleal supõe o objetivo e a potencialidade de criar-se confusão quanto a origem do produto, desviando-se clientela. (REsp n. 70.015-SP; DJ: 18.08.1997; Rel. Min. Eduardo Ribeiro)

(...) III - A proteção da marca tem por objetivo a repressão a concorrência desleal, buscando evitar a possibilidade de confusão do consumidor que adquire determinado produto ou serviço pensando ser outro, bem como o locupletamento com esforço alheio. (REsp n. 40.190-RJ; DJ: 29.09.1997; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Como se vê, a concorrência desleal visa a confundir os consumidores para captar a clientela do concorrente em locupletamento ilícito e com prejuízo para

este (que pode ser fabricante ou comerciante), dando ensejo ao ajuizamento de ação indenizatória. Nesse sentido:

Marca. Dano. Prova. Reconhecido o fato de que a ré industrializava e comercializava produto 'sabão da costa', marca registrada da autora, que também fabricava e vendia o mesmo produto, deve-se admitir conseqüentemente a existência de dano, pois a concorrência desleal significou uma diminuição do mercado. (...) (REsp n. 101.059-RJ; DJ: 07.04.1997; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)

Importa ressaltar que a concorrência desleal abrange atos bastante diversificados e pode causar prejuízos a diversas pessoas, de muitas maneiras. A 'concorrência desleal não se define e nem se especifica, posto que se apresenta sob os mais variados aspectos, visando sempre atingir o industrial, o comerciante (entendido este em seu sentido mais genérico, eis que entre os mesmos podemos incluir as pessoas que praticam atividades profissionais e aquelas outras prestadoras de serviços), tirando-lhes direta ou indiretamente a sua clientela, causando ou não prejuízos' (SOARES, José Carlos Tinoco. 'Marcas vs. Nome Comercial: Conflitos', São Paulo, Jurídica Brasileira, 2000, p. 366).

A doutrina diferencia a ação de concorrência desleal da ação de contrafação (ou de violação da propriedade industrial), pois esta é calcada na titularidade do registro da propriedade industrial (direito real), enquanto aquela é fundamentada na existência pura e simples do prejuízo (art. 159 do CC/1916), tratando-se de direito pessoal à indenização por perdas e danos (PAES, Tavares P. R. 'Propriedade Industrial', 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 195).

Dessa forma, nota-se que pode propor ação indenizatória por prática de concorrência desleal o fabricante ou comerciante concorrente, prejudicado pela captação ilícita de clientela, não se conferindo legitimidade ativa somente ao titular do registro ou da patente.

Conseqüentemente, no presente processo, o fato de a ação pautar-se também na alegação de concorrência desleal é mais um motivo para que não se possa considerar parte ilegítima para a causa a ora recorrente, já que o ato ilícito descrito na inicial é capaz de prejudicá-la diretamente.

Destarte, verifica-se que as normas são amplas em resguardar o direito ao ressarcimento de quem é o prejudicado efetivo, e este, aqui, é, indubitavelmente, a pessoa jurídica autora, Plasútil, que explora, legitimamente, a patente, e cuja maioria do capital social e administração pertencem à pessoa física titular do desenho industrial em questão.

Nesses termos, é legitimada a empresa para a ação, de sorte que o não reconhecimento dessa condição pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa

Catarina terminou por violar os arts. 3º e 267, VI, do CPC, além de dissentir da melhor orientação dos arestos paradigmáticos colacionados, também em processos em que figura como autora a Plasútil (fls. 86-101).

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para, em consequência, determinar o prosseguimento da ação. Custas pela recorrida.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.027.884-SC (2008/0024996-6)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Celene Ferreira da Silva

Advogado: Milton Baccin e outro(s)

Recorrido: Simone Ramos da Costa

Advogado: Aderbal Lacerda da Rosa

Interes.: Dilma Ferreira da Silva e outros

EMENTA

Civil. Cessão de direitos hereditários. Escritura pública. Necessidade. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

1 - A cessão de direitos hereditários deve ser formalizada por escritura pública, consoante determina o artigo 1.793 do Código Civil de 2002.

2 - Não há identidade fática entre os arestos apontados como paradigma e a hipótese tratada nos autos.

3 - Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 24.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Cuida-se de recurso especial interposto por Celene Ferreira da Silva contra acórdão da Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que guarda a ementa seguinte:

Processual Civil. Inventário. Cessão de direitos. Nulidade. Peculiaridades do caso. Vício na procuração outorgada aos advogados, por instrumento particular, com cláusula especial para ceder quinhão hereditário. Recurso desprovido.

A cessão de direitos hereditários necessita, por determinação legal, sua efetivação mediante escritura pública. Ou ainda, efetivá-la por termo nos próprios autos, com a presença pessoal dos cedentes, ou que seu procurador esteja munido de instrumento público de mandato com poderes especiais e específicos para que a cessão seja concretizada (Desembargador Monteiro Rocha). (fls. 153)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, aduzindo a Corte de origem a ausência de omissão no julgado (fls. 164-169).

Sustenta, então, a recorrente, com apoio nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, a ocorrência de maltrato ao artigo 1.793 Código Civil de 2002, porquanto a lei não exige o instrumento público para a cessão de direitos hereditários.

Diz ainda estar o acórdão em confronto com o art. 1.806 do mesmo diploma legal, pois a cessão pode ser feita por termo judicial.

Declina, por fim, a existência de dissenso pretoriano entre o julgado recorrido e aresto do TJRS (Agravo de Instrumento n. 70016386385 e Agravo de Instrumento n. 70014017958).

Sem contra-razões, o recurso foi admitido.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento parcial e nesta extensão, pelo não provimento do recurso, em parecer, assim sintetizado:

- Direito de Sucessão. Inventário. Acórdão recorrido que confirma a declaração de nulidade de termo judicial de cessão de direitos hereditários formalizado por procurador constituído por instrumento particular. Recurso especial fundado na violação dos arts. 1.793 e 1.806, do Código Civil, e na divergência jurisprudencial.

- O art. 1.793, do Código Civil, expressamente exige a escritura pública como instrumento adequado para a formalização da cessão dos direitos hereditários.

- Não se caracteriza a divergência jurisprudencial quando não há semelhança entre o paradigma e o v. acórdão recorrido.

- Parecer pelo conhecimento parcial do recurso especial e, nesta extensão, pelo seu não provimento. (fls. 204)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): No inventário e partilha dos bens deixados por Bertholina Maria da Conceição, foi apresentada oposição pela requerida, Simone Ramos da Costa, com o objetivo de anular a cessão de direito hereditário feita por Dilma Ferreira da Silva em favor da inventariante, Celene Ferreira da Silva, aduzindo que a cessão foi realizada sem consentimento expresso da cedente.

O pleito foi acolhido pelo o MM. Juiz *a quo* (fls. 18-19).

A decisão foi mantida, em sede de agravo de instrumento, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, dispondo o acórdão fundamentalmente às fls. 154-157, o seguinte:

Não tem razão a agravante, pois, na verdade, há vício a macular a procuração por instrumento particular, outorgada por Dilma Ferreira da Silva, aos advogados Dr. Milton Baccin e Dr. Álvaro Luiz Carlini, com cláusula especial "para ceder e/ou desistir, no todo ou em parte, de seu quinhão hereditário, em favor da inventariante e/ou terceiro" (fl. 15), tal como apontado pelo Desembargador Jaime Luiz Vicari (fls. 126-129). Portanto, a decisão agravada não está a merecer reparos.

Com a licença do eminente Procurador de Justiça Paulo Roberto de Carvalho Roberge, incorporo a este voto o seguinte excerto de seu parecer:

os interessados, terá de ser formalizada por escritura pública ou termo nos próprios autos; neste caso, com a presença dos cedentes ou mediante procurador com poderes expressos e munido de instrumento público de mandato (AI n. 9.441, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 28.03.1995).

É exatamente esta a situação enfrentada.

A cessão que se busca convalidar ao argumento de ter sido feita nos próprios autos, na melhor das hipóteses teria sido formalizada por procurador constituído por instrumento particular, o que se mostra inadmissível. (fls. 154-156)

Aduz, então, a recorrente, afronta aos arts. 1.793 e 1.806 do Código Civil, sustentando que a utilização do instrumento público é facultativa, de acordo com a interpretação da redação dos referidos dispositivos legais.

A irresignação não merece acolhida.

Com efeito, o novo Código Civil dispõe expressamente a necessidade da formalização da cessão por instrumento público. Ao contrário do alegado pela recorrente, o termo “pode”, inserido no texto do artigo 1.793 do citado diploma legal, refere-se à própria cessão e não ao meio utilizado. Desta forma, é obrigatória a formalização da cessão por escritura pública.

A propósito:

Civil. Cessão de Direitos Hereditários. Ausência de Escritura Pública. Instrumento particular registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Ação ajuizada na vigência do Código Civil de 1916.

I - O novo Código Civil, em seu art. 1.793 é claro ao dispor que o direito à sucessão pode ser objeto de cessão “por escritura pública”. Essa precisão, contudo, não existia no direito brasileiro, e a questão era controvertida na doutrina e jurisprudência.

II - *In casu*, o documento foi levado a registro no Cartório competente, concedida, assim, a devida publicidade. Além disso, é anterior ao segundo, cuja validade não foi reconhecida pelas instâncias ordinárias, que concluíram pela má-fé dos cedentes e cessionários ora recorrentes.

III - Contrato particular de cessão de direitos hereditários registrado em cartório cuja validade se reconhece ante a sua natureza obrigacional e, especialmente, tendo em vista as particularidades ocorridas no presente caso.

IV - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 502.873-MT, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 02.05.2005)

De igual modo improcedente a tese de maltrato ao art. 1.806 do Código Civil, dado que, na hipótese, trata-se de cessão de direitos hereditários e não de renúncia da herança.

A propósito, vale transcrever excerto do parecer ministerial, quando acentua:

Ocorre, entretanto, que não se pode admitir a cessão de direitos hereditários por termo nos próprios autos da ação de inventário. Primeiro, porque há expressa previsão de que sua formalização se faça por escritura pública, e, segundo, porque tal instituto é distinto ao da renúncia da herança, que se configura pelo repúdio à condição de herdeiro; devolvendo-se o quinhão aos demais co-herdeiros: A cessão de direitos hereditários constitui negócio jurídico *inter vivos*, que, para os efeitos legais considera-se imóvel (cf. art. 80, inc. II, do Código Civil), e que: por isso, requer a formalização mediante escritura pública. Nesse sentido leciona Maria Berenice Dias, *in verbis*:

(...) Não dá mesmo para a cessão ser levada a efeito por termos nos autos, pois se trata de negócio jurídico absolutamente estranho à sucessão. Ao depois, de forma expressa a lei diz que a escritura pública é da essência do ato (CC 1.793). a exigência do instrumento público também se justifica porque a lei considera, a herança um bem imóvel (CC 80 II). Mesmo que a herança se constitua somente de bens móveis, por pura ficção, a lei empresta, a condição de bem imóvel ao que chama de "herança aberta". Esta expressão identifica que ainda não houve a partilha. Portanto, no momento em que ocorre a cessão, os bens não se encontram individualizados e a herança é tida como bem imóvel. (fls. 207)

Ademais, quanto ao alegado dissídio jurisprudencial a irresignação não merece acolhida pela evidente falta de similitude fática das situações retratadas nos julgados. No caso presente foi declarada a nulidade do termo de cessão de direitos hereditários firmado por Dilma Ferreira da Silva em favor da inventariante através de procuração por instrumento particular, outorgada aos advogados com cláusula especial para "ceder e/ou desistir, no todo ou em parte, de seu quinhão hereditário, em favor da inventariante e/ou terceiro".

Por outro lado, relativamente ao julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, AG n. 700140179958, verifica-se que o acórdão paradigma trata de renúncia de todos os herdeiros em favor da viúva.

Teve predominância, no referido julgamento, o entendimento de que a cessão, naquele caso, tem o mesmo efeito da renúncia, motivo pelo qual foi mitigado o art. 1.793 do Código Civil.

As hipóteses, como visto, não guardam similitude fática, porquanto tratam de situações diversas, observadas as peculiaridades de cada situação, notadamente quanto ao efeito da cessão.

Recurso especial não conhecido.

RECURSO ESPECIAL N. 1.062.589-RS (2008/0114777-9)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Banco Rural Mais S/A

Advogado: Luciano Dahmer Hocsman e outro(s)

Recorrido: Ananias Benedito dos Santos e outros

Advogados: Césio Sandoval Peixoto e outro(s)

Luiz Carlos Lopes Madeira e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de prestação de contas. Contrato de compra e financiamento de ações da Copesul. Programa de privatização. Dever de prestar. Função social do contrato.

1. O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos declaratórios, recurso de rígidos contornos processuais que serve ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.

2. Prestar contas significa demonstrar e comprovar todos os componentes de débito e de crédito vinculados à relação jurídica estabelecida entre as partes. Tratando-se de contrato de compra e venda de ações colocadas no mercado em razão de programa de desestatização, cabe ao ente financeiro responsável pela operação prestar contas sobre a transação efetuada, informando a quantidade de moeda utilizada na aquisição, datas, preços, a efetiva entrega para a Câmara de liquidação e custódia; re-venda das ações e a que preços;

quais os dividendos recebidos; o saldo do empréstimo por ocasião de sua liquidação, sem prejuízo de outras informações que advieram do ajuste firmado.

3. A função social do contrato veta seja o interesse público ferido pelo particular.

4. Recurso especial não-conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região).

Sustentação oral: Dr. Luiz Carlos Lopes Madeira, pela parte recorrida: Ananias Benedito dos Santos.

Brasília (DF), 24 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 06.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Os recorridos ajuizaram ação de prestação de contas em desfavor do ora recorrente, aduzindo que com ele firmaram contrato de financiamento para aquisição de ações da Copesul em razão de programa nacional de privatizações.

Sustentam que o recorrente era gestor do contrato de financiamento e aquisição, mas não lhes exibiu o quanto pagou pelas ações, qual o valor efetivo delas, nem quanto do valor emprestado foi utilizado.

Sustentaram que o contrato tem cláusulas muito confusas e complexas, que, inclusive, não permitem saber o exato valor liberado para aquisição das ações.

O pedido foi julgado procedente, e o recorrente, condenado a prestar as contas exigidas, inconformado, apelou, e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve a sentença na parte que determinou a prestação de contas, reformando-a quanto aos honorários advocatícios.

O acórdão restou assim ementado:

Prestação de contas. 1ª fase. Operação negocial de aquisição de ações.

1. Agravo retido. Indeferimento de oitiva de testemunha desnecessária ao desate da lide não configura cerceamento de defesa.

2. Há interesse de agir dos autores em ver prestadas as contas relativas aos contratos firmados com a instituição financeira.

3. Eventual transferência das ações não afasta a legitimidade ativa de parte dos demandantes.

4. Prescrição inócurre, pois se trata de relação obrigacional cujo prazo previsto no artigo 177 do Código Civil vigente à época da contratação é vintenário.

5. É dever da instituição financeira prestar contas da operação negocial entretidas com a parte.

6. Aplicação do Princípio da Boa-fé e do dever anexo de informação.

7. Ante o trabalho realizado pelo procurador da parte autora, assim como pelo vulto da operação, merece ser majorada a verba honorária arbitrada na sentença.

Rejeitaram as preliminares, desacolheram o agravo retido, negaram provimento ao apelo do réu e deram provimento ao dos autores.

O recorrente, após opor embargos declaratórios, que foram rejeitados, aviou recurso especial com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, aduzindo que foram violados os artigos 3º, 458, inciso II, 535, 915 e 917 do Código de Processo Civil; os artigos 1.301 e 1.331 do Código Civil de 1916; os artigos 1.119 e 1.122 do Código Civil, e artigo 421 do Código Civil de 2002.

Apresentadas as contra-razões, o recurso foi inadmitido na origem. Porém, foi aviado agravo de instrumento (Ag n. 904.114), ao qual dei provimento determinando a subida do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): No recurso especial de que ora se cuida foram abordados quatro itens distintos, os quais analiso articuladamente, conforme se segue.

a) Da negativa de prestação jurisdicional

O primeiro ponto diz respeito à violação das disposições do art. 535 do Código de Processo Civil. Sustenta o recorrente que o acórdão foi omissivo e obscuro por não ter se manifestado a respeito da falta de interesse de agir da parte contrária e acerca do que consistia a “relação negocial complexa”.

Omissão não há. Não fosse pelo fato de as questões terem sido claramente tratadas no acórdão embargado, observo que, no julgamento dos embargos, o Tribunal *a quo* ainda especificou:

A alegação de falta de interesse de agir sob o argumento de que os embargados pretendiam revisar a contratação entretida entre as partes está claro nas razões recursais de apelo do aqui embargante. Quanto à complexidade da relação negocial em apreço, também nada há a esclarecer, pois se refere ao negócio jurídico havido entre as partes e que ensejou o ajuizamento da presente controvérsia (fl. 1.507-v).

Portanto, tendo o embargante postulado a modificação do julgado que lhe foi desfavorável, e não havendo nenhuma omissão ou obscuridade, não conheço do recurso no ponto.

b) Inexistência de interesse de agir

O recorrente sustenta que foram vulneradas as disposições dos artigos 5º, 915 e 917 do Código de Processo Civil, ao argumento de que os questionamentos formulados pelos autores não são passíveis de serem esclarecidos nesta via de prestação de contas, pois ultrapassam a mera relação de débitos e créditos – forma mercantil – a que alude o artigo 917. Conclui, então, que falta interesse de agir aos autores.

O artigo 917 do Código estabelece o seguinte:

Art. 917. As contas, assim do autor como do réu, serão apresentadas em forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos.

Na verdade, as indagações dos autores – que constitui a causa de pedir mediata – não ferem em nada o dispositivo acima. Ao contrário, pois pretendem

saber acerca das receitas (valores efetivamente liberados a título de mútuo) e da aplicação das despesas (compra das ações, valores despendidos para tanto, valor das respectivas ações etc).

Como bem esclarece Humberto Theodoro Júnior, *in* Curso de Direito Processual Civil, Volume III, 39ª edição, p. 92:

Consiste a prestação de contas no relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes a uma administração de bens, valores ou interesses de outrem, realizada por força de relação jurídica emergente da lei ou do contrato.

Seu objetivo é liquidar dito relacionamento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico de tal modo que, afinal, se determine, com exatidão, a existência ou não de um saldo fixando, no caso positivo, o seu montante, com efeito de condenação judicial contra a parte que se qualifica como devedora.

Não se trata, assim de um simples acerto aritmético de débito e crédito, já que na formação do balanço econômico discute-se e soluciona-se tudo o que possa determinar a existência do dever de prestar contas como tudo o que possa influir na formação das diversas parcelas e, conseqüentemente, no saldo final.

O montante fixado no saldo será conteúdo de título executivo judicial: 'o saldo credor declarado na sentença - dispõe o art. 918 do CPC - poderá ser cobrado em execução forçada'.

Diante desse singular aspecto da ação, Rocco considera como seu principal objetivo o de obter a condenação do pagamento da soma que resultar a débito de qualquer das partes no acerto das contas. Procede-se, destarte, à discussão incidental das contas em suas diversas parcelas, mas a ação principal, é mesmo de acerto e condenação quanto ao resultado final do relacionamento jurídico patrimonial existente entre as partes.

Ademais, a norma em comento dispõe que a apresentação das contas deve operar-se sob a forma mercantil, visando conferir maior tecnicidade e uniformidade ao procedimento. Caso contrário, cada um poderia fazê-la como bem entendesse, comprometendo o fim do instituto. Isso, contudo, não quer dizer que se deve interpretar a norma com rigor, pois o que se pretende é o esclarecimento de quem pede as contas; obtido isso, mesmo que a forma mercantil seja olvidada, as contas serão válidas.

Por fim, é de ressaltar que a obrigação imposta no acórdão recorrido refere-se à obrigação de prestar contas. A forma como elas serão apresentadas, o que nelas deve-se incluir ou não, fica relegado à segunda fase da ação, quando as contas serão efetivamente elaboradas.

Por certo que, tendo o recorrente boa-fé no trato de seus negócios, é de se esperar que ofertará as contas sem impor empecilho de nenhum tipo. Esclarecerão os autores acerca de tudo o que envolveu a execução do contrato.

Quanto ao artigo 915 do CPC, que disciplina o procedimento a ser observado, nada a respeito dele foi debatido, não tendo sido travadas quaisquer discussões sobre as normas que nele estão encerradas. Assim, ante a falta de questionamento, o recurso especial não pode ser conhecido.

c) Da qualificação jurídica do contrato

Sustenta o recorrente que o acórdão descaracterizou a relação jurídica havida entre as partes, que era mero contrato de compra e venda, para enquadrá-la como mandato, gestão de negócios ou administração de bens de terceiros.

Em razão disso, sustenta que houve vulneração das disposições dos artigos 1.119, 1.122, 1.301 e 1.331 do Código Civil de 1916.

Na verdade, a qualificação jurídica desimporta para o deslinde da presente lide, que visa unicamente à prestação de contas. Inclusive, não é objeto da presente ação nenhuma controvérsia acerca do contrato celebrado, até porque os autores não sabem se foi ele cumprido a contento ou não. Esse é o motivo da presente demanda, que visa a prestação de informações.

Das palavras contidas no voto condutor do acórdão recorrido, não há como concluir que tenha havido desqualificação da natureza jurídica do negócio avençado. Observe-se:

Com efeito, depreende-se que se trata de relação processual complexa objetivando a compra de ações da *Copesul*, por seus funcionários, mediante financiamento concedido pela ré, tendo-lhe sido prestada garantia das próprias ações adquiridas.

Na lição do eminente colega Desembargador Mário José Gomes Pereira, Relator da Apelação n. 70004989448, 'Seja na qualidade de mandatário (CCB, 1.301) ou de gestor (CCB, 1.331), ou, ainda, por administrado contas/valores em nome dos autores, tem o Banco o dever *ex lege* de prestar contas (fl. 1.493).

Portanto, indubitável que a conclusão acima foi de que: não importa se o contrato ajustado entre as partes incluía cláusulas de mandato, ou gestão ou mera administração, ainda assim tem o banco o dever de prestar contas.

Ante tal fato, não há por que falar em violação dos dispositivos do Código Civil, na medida em que eles não foram sequer aplicados à espécie nem mesmo deveriam sê-lo, porque não são objeto da presente demanda.

Extrai-se da lição de Carlos Maximiliano o que significa contrariar a lei federal. Nada obstante os comentários referirem-se à Constituição Federal de 1946, continuam atuais, porque aplicam-se à hipótese de cabimento de recurso especial fundado na alínea **a** do inciso III do art. 105 da atual Constituição. *Verbis*:

Julgar-se contra a *letra da lei* quando se deixa de aplicar um texto positivo (1); quando a sentença abandona a regra evidentemente apta a reger a hipótese em aprêço e invoca outra que não a disciplina; ou comete erro flagrante, manifesto, de interpretação (2); quando contraria a tese, o princípio, que a norma vigente exprime; ou faz invocação desapropriada ou insincera de postulado peremptório (3); enfim, quando se orienta por um preceito inaplicável à espécie vertente em vez do claramente adequado (4).

Não se enquadra na letra **a** do artigo 101, n. III, o *veredictum*, quando entre duas correntes de idéias ou de soluções comumente usadas adote uma; quando haja argumentos pro e contra a aplicação feita, ou quando se apoie em um ramo de Direito adequado, embora a parte invocasse outro (por exemplo, Direito Comercial vez de Civil; êste em lugar do Criminal (5); nem quando não tenha contrariado, de modo direto ou indireto, um dispositivo legal (6) (*in* Comentários à Constituição Brasileira 1946, vol. III, p. 364-365).

Portanto, não conheço do recurso neste ponto.

d) Da inaplicabilidade das disposições do art. 421 do Código Civil

Por fim, o recorrente afirma que as disposições do artigo 421 do Código Civil não poderia ser aplicada à presente hipótese, pois se trata de contrato firmado sob a égide do Código revogado.

Sem razão o recorrente.

O ordenamento jurídico constitui um sistema, que pressupõe ordem e unidade, devendo portanto suas partes conviver em harmonia.

Com efeito, na moderna dogmática jurídica, as normas se subdividem em duas categorias, a saber: a) – regras e b) – princípios. Entre essas categorias não há hierarquia em vista da unidade do ordenamento jurídico.

As regras correspondem à normas, que, diante da ocorrência de suposto fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem.

De sua vez, os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Têm maior teor de abstração e finalidade mais destacada dentro do sistema.

Traduzem comandos de otimização na medida em que pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível e funcionam como fio condutor do sistema jurídico dando-lhe unidade.

A propósito observa *Roque Antonio Carrazza* que:

Princípio é um enunciado lógico, *implícito ou explícito*, que por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se concectam.

Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumento teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo. De ressaltar, com Souto Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro, e não do fato de um esta melhor ou pior desvendado no texto jurídico. Aliás, as norma jurídicas não trazem sequer expressa sua condição de princípios ou de regras. É o jurista que, ao debruçar-se sobre elas, as identifica e as hierarquiza (Curso de Direito Constitucional Tributário, p. 39, 21ª edição/2005 – Malheiros Editores).

Pois bem, os princípios da “boa fé objetiva” e da “função social do contrato”, conquanto só tenham sido acolhidos, de forma explícita no texto dos artigos 113 e 421, respectivamente, do novel Código Civil, que entrou em vigor em 2003, desde há muito encontravam-se ínsitos, de forma implícita, no sistema. De sorte que sua incidência nas relações contratuais estabelecidas anteriormente a entrada em vigor do mencionado diploma não caracteriza, evidentemente, violação do princípio da irretroatividade da leis e muito menos do princípio do ato jurídico perfeito.

No caso presente, a referência no acórdão recorrido aos “princípio da função social do contrato” e da “boa-fé objetiva” importou apenas no manejo da “função interpretativa” daqueles princípios, no sentido de estabelecer o alcance das cláusulas contratuais.

Ademais, o argumento, aqui suficientemente rebatido por si só não teria o condão de alterar a conclusão da decisão recorrida.

e) Conclusão

Ante o exposto, e verificando que inexistente violação de lei federal, *não conheço do recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.097.759-BA (2008/0224645-6)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: União

Recorrido: Soane Nazare de Andrade e outro

Advogados: Ivan Luiz Bastos e outro(s)

José Cândido de Carvalho Filho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Direito Processual Civil. Intervenção anódina da União. Art. 5º da Lei n. 9.469/1997. Interesse meramente econômico. Deslocamento da competência para a Justiça Federal. Impossibilidade. Recurso especial não conhecido.

1. Conquanto seja tolerável a intervenção anódina da União plasmada no art. 5º da Lei n. 9.469/1997, tal circunstância não tem o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal, o que só ocorre no caso de demonstração de legítimo interesse jurídico na causa, nos termos dos arts. 50 e 54 do CPC/1973.

2. A interpretação é consentânea com toda a sistemática processual, uma vez que, além de não haver previsão legislativa de deslocamento de competência mediante a simples intervenção “anômala” da União, tal providência privilegia a fixação do processo no seu foro natural, preservando-se a especial motivação da intervenção, qual seja, “esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria”.

3. A melhor exegese do art. 5º da Lei n. 9.469/1997 deve ser aquela conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 70 da Lei n. 5.010/1966 e art. 7º da Lei n. 6.825/1980, porquanto aquele dispositivo disciplina a matéria, em essência, do mesmo modo que os diplomas que o antecederam.

4. No caso em exame, o acórdão recorrido firmou premissa, à luz dos fatos observados nas instâncias ordinárias, que os requisitos da intervenção anódina da União não foram revelados, circunstância que faz incidir o Verbete Sumular n. 7-STJ.

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Afirmou impedimento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 1º.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se, na origem, de agravo de instrumento tirado de decisão proferida pelo Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Ilhéus-BA, que, nos autos de embargos à execução ajuizados pelo Banco do Brasil S/A, indeferiu o ingresso da União como assistente, nos termos do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997.

A lide pode ser assim historiada:

Em 09.11.1995, o Banco do Brasil ajuizou a ação de execução de título extrajudicial em face dos requeridos. Estes, por sua vez, opuseram embargos à execução que foram julgados procedentes, culminando com uma condenação em honorários advocatícios de 20% do valor da causa.

Irresignado o Banco do Brasil apelou da decisão (n. 587 – 5/2002), o recurso foi improvido. Posteriormente, ingressou com embargos de declaração, Recurso Especial e Extraordinário (os dois últimos não reconhecidos por intempestividade). Estas decisões foram agravados perante o STJ e STF, sendo mantido o reconhecimento da intempestividade.

Em fase de execução o Banco do Brasil ingressou com exceção de pré-executividade, embargos à execução, Ação rescisória, esta teve seu seguimento negado, e exceção de suspeição (rejeitada por unanimidade pelo TJ-BA), dentre outras medidas judiciais.

Em 11.04.2006, a *União* peticionou nos autos de embargos à Execução tombado sob o n. 954.336-1, requerendo a sua inclusão como assistente simples do Banco do Brasil, sociedade de economia mista integrante da administração indireta.

Os embargados foram contra o ingresso da União como assistente nessa fase processual e o Banco do Brasil, opinou favoravelmente. (fl. 437)

O acórdão proferido no agravo de instrumento, que manteve o indeferimento do ingresso da União na fase de execução, ficou assim ementado:

Processual Civil. Agravo de instrumento. Tempestividade. Embargos à execução promovida contra o Banco do Brasil S/A. Pedido de assistência formulado pela União Federal. Indeferimento. Interesse na lide não demonstrado.

I - Salvo quando não conhecidos por intempestividade, os embargos de declaração interrompem o prazo para oposição de recurso, motivo pelo qual se afigura tempestivo o presente agravo de instrumento.

II - A simples condição de acionista majoritária do Banco do Brasil S/A, ostentada pela União Federal, não tem o condão, por si só, de caracterizar o seu eventual interesse na lide instaurada contra a aludida Sociedade de Economia Mista, com o conseqüente deslocamento da competência, para processar e julgar o feito, para a Justiça Federal, mormente quando já inteiramente resolvido o processo de conhecimento, sem a pretendida assistência, como no caso dos autos, restringindo-se a execução, tão-somente, à verba honorária a que fora condenado o Banco do Brasil S/A, a caracterizar a sua inteira responsabilidade pelo pagamento da aludida verba, na espécie dos autos.

III - Agravo desprovido. Decisão mantida. (fl. 481)

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados pelo acórdão de fls. 493-501).

Irresignada, a União interpôs recurso especial com supedâneo nas alíneas **a** e **c** do autorizador constitucional, alegando ofensa ao art. 535 do CPC, art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997.

Argumenta ser descabida a exigência de demonstração de interesse jurídico para a União intervir no presente feito, porquanto o interesse econômico estaria demonstrado, nos termos do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997.

Aduz, de outra parte, que o interesse econômico da União reside no fato de que o valor exequendo a título de honorários, cerca de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais), corresponderia a quase 1% do lucro do Banco do Brasil no 3º trimestre de 2007. Ou seja, “bastaria de um pouco mais de cem decisões judiciais (...) para que tal instituição financeira passasse a operar no prejuízo”. (fl. 511)

Sinaliza, por derradeiro, dissídio jurisprudencial em relação ao acórdão proferido no EREsp n. 589.560-SP, de relatoria do e. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 10.08.2005.

Contra-arrazoado (fls. 524-532), o especial foi admitido (fls. 535-536).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 1. Por primeiro, afasto a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, aptos a ensejar a oposição dos embargos declaratórios.

Em realidade, o acórdão proferido em sede de embargos de declaração enfrentou diretamente o ponto suscitado, relativo à incidência do art. 5º da Lei n. 9.469/1997, apenas não acolhendo a tese defendida pelo embargante, circunstância que afasta a pretensa vulneração ao art. 535 do CPC.

Confira-se, dentre muitos, o seguinte precedente:

Processo Civil. Honorários advocatícios. Execução fiscal e embargos à execução. Cumulação. Possibilidade. Jurisprudência do STJ. Acórdão. Omissão: inexistência.

1. Inexiste omissão em acórdão que enfrenta a questão controversa, dando solução à demanda, mas no sentido contrário à pretensão da parte embargante.

(...)

(REsp n. 1.019.720-PA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.09.2008, DJe 02.10.2008).

2. Quanto ao mérito, pretende a União intervir no feito, em fase de embargos à execução relativa a cobrança de honorários advocatícios, apontando que “teria interesse no deslinde da controvérsia instaurada nos autos de origem, na condição de assistente simples, pelo fato de ser acionista majoritária” da sociedade embargante (fl. 504).

Como noticiam os autos, o Banco do Brasil S/A foi sucumbente em ação de embargos à execução, condenado, assim, a arcar com custas e honorários advocatícios, estes, segundo relata, atinge o patamar de cerca de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais). Manejou-se recurso de apelação e, posteriormente, recursos especial e extraordinário, todos infecundos.

Em fase de execução dos honorários, o Banco do Brasil S/A peticionou exceção de pré-executividade, ajuizou embargos à execução, ação rescisória e exceção de suspeição, medidas estas que lograram a mesma sorte das anteriores.

Finalmente, nos autos dos embargos à execução, que tramita no Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Ilhéus-BA, requereu a União intervenção no feito na forma de assistência simples, com supedâneo no art. 5º da Lei n. 9.469/1997, deslocando a competência para a Justiça Federal, que, por sua vez, não vislumbrou motivo razoável para a participação da União.

2.1. A celeuma relativa à intervenção da União em hipóteses que extravasam àquelas previstas no Código de Processo Civil - nas quais a demonstração de interesse jurídico é antecedente necessário -, bem como às consequências dessa intervenção, de fato, não é nova.

Remontam à Lei n. 5.010/1966 as primeiras previsões legislativas desse tipo de intervenção, tida pela doutrina como “intervenção anômala”:

Art. 70. A União intervirá, obrigatoriamente, nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos especiais e fundações criados por lei federal.

O Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos e, agora, o Superior Tribunal de Justiça, sempre foram instados a se manifestar acerca do tema.

A exegese dada pelo Supremo Tribunal Federal ao mencionado artigo foi a de que, a despeito da omissão legislativa, o deslocamento do feito para a Justiça Federal dependeria de legítimo interesse jurídico, nos termos do art. 93 do Código de Processo Civil de 1939, que assim dispunha:

Art. 93. Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, este poderá intervir no processo como assistente, equiparado ao litisconsorte.

Nesse sentido, foi o voto proferido pelo Ministro Victor Nunes Leal no Conflito de Jurisdição n. 4.021-Guanabara:

O Supremo Tribunal tem entendido, para efeito de competência, que esse interesse tem de ser manifestado formalmente, com a assunção de posição específica no processo, como assistente ou oponente.

(...)

O interesse da União deve traduzir-se numa posição processual definida, e não apenas na simples alegação de interesse. Certo ou errado, este é o entendimento do Tribunal, que vinha predominando.

Elucidativo também foi o voto condutor do Ministro Thompson Flores, a quem coube a lavratura do acórdão:

(...) não é bastante que a União se pronuncie. Aceito a tese, agora propugnada pelo eminente Ministro Victor Nunes, entendendo que o dispositivo constante do § 2º do art. 119, quando estabelece que as causas propostas perante outros juízes, se a União nelas intervier (*sic*) como assistente ou opoente, passarão a ser da competência da Justiça Federal, merece a devida interpretação.

Tenho que esse dispositivo carece de exegese, porque não é bastante uma mera interferência, uma interferência simplesmente formal, sem exigências outras da União. Porque, então, daríamos ao Procurador Geral o poder de fixar a competência, arrebatando-a, quando o entendesse. Isso seria, evidentemente inaceitável.

Finalmente, o Ministro Evandro Lins descortinou o que seria o verdadeiro escopo da intervenção da União no feito, o que era, deveras, esperado:

O que resta saber é se o simples requerimento da assistência da União desloca o julgamento do processo para o Juízo Federal.

Devemos considerar, na hipótese, as diversas implicações que esse puro e formal requerimento de assistência vem acarretando, com graves prejuízos para as partes e sérios entraves à Justiça.

Sabemos que há uma Portaria ou Ordem de Serviço da Procuradoria-Geral da República - eu mesmo a assinei quando tive a honra de desempenhar esse elevado cargo - recomendando aos Procuradores da República que requeiram, sempre, a intervenção da União em todos os casos da Rede Ferroviária. Essa recomendação tinha e tem o objetivo exclusivo de deslocar do foro comum para a Justiça Federal os feitos do interesse dessa sociedade de economia mista. Em virtude dessa Portaria, passou a ocorrer uma constante disparidade quanto à competência para o julgamento pela Justiça Federal, quando houvesse requerimento da União, e pela Justiça Comum, quando a União, por omissa ou porque não foi alertada para a existência do processo, deixou de fazer qualquer requerimento de assistência.

Se houver assistência da União, essa assistência há de ser requerida até ser proferida decisão de 1ª instância, assumindo a assistente o papel de litisconsorte.

O simples requerimento de assistência não tem a virtualidade de mudar a competência de foro. Na realidade, como temos testemunhado através de

inúmeros casos, a intervenção da União só tem servido para tumultuar os feitos, retardando o seu desfecho.

Posteriormente, em diversas oportunidades, o Pretório Excelso referendou o mesmo entendimento.

Confirmam-se:

Competência. Deslocamento. Para que, em ação de desapropriação movida por município contra particular, ocorra o deslocamento de competência para a Justiça Federal, não basta que a União intervenha no processo com petição em que simplesmente alegue ser seu o domínio do imóvel, mas é necessário que o faça por meio de oposição devidamente formalizada. Recurso extraordinário não conhecido. (RE n. 94.142, Relator(a): Min. Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em 05.05.1981, DJ 05.06.1981 p. 05398, Ement vol-01215-02 p. 00524);

Tarifas de energia elétrica. Competência. Concessionária de serviço de eletricidade. Interesse da União não demonstrado. Aplicação da Portaria Ministerial n. 140 (MME).

1. A simples intervenção da União, sem demonstrar interesse jurídico, não desloca a competência para a Justiça Federal.

(RE n. 96.590, Relator(a): Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, julgado em 04.02.1983, DJ 11.03.1983 p. 02.475, Ement vol. 01.286-02 p. 00.413);

- Competência. Ação de desapropriação. A simples manifestação de interesse na causa, feita pela União, sem a assunção precisa da posição de autora, ou ré, ou assistente, ou oponente, não desloca a competência para a Justiça Federal. Dissídio jurisprudencial não comprovado nos moldes regimentais. Recurso extraordinário não conhecido.

(RE n. 91.698, Relator(a): Min. Xavier de Albuquerque, Primeira Turma, julgado em 05.02.1980, DJ 29.02.1980 p. 00975, Ement vol-01161-02 p. 00505, RTJ vol-00092-02 p. 00931).

Com efeito, a jurisprudência pátria permaneceu incólume na tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Conflito de Jurisdição n. 4.021-Guanabara, no já distante ano de 1969. Vale dizer, conquanto fosse tolerável a intervenção da União em causas quando presente apenas o seu interesse remoto, indireto ou econômico, tal circunstância não teria o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal, o que só ocorre no caso de demonstração de legítimo interesse jurídico na causa, nos termos do art. 93 do CPC/1939 e art. 50 do CPC/1973.

Tal tese foi outrora materializada na Súmula n. 61-TFR, *verbis*:

Para configurar a competência da Justiça Federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa.

2.2. A legislação posterior contemplou solução jurídica semelhante à do art. 70 da Lei n. 5.010/1966. Nesse sentido, são os arts. 7º da Lei n. 6.825/1980 - que revogou o art. 70 da Lei n. 5.010 - e 2º da Lei n. 8.197/1991.

O art. 7º da Lei n. 6.825/1980 estava assim redigido:

Art 7º A União Federal poderá intervir nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos especiais e fundações criados por lei federal.

Por sua vez, a redação do art. 2º da Lei n. 8.197/1991:

Art. 2º A União poderá intervir nas causas que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais.

A legislação atual regente do tema é a Lei n. 9.469/1997, introduzida no ordenamento jurídico pela Medida Provisória n. 1.561/1996, que, dentre outras providências, “dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta”.

O art. 5º deste Diploma, dispositivo que interessa ao desate da controvérsia, está assim redigido:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

2.3. A bem da verdade, o artigo em análise consubstancia exceção a toda a sistemática processual vigente, a qual exige, para a assunção da posição de

“parte” (art. 3º do CPC) ou “terceiros intervenientes” (art. 50 do CPC), a demonstração de legítimo interesse jurídico, materializado pela doutrina clássica como a possibilidade da causa pendente de julgamento afetar diretamente a esfera jurídica do pretense interveniente.

Diante dessa manifesta incongruência, doutrinadores de peso vêem nesse dispositivo um “abandono de princípios processuais básicos” e uma violação “grosseira e rasa” do direito processual (respectivamente, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 227).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, na obra acima citada, prelecionam que:

De todo modo, insta deixar registrado, com tristeza, que o direito processual (...) não pode ser violado de maneira tão grosseira e rasa, com intuitos como este, feitos sem a menor preocupação com a técnica processual ou as conseqüências que podem causar aos processos, apenas para que possam ser atendidos casos determinados e circunstâncias específicas. É importante sublinhar, apesar de óbvio, que os princípios e garantias processuais objetivam estabelecer um processo democrático, capaz de conferir aos cidadãos uma justiça imparcial. Ora, o art. 5º da Lei n. 9.467/1997, exatamente por desconsiderar os princípios processuais, atenta contra o direito que todo cidadão possui de ir ao Poder Judiciário em busca de uma solução imparcial, justa e estável para o seu conflito de interesses.

Porém, por disposição literal, o art. 5º da Lei n. 9.469/1997 prevê essa intervenção “atípica” da União sem demonstração de interesse jurídico, e, no âmbito do recurso especial, cabe a esta Corte Superior conferir a melhor e mais adequada interpretação a lei.

Nesse passo, a melhor exegese do dispositivo, segundo penso, deve ser aquela mesmo elaborada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 70 da Lei n. 5.010/1966 e art. 7º da Lei n. 6.825/1980, porquanto o art. 5º da Lei n. 9.469/1997 dispõe, em essência, do mesmo modo que os diplomas que o antecederam.

O mencionado dispositivo pode ser, para melhor compreensão, fracionado em três partes:

a) o *caput* - que reflete, essencialmente, a legislação pretérita -, juntamente com o parágrafo único, explicitam a possibilidade de entes da Administração

Pública Federal - não excluindo, por óbvio, a própria União - intervirem em processos “em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais”, sem a demonstração de interesse jurídico, bastando a demonstração do interesse econômico, ainda que indireto;

b) a especial motivação dessa intervenção - “para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria”; e

c) a possibilidade de, se for o caso, os intervenientes recorrerem, “hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

Dessume-se claramente da leitura do dispositivo (item a) que o só fato de a União intervir no feito, valendo-se do benefício dado pelo art. 5º da Lei n. 9.469/1997, não acarreta automaticamente o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Esta sempre foi a jurisprudência da Suprema Corte, acompanhada, por sua vez, pelo Tribunal Federal de Recursos, o qual, inclusive, editou a já mencionada Súmula n. 61:

Para configurar a competência da Justiça Federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa.

Não havendo alteração legislativa substancial acerca do tema, não justifica a inobservância da jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tratando de questão análoga.

Vale dizer, conquanto seja tolerável a intervenção anódina da União plasmada no art. 5º da Lei n. 9.469/1997, que poderá “esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria”, tal circunstância não tem o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal, o que só ocorre no caso de demonstração de legítimo interesse jurídico na causa, nos termos dos art. 50 e 54 do CPC/1973.

Não é ocioso desde logo ressaltar que tal solução não esvazia o Verbete Sumular n. 150-STJ, assim redigido:

Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

Por óbvio, a Justiça Federal somente decidirá acerca da presença do interesse jurídico quando a intervenção da União for requerida com base na presença desse interesse qualificado.

Porém, tal não ocorre com a ingerência processual da União por mero interesse econômico.

Somente no caso de haver recurso interposto pelo ente federal, o deslocamento da competência poderá ocorrer.

Athos Gusmão Carneiro, com a clareza costumeira, dá a mesma solução à controvérsia:

Essa intervenção “atípica” da entidade de direito público federal poderá ser melhor enquadrada como caso de intervenção de *amicus curiae*

(...).

Novidade maior está no parágrafo, segundo o qual a pessoa jurídica de direito público (portanto, a Administração centralizada, as autarquias, as fundações de direito público) poderá intervir em qualquer demanda se a sentença, a ser proferida na causa, puder influir, ainda que de forma indireta e reflexa, no âmbito patrimonial da aludida pessoa jurídica. Mais ainda: nos casos em que ocorra esta intervenção atípica, a competência não se desloca para o foro privativo, salvo se a entidade de direito público interpuser recurso; apenas nesta hipótese, segundo está na lei, será considerada como parte (...) e, pois, haverá o deslocamento de competência para a Justiça Federal (...).

(...)

Sustentamos alhures (em parecer forense) que a única exegese possível, capaz de livrar o parágrafo único, parte final, da eiva de inconstitucionalidade (preservando o texto), será a de limitar sua incidência aos casos em que a entidade de direito público, ao recorrer, venha simultaneamente a sustentar a existência (ou a superveniência) de interesse jurídico, destarte requerendo e obtendo seu reenquadramento processual como “assistente” ou como “litisconsorte” da entidade para cuja tutela postulou sua intervenção. O deslocamento de competência será, então, consectário desse novo enquadramento. (Idem, p. 202-203)

No mesmo sentido, tem-se inclinado a Primeira Seção do STJ:

Direito Processual Civil. Competência. Juízo Federal. Declinação da competência para a Justiça Estadual. Interesse da União não caracterizado. Acórdão que, em agravo de instrumento, reconhece o interesse reflexo da União na ação ajuizada em face de concessionária de serviço de telefonia, dada a competência fiscalizadora da Anatel. Agência que não manifesta interesse e não integra o feito.

I – Não justificado o interesse jurídico da União no feito, é de se reconhecer a incompetência da Justiça Federal para seu processamento e julgamento. A Lei n. 9.469/1997, que alberga hipóteses de intervenção da União independentemente de interesse jurídico, impõe o deslocamento da competência apenas no caso de interposição de recurso, fato não ocorrente no caso, no qual sequer houve manifestação do ente público nem de suas autarquias. Precedentes: REsp n. 633.028-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.11.2004, p. 251; CC n. 1.755-BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 17.06.1991, p. 8.183.

II – Recurso especial provido.

(REsp n. 574.697-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 167);

Recurso especial. Autuação multa. Violação dos artigos 5º e 9º, da Lei n. 9.469/1997 e 398 do Código de Processo Civil. Não-ocorrência. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(...)

3. Não configura vulneração ao artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997 o julgamento, pela justiça estadual, de demanda em que não existe justificado interesse jurídico de autarquia federal – DNER – no feito nos moldes do artigo 109, I, da Constituição Federal vigente. Afora isso, cumpre registrar que nos termos do parágrafo único do artigo 5º da Lei n. 9.469/1997, acusado de violado pelo recorrente, o deslocamento da competência apenas aconteceria no caso de interposição de recurso, o que, incontestavelmente, não é o caso dos autos.

4. Recurso especial conhecido pelas aludidas violações dos artigos 398 do Código de Processo Civil e 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997 e desprovido.

(REsp n. 633.028-PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 05.10.2004, DJ 29.11.2004 p. 251).

Essa interpretação, de fato, mostra-se consentânea com toda a sistemática processual, uma vez que, além de não haver previsão legislativa de deslocamento de competência mediante a simples intervenção “anômala” da União, tal providência privilegia a fixação do processo no seu foro natural.

Apenas a título exemplificativo, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, contido no art. 87, do CPC, segundo o qual a competência é fixada tão-logo seja proposta a ação, reflete, em verdade, uma vontade legislativa adotada pelo Código de Processo Civil, qual seja, a de estabilização do processo.

Porém, não é o único. A mesma opção principiológica permeia todo o Diploma Processual, por exemplo, no art. 264, que proclama a fixação do pedido e da causa de pedir - *perpetuatio libelli* - e no art. 42, a fixação das partes - *perpetuatio legitimationis*.

Vê-se, portanto, que o sistema busca evitar sobressaltos ao bom andamento do processo, sobretudo em razão de indesejável deslocamento de foro.

À luz do princípio do juiz natural, não se admite que a parte escolha o Juízo perante o qual quer litigar. O foro competente não é definido ao nuto do julgador, tampouco das partes ou interessados, mas em conformidade com as regras de fixação e prorrogação de competência entabuladas nas leis processuais.

Por isso que a intervenção excêntrica da União não pode gerar, desde logo, o deslocamento do feito para a Justiça Federal, pois, em realidade, estar-se-ia entregando a sua Advocacia Geral o poder de eleição do foro das sociedades de economia mista, para obstruir a marcha de processos de terceiros quando melhor lhe conviesse.

2.4. Por outro lado, ao contrário do que possa aparentar, o art. 5º da Lei n. 9.469/1997 é mais restritivo que os diplomas que o precederam.

Se, por um lado, ainda há a previsão de intervenção da União independentemente de demonstração de interesse jurídico - o que já era contemplado pela jurisprudência do STF -, há de ser observada a especial motivação da intervenção, qual seja, “para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria”.

A melhor hermenêutica aplicável a todo e qualquer texto legal, como se sabe, não deve reduzir a norma jurídica a palavras vazias.

Com efeito, não basta a União, ou outro ente legitimado, atravessar singela petição requerendo sua intervenção à luz do art. 5º da Lei n. 9.469/1997, por suposto interesse econômico. Deve, desde logo, demonstrar como exatamente pretende “esclarecer questões de fato e de direito” ou qual a utilidade de se “juntar documentos e memoriais”, sem o que não será possível o seu ingresso na lide.

Por essas razões, parte da doutrina já tem sinalizado que a intervenção da União nessas hipóteses é apenas circunstancial e transitória, exaurindo-se tão logo sejam apresentados os esclarecimentos aos quais alude o parágrafo único do art. 5º da Lei n. 9.469/1997.

Confira-se nesse sentido:

Mas o que está escrito no dispositivo, embora de forma tortuosa, é que (redijamos de forma direta, mais clara): “As pessoas jurídicas de direito público poderão intervir nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de

natureza econômica, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria”.

Ad litteram, portanto, as pessoas jurídicas de direito público podem intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, apenas para prestar esclarecimentos.

(...)

Acreditamos que, aprofundando a idéia, o parágrafo único do art. 5º da Lei n. 9.469/1997 deva ser interpretado no sentido de que a participação processual das pessoas jurídicas de direito público, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo, para tanto, juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria, não caracterizam intervenção de terceiros permanente, na medida em que a pessoa jurídica de direito público não ingressa no processo como sujeito do contraditório instituído pelo juiz, não passa a ser parte nem mesmo acessória. Ela simplesmente leva ao conhecimento do juiz, em seu próprio interesse, os esclarecimentos que reputa úteis, sem - repita-se - tornar-se parte efetiva do processo. (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Assistência e intervenção da União. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 196-198)

2.5. No caso em exame, a União requereu a intervenção no feito, como assistente do Banco do Brasil S/A, nos moldes do art. 5º, da Lei n. 9.469/1997, razão pela qual o processo foi enviado à Justiça Federal.

O Juízo Federal, entendendo pela necessidade de demonstração do interesse jurídico, indeferiu a intervenção pleiteada.

À luz do que foi exposto ao longo do voto, sequer a remessa à Justiça Federal se fazia necessária, o que é em si bastante para não conhecer do recurso especial.

Ademais, ainda que se por isso não fosse, o acórdão recorrido firmou premissa, à luz dos fatos observados nas instâncias ordinárias, de que os requisitos da intervenção especial da União não foram revelados, conforme se observa do seguinte trecho:

Quanto a intervenção prevista no art. 5º da Lei n. 9.469/1997, introduzida no direito pátrio a partir da Lei n. 6.825/1980, denominada pela doutrina como assistência especial da União, os requisitos diferem daqueles exigidos para assistência simples prevista no CPC, posto que prescinde da demonstração de reflexo, mesmo que indireto, de ordem econômica (interesse fático) e a necessidade de esclarecimento sobre questão de fato ou de direito reputadas úteis.

Os institutos da assistência simples e da assistência especial, embora mantenham características comuns, não se confundem.

A assistência especial, com efeito, se subordina aos limites impostos pela própria lei, ou seja, pressupõe a existência de interesse econômico e a necessidade de esclarecimentos de questões de fatos ou de direito reputadas úteis (art. 5º, parágrafo único da Lei n. 9.469/1997). Tais requisitos, contudo, *não foram revelados pelo Requerente*, conforme se verifica do petitório de fls. (fl. 474)

Com efeito, no ponto, o recurso encontra óbice na Súmula n. 7-STJ.

3. Diante do exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO N. 74-RJ (2008/0076862-4)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Josélia da Silva Marques

Advogado: Luiz Roberto Leven Siano e outro(s)

Recorrido: República Federal da Alemanha

EMENTA

Direito Internacional. Ação de indenização. Vítima de ato de guerra. Estado estrangeiro. Imunidade.

1 - O Estado estrangeiro, ainda que se trate de ato de império, tem a prerrogativa de renunciar à imunidade, motivo pelo qual há de ser realizada a sua citação.

2 - Recurso ordinário conhecido e provido para determinar a volta dos autos ao juízo de origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, conhecendo do recurso ordinário e dando-lhe provimento, em maior extensão que o voto do Relator, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e lhe dar provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 08.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: *Josélia da Silva Marques* ajuíza ação de indenização por danos morais e materiais contra a *República Federal da Alemanha* pela morte de Zacarias da Costa Marques, tio da autora, ocorrida em julho de 1943.

Segundo se colhe da inicial, o barco de pesca em que estava a vítima teria sido afundado por um submarino de guerra alemão (U-199) que patrulhava a costa brasileira, mais precisamente no litoral de Cabo Frio - RJ. À época, segundo consta, mais de 20 navios teriam sido torpedeados pelos alemães, sendo certo que nunca foram encontrados corpos ou restos mortais da vítima ou das demais pessoas que estavam no barco, mas apenas destroços que chegaram à praia, com sinais de explosão, levando à conclusão que teria sido mesmo abatido por um dos vasos de guerra alemães.

Aduz que o submarino foi abatido pela Marinha de Guerra brasileira e os sobreviventes (prisioneiros) resgatados e encaminhados aos Estados Unidos, onde teriam confessado o afundamento do barco de pesca (Changri-lá) em que se encontrava a vítima.

No ano seguinte, em fevereiro de 1944, pelo Tribunal Marítimo houve o arquivamento do caso, concluindo pela ausência de provas de que o Changri-lá fora abatido por submarino de guerra alemão.

Em 31 de julho de 2001, quase seis décadas depois, pelo Tribunal Marítimo, por provocação da Procuradoria da Marinha, foi reaberto o processo, após tomar conhecimento de documentos que demonstrariam os fatos, concluindo, afinal, que o naufrágio do Changri-lá teria mesmo sido provocado pelo submarino de guerra alemão.

Em primeiro grau de jurisdição, o processo foi extinto sem julgamento de mérito, endossando o magistrado entendimento fixado em outra causa idêntica, no sentido de incidir a prescrição e não ser possível submeter um país soberano a pagar indenização por atos de guerra (fls. 230-232).

Contra esse édito maneja a autora apelação sustentando ser nula a sentença por falta de fundamentação, por ser *extra petita*.

No mais, aduz que não houve, na espécie, declaração expressa da ré acerca de sua imunidade, que não pode ser tácita; além do mais, ainda que se aplique a imunidade de jurisdição, não é ela incidente no caso, pois que os fatos ocorridos no território do Estado do foro violam direitos humanos e são os autores pobres, não podendo exercer o direito de ação no estrangeiro.

Os autos foram encaminhados ao TRF da 2ª Região e, em seguida, remetidos a esta Corte sob a forma de recurso ordinário, em face da regra expressa do art. 105, II, letra c, da Constituição Federal (fls. 335-338).

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso:

Processo Civil e Internacional. Ação ordinária visando ressarcimento de danos. Naufrágio de embarcação por submarino alemão, durante a II Guerra Mundial. Ato de império praticado por estado estrangeiro em território nacional. Prerrogativa de gozo de imunidade de jurisdição. Parecer pelo conhecimento e improvimento do presente recurso. (fls. 351)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Consoante se colhe da exposição realizada no relatório, a autora, na qualidade de descendente de vítima de um submarino da Alemanha nazista durante a Segunda Guerra Mundial, pretende o pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Sem embargo de se tratar de ato de império que, em tese, não se submete à jurisdição de outro país soberano, o fato é que o estado estrangeiro tem, ainda, nessas hipóteses, a prerrogativa de renunciar à sua imunidade e submeter-se ao processo.

Nesse sentido, deve haver a sua citação formal para se manifestar, providência não efetivada no caso concreto, dada a existência de sentença

extintiva do feito sem julgamento do mérito, mesmo antes de qualquer manifestação da pretensa ré, República Federal da Alemanha.

A propósito, confira-se os seguintes precedentes:

Direito Processual e Direito Internacional. Propositura, por francês naturalizado brasileiro, de ação em face da República Federal da Alemanha visando a receber indenização pelos danos sofridos por ele e por sua família, de etnia judaica, durante a ocupação do território francês na Segunda Guerra Mundial. Sentença do Juízo de Primeiro Grau que extinguiu o processo por ser, a autoridade judiciária brasileira, internacionalmente incompetente para o julgamento da causa. Reforma da sentença recorrida.

- A competência (jurisdição) internacional da autoridade brasileira não se esgota pela mera análise dos arts. 88 e 89 do CPC, cujo rol não é exaustivo. Assim, pode haver processos que não se encontram na relação contida nessas normas, e que, não obstante, são passíveis de julgamento no Brasil. Deve-se analisar a existência de interesse da autoridade judiciária brasileira no julgamento da causa, na possibilidade de execução da respectiva sentença (princípio da efetividade) e na concordância, em algumas hipóteses, pelas partes envolvidas, em submeter o litígio à jurisdição nacional (princípio da submissão).

- Há interesse da jurisdição brasileira em atuar na repressão dos ilícitos descritos na petição inicial. Em primeiro lugar, a existência de representações diplomáticas do Estado Estrangeiro no Brasil autoriza a aplicação, à hipótese, da regra do art. 88, I, do CPC. Em segundo lugar, é princípio constitucional basilar da República Federativa do Brasil o respeito à dignidade da pessoa humana. Esse princípio se espalha por todo o texto constitucional.

No plano internacional, especificamente, há expresso compromisso do país com a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo. Disso decorre que a repressão de atos de racismo e de eugenia tão graves como os praticados pela Alemanha durante o regime nazista, nas hipóteses em que dirigidos contra brasileiros, mesmo naturalizados, interessam à República Federativa do Brasil e podem, portanto, ser aqui julgados.

- A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado Estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se a citação do Estado Estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse de não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando se tratar, a hipótese, de prática de atos de império que autorizariam a invocação desse princípio.

Recurso ordinário conhecido e provido. (RO n. 64-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.05.2008, DJ 23.06.2008 p. 1)

Direito Processual e Direito Internacional. Propositura, por brasileiro, de ação em face do Estado da Nova Zelândia visando a receber indenização por danos morais e materiais, decorrentes da proibição de entrada naquele país, apesar da anterior concessão de visto de turismo. Sentença que extinguiu o processo, por inépcia da inicial. Possibilidade de citação do Estado estrangeiro.

- A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado Estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se a citação do Estado Estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse em não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando que a hipótese reproduz prática de ato de império que autoriza a invocação desse princípio.

Recurso ordinário conhecido e provido. (RO n. 70-RS, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 27.05.2008, DJ 23.06.2008 p. 1)

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento apenas e tão somente para determinar a volta dos autos à origem para a intimação da República Federal da Alemanha.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, louvo a excelente sustentação oral da ilustre advogada. Realmente é uma questão tormentosa, mas que vem se definindo, tanto na Quarta Turma como na Terceira Turma, nesse sentido. Inclusive, fiquei relator para o acórdão de um processo, na quinta-feira, pelo voto médio que prevaleceu. O Sr. Ministro Ari Pargendler me acompanhou. O Sr. Ministro Sidnei Beneti extinguiu o processo sem intimação alguma. A Sra. Ministra Nancy Andriahi e o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros - o processo iniciou-se há vários meses - entendiam de se fazer a citação e aí sim o Estado estrangeiro poderia ou não renunciar, mas já com efeito de citação.

Fui contra em função da nossa jurisprudência, porque a citação dá efeito de revelia e, evidentemente, se não acatada a preliminar, o Estado estrangeiro ficaria revel e estar-se-ia submetendo-o à jurisdição brasileira, sem que ele anuísse, antes, a tanto.

É assim que é, ou seja, se reconhece que o ato é de império, e não ato de gestão, e, no caso, teria que haver a intimação prévia do Estado estrangeiro para se manifestar sobre se abre mão, ou não, da sua prerrogativa, submetendo-se

à jurisdição brasileira. Há, também, o entendimento assente no sentido de que pode ser feito por intimação ao embaixador, ao representante do Estado estrangeiro no nosso País. Não precisa haver carta rogatória ao exterior.

Como no precedente julgado nesta Turma em relação ao mesmo naufrágio, V. Exa. havia assinalado que já houvera manifestação da embaixada em sentido contrário, de não aceitar a jurisdição e no presente processo isso não ocorreu, evidentemente que a solução preconizada, aqui, é a proposta por V. Exa., ou seja, afastar a extinção do processo e determinar o retorno à vara de origem para que se proceda à intimação da embaixada da República Federal Alemã.

O nosso primeiro precedente, que é do Sr. Ministro Jorge Scartezini, fala em citação com efeitos limitados ou notificação. Discutiui-se sobre isso na Terceira Turma e acabou-se chegando à conclusão de que o ideal seria uma intimação ou uma citação com efeitos limitados a isso, que não seria, de qualquer forma, notificação e acabamos por utilizar o termo intimação.

Estou de acordo com o voto de V. Exa. Conheço do recurso ordinário e dou-lhe provimento apenas e tão-somente para determinar o retorno dos autos à origem para a intimação da República Federal da Alemanha, ou a sua citação, porém com efeitos limitados apenas à solicitação de manifestação sobre se aceita ou não submeter-se à jurisdição brasileira.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se, na origem, de ação de reparação de danos proposta por Josélia da Silva Marques em face da República Federal da Alemanha, em decorrência da morte de seu tio, Zacarias da Costa Marques, por ato ilícito praticado por agentes do Estado réu.

Narra que, em julho de 1943, o falecido saiu com seus colegas, a bordo do barco “Changri-la”, para pescar no litoral de Cabo Frio, Rio de Janeiro. A embarcação cruzou a rota de um submarino alemão U-199, que navegava na costa brasileira, sendo então destruída a tiros de canhão, causando a morte de todos os tripulantes, dentre os quais o tio e o avô da autora.

Posteriormente, o mesmo submarino foi abatido pela Força Aérea Brasileira, permitindo a captura de seus tripulantes com vida. Conduzidos a interrogatório, em Washington, os agentes alemães confessaram o afundamento do Changri-la, em conformidade com descrição contida no “diário de bordo” do submarino.

O fato, contudo, só chegou ao conhecimento dos familiares das vítimas em 2001, quando um historiador brasileiro, ao pesquisar arquivos militares americanos, encontrou transcrição do depoimento prestado pelo comandante do submarino alemão, que confirmava o afundamento do barco brasileiro, próximo à praia de Arraial do Cabo.

Em setembro de 2001, o Tribunal Marítimo julgou procedente recurso inominado interposto pela Procuradoria Especial da Marinha, corrigindo decisão anterior e reconhecendo o torpedeamento pelo U-199 como causa determinante para o afundamento do navio pesqueiro.

Com base nos referidos fatos, veio a juízo requerer:

a) a condenação da ré ao pagamento de pensão, a título de danos materiais, conforme seu quinhão hereditário, em montante não inferior a três salários mínimos;

b) a condenação em danos morais, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em face da “dor, frustração, privações e miséria enfrentada pelo mesmo durante toda sua vida, em decorrência da atitude da Ré” (fl. 67).

c) a condenação da ré no pagamento de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) aos ascendentes da autora, a título de danos morais, respeitado seu quinhão hereditário.

Pleiteou ainda o benefício da assistência judiciária gratuita, por não possuir condições de arcar com os custos do processo.

Distribuído o feito, a autora promoveu o aditamento da petição inicial, afastando pedido relativo aos danos morais pleiteados em seu nome para requerer “a condenação da Ré ao pagamento à Autora dos danos morais que requer sejam reconhecidos em favor de seu tio, em montante não inferior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) a ser rateado para cada Autor, conforme sua posição sucessória na cadeia hereditária, devendo o quinhão proporcional de cada um ser apurado em liquidação de sentença” (fls. 227-228).

A sentença, proferida liminarmente (art. 285-A, CPC), deferiu o pedido de gratuidade da justiça, mas julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, I, do CPC, por inépcia da petição inicial (fls. 230-232).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação, alegando em síntese (fls. 238-305):

- a ausência de fundamentação da sentença quanto à extinção do processo por inépcia da inicial, com negativa de vigência do art. 458 do CPC e art. 93, IX, da Constituição Federal;

- a legitimidade ativa da autora para postular direito do falecido, que é transmitido com a herança, além de guardar pertinência subjetiva com fatos narrados na exordial, em conformidade com a teoria da asserção;

- a impossibilidade de se reconhecer de ofício a imunidade de jurisdição, visto que o Estado estrangeiro pode decliná-la;

- que a imunidade de jurisdição, decorrente de costume internacional, tem sido relativizado nos casos de dano patrimonial ou pessoal ocorrido no Estado foro;

- que a imunidade de jurisdição não se aplica nos casos de violação aos direitos humanos;

- ausência de imunidade nos casos em que a parte demandante é pobre, sem condições financeiras de ingressar com ação indenizatória no Estado réu;

- a imprescritibilidade da demanda, seja por tratar de direitos humanos, seja porque o termo inicial deve ser contado da inscrição dos tripulantes pelas Forças Armadas como heróis de guerra.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pelo desprovimento do apelo, asseverando tratar-se de ato de império, sujeito, por conseguinte, à imunidade de jurisdição (fls. 310-316).

O Desembargador Federal Antônio Cruz Netto, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, declinou de sua competência, determinando a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, ao fundamento de que cabe ao STJ julgar, em recurso ordinário, causas envolvendo Estado estrangeiro e pessoa residente ou domiciliada no país, nos termos do art. 105, II, c, da Constituição Federal (fls. 335-338).

Recebidos por esta egrégia Corte, os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral da República, que opinou igualmente pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 351-353).

O relator, Ministro Fernando Gonçalves, recebeu a apelação como recurso ordinário e deu-lhe provimento apenas para determinar o retorno dos autos à origem e a citação da República Federal da Alemanha, com efeitos limitados, a fim de que se manifeste acerca de sua imunidade de jurisdição. Seguiram os votos dos Ministros João Otávio Noronha e Aldir Passarinho Junior, acompanhando o relator.

Pedi vista dos autos, para melhor análise da controvérsia.

É o relatório.

2. A causa envolve ação proposta por particular em face de Estado estrangeiro, buscando reparação por ato ilícito praticado por agentes do requerido em território brasileiro.

Contudo, o processo esbarrou em exame prévio de sua admissibilidade, com a decretação liminar, pela sentença, da inépcia da petição inicial. A decisão foi fundamentada na impossibilidade de compelir-se o réu, Estado soberano, a se sujeitar ao Judiciário de um de seus pares.

O cerne da controvérsia, portanto, é concernente à existência ou não de imunidade de jurisdição quando o ato é praticado dentro do território brasileiro e refere-se a direitos humanos, gerando responsabilidade civil.

Essa é a tese em julgamento.

2.1. A imunidade de jurisdição configura-se em prerrogativa da pessoa jurídica do direito público externo, decorrência direta do princípio da soberania e da igualdade dos Estados no sistema internacional.

Encontra amparo no direito consuetudinário, nos termos do axioma *par in parem non habet iudicium*, ou seja, “nenhum Estado soberano pode ser submetido contra sua vontade à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado” (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 175).

2.2. No ordenamento jurídico brasileiro, não existe óbice legal ao exercício da jurisdição em face de soberania externa, conforme se depreende da redação do art. 109, II, da Constituição Federal. Todavia, o instituto da imunidade de jurisdição é reconhecido e aplicado pela jurisprudência pátria, que recepciona o costume internacional no direito interno.

De fato, “a matéria não foi regulamentada de forma expressa, dependendo de algumas normas gerais, presentes na Constituição e na prática dos tribunais” (ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 255).

Dessa forma, o Judiciário brasileiro, por intermédio da Suprema Corte, adotou por décadas posição tradicional, que rejeitava qualquer exceção à regra da imunidade, preservada incólume e absoluta (Confira-se: RE n. 94.084, Relator Min. Aldir Passarinho, julgado em 12.03.1986).

Contudo, a evolução do direito das gentes, no sentido de se limitar a imunidade gozada pelos Estados, aplacando situações injustas que ficam ao desabrigo de reparação, fez-se perceber no Brasil, no julgamento da Apelação

Cível n. 9.696 – caso Genny de Oliveira – quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de se processar ente soberano externo em causas envolvendo crédito de natureza trabalhista.

O referido acórdão restou assim ementado:

Estado estrangeiro. Imunidade de jurisdição. Causa trabalhista.

Não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista.

Em princípio, esta deve ser processada e julgada pela Justiça do Trabalho, se ajuizada depois do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 114).

Na hipótese, porém, permanece a competência da Justiça Federal, em face do disposto no parágrafo 10 do art. 27 do A.D.C.T da Constituição Federal de 1988, c.c. art. 125, II, da EC n. 1/1969.

Recurso ordinário conhecido e provido pelo Supremo Tribunal Federal para se afastar a imunidade de jurisdição reconhecida pelo Juízo Federal de 1º Grau, que deve prosseguir no julgamento da causa, como de direito.

(AC n. 9.696-3-SP, relator Ministro Sydney Sanches, Plenário, julgado em 31.05.1989).

Na ocasião, o e. Ministro Francisco Rezek prolatou voto, acompanhado pelos demais Ministros, no qual registrou, com a proficiência de costume, que a imunidade de jurisdição no Brasil encontra respaldo apenas na aplicação do costume externo e, por conseguinte, deve evoluir com este, acompanhando as novas tendências do direito internacional. Nas suas palavras:

Quanto a esta imunidade – a do Estado estrangeiro, não mais a dos seus representantes cobertos pelas Convenções de Viena -, o que dizia esta Casa outrora, e se tornou cristalino no começo da década de setenta? Essa imunidade não está prevista nos textos de Viena, não está prevista em nenhuma forma escrita de direito internacional público. Ela resulta, entretanto, de uma antiga e sólida regra costumeira do Direito das Gentes. Tal foi, nas derradeiras análises da matéria, a tese que norteou as deliberações do Supremo.

(...)

Independentemente da questão de saber se há hoje maioria numérica de países adotantes da regra de imunidade absoluta, ou daquela da imunidade limitada – que prevalece na Europa ocidental e que já tem fustigado, ali, algumas representações brasileiras -, uma coisa é certíssima: não podemos mais, neste Plenário, dizer que há uma sólida regra de direito internacional costumeiro, a partir do momento em que desertam dessa regra os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e tantos outros países do hemisfério norte. Portanto, o único

fundamento que tínhamos – já que as convenções de Viena não nos socorrem a tal propósito – para proclamar a imunidade do Estado estrangeiro em nossa tradicional jurisprudência, desapareceu: podia dar-se por raquítico ao final da década de setenta, e hoje não há mais como invocá-lo.

Com o *leading case*, a Suprema Corte abandonou vetusta orientação, de modo a acompanhar tendência que emergia nos principais centros de estudo do direito internacional e que já encontrava ressonância na jurisprudência de outros países, a saber: que a abrangência da imunidade de jurisdição deve ser restringida.

A partir de então, passou-se a adotar tese que se baseia na natureza do ato estatal, preservando a imunidade de jurisdição apenas nos casos de ato de império, que são expressão direta da soberania; porém afastando-a nas hipóteses de ato de mera gestão, em que o Estado atua como particular, em atividades tipicamente negociais.

3. Conquanto consagrada pela doutrina e jurisprudência pátrias, a dicotomia entre atos de gestão e atos de império não constitui a única forma de se enfrentar o problema representado pela imunidade de jurisdição para os Tribunais nacionais.

3.1. Inúmeros indícios parecem apontar para a perda de relevância de tal distinção, com a relativização da imunidade soberana em hipóteses que não guardam qualquer relação com a atividade comercial dos Estados.

De fato, convenções internacionais e legislações internas de diversos países já apresentam exceções à imunidade de jurisdição em circunstâncias fáticas semelhantes à do caso em apreço, envolvendo reparação pecuniária por lesões ocorridas no Estado foro.

Os países da então Comunidade Econômica Européia, dentre os quais o Estado-réu, celebraram, em 1972, convenção internacional (*European Convention on State Immunity*), pela qual declinam de sua imunidade soberana em litígios envolvendo responsabilidade civil, conforme se extrai de seu artigo 11:

Article 11: A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.

Artigo 11: Um Estado signatário não poderá invocar imunidade de jurisdição perante a Corte de outro Estado signatário em procedimentos relacionados à indenização por lesão à pessoa ou dano à propriedade tangível, se os fatos que ocasionaram a lesão ou o dano ocorreram no território do Estado foro, e se o autor do ferimento ou dano estava presente neste território no momento em que os fatos ocorreram.

Inspirados na convenção europeia, os Estados Unidos promulgaram o *Foreign Sovereign Immunities Act* (1988), impondo diversas limitações à imunidade de jurisdição dos demais Estados perante o Judiciário daquele país, dentre as quais merece destaque:

1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case.

(...)

(5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment...

1605. Exceções gerais à imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro

Um Estado estrangeiro não estará imune à jurisdição das Cortes dos Estados Unidos ou de seus estados em qualquer caso:

(...)

(5) não abrangido pelo parágrafo (2) acima, em que reparação pecuniária é pretendida contra Estado estrangeiro por lesão pessoal ou morte, ou por dano a ou perda de propriedade, ocorrido nos Estados Unidos e causada por ato ilícito ou omissivo daquele Estado estrangeiro ou por qualquer oficial ou empregado daquele Estado estrangeiro, enquanto atuando dentro do escopo de sua função ou trabalho...

Os Estados Unidos adotaram medida ainda mais ambiciosa, implementando, em 1996, emendas ao *Foreign Sovereign Immunities Act*, com a introdução do § 1.605 (a)(7), pelo qual se afasta a imunidade de jurisdição nos casos de sérias violações aos direitos humanos – como tortura, assassinato e captura de reféns – para países considerados patrocinadores do terrorismo. Tal alteração vem sendo confirmada pela prática judiciária daquele país, com diversas sentenças condenatórias já proferidas.

Por sua vez, o Reino Unido também acompanhou esse novo panorama internacional, editando, em 1978, o *State Immunity Act*, que determina:

5. A State is not immune as respects proceedings in respect of
(a) death or personal injury; or
(b) damage to or loss of tangible property,
caused by an act or omission in the United Kingdom.

5. Um Estado não é imune com relação a procedimento com relação a:
morte ou lesão pessoal, ou
dano a ou perda de propriedade tangível,
ocasionados por um ação ou omissão no Reino Unido.

Contudo, a principal orientação na área da imunidade de jurisdição partiu da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (CDI), que elaborou projeto de tratado, o *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. (1991), consolidando as regras costumeiras acerca do tema.

Extrai-se, do artigo 12 do referido projeto, orientação no mesmo sentido das já mencionadas:

Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.

Se a ação ou a omissão ocorreu, no todo ou em parte, no território de outro Estado e se o autor da ação ou da omissão estava presente neste território no momento em que ocorreu, o Estado alegadamente responsável não pode invocar imunidade de jurisdição perante a corte do Estado que seria de outra forma competente para processar casos envolvendo reparação pecuniária por morte ou lesão à pessoa, ou por danos a ou perda de propriedade tangível, salvo acordado de forma distinta pelos Estados envolvidos.

Importante conferir, ainda, os Comentários lançados pelo grupo responsável pelo projeto de tratado, que fez as seguintes anotações acerca do artigo 12:

(3) The exception contained in this article is therefore designed to provide relief or possibility of recourse to justice for individuals who suffer personal injury, death or physical damage to or loss of property caused by an act or omission which might be intentional, accidental or caused by negligence attributable to a foreign State. Since the damaging act or omission has occurred in the territory of the State of the forum, the applicable law is clearly the *lex loci delicti commissi* and the most convenient court is that of the State where the delict was committed. A court foreign to the scene of the delict might be considered as a *forum non conveniens*. The injured individual would have been without recourse to justice had the State been entitled to invoke its jurisdictional immunity.

(...)

(8) The basis for the assumption and exercise of jurisdiction in cases covered by this exception is territoriality. The *locus delicti commissi* offers a substantial territorial connection regardless of the motivation of the act or omission, whether intentional or even malicious, or whether accidental, negligent, inadvertent, reckless or careless, and indeed irrespective of the nature of the activities involved, whether *jure imperil* or *jure gestionis*. This distinction has been maintained in the case law of some States involving motor accidents in the course of official or military duties. While immunity has been maintained for acts *jure imperil*, it has been rejected for acts *jure gestionis*. The exception proposed in article 12 makes no such distinction, subject to a qualification in the opening paragraph indicating the reservation which in fact allows different rules to apply to questions specifically regulated by treaties, bilateral agreements or regional arrangements specifying or limiting the extent of liabilities or compensation, or providing for a different procedure for settlement of disputes.

(3) A exceção contida neste artigo foi elaborada para oferecer amparo e possibilidade de recurso à justiça a indivíduos que sofrerem lesão pessoal, morte, dano ou destruição de propriedade ocasionados por ação ou omissão seja intencional, acidental ou causada por negligência atribuível a Estado estrangeiro. Já que a ação ou omissão danosa ocorreu no território do Estado foro, a lei aplicável é claramente a *lex loci delicti commissi* [lei do local em que o delito foi cometido] e a Corte mais conveniente é aquela do Estado onde o delito foi cometido. Uma Corte que não a do local do delito deve ser considerada *forum non conveniens* [foro não conveniente]. O indivíduo lesado ficaria sem acesso à justiça caso o Estado fosse autorizado a invocar sua imunidade de jurisdição.

(8) A base para o reconhecimento e exercício da jurisdição nos casos abrangidos por essa exceção é a territorialidade. O *locus delicti commissi* oferece conexão territorial substancial, não obstante a motivação da ação ou da omissão, seja intencional ou mesmo maliciosa, seja acidental, por negligência, imprudência ou descuidado, e, ainda, independentemente da natureza das atividades envolvidas, sejam elas *jure imperil* ou *jure gestionis*. Essa distinção tem sido mantida pela legislação de alguns Estados, envolvendo acidentes motorizados no transcurso de missões oficiais ou militares. A imunidade tem

sido mantida nos casos de *jure imperil*, enquanto tem sido rejeitada nos casos de *jure gestionis*. A exceção proposta pelo artigo 12 não faz tal distinção, ficando sujeita à qualificação estabelecida no parágrafo inaugural, com relação à reserva que permite a aplicação de diferentes normas para questões especificamente reguladas por tratados, acordos bilaterais ou arranjos regionais, especificando ou limitando a extensão da responsabilidade ou compensação, ou providenciando procedimento diverso para solução de disputas.

Colhe-se da doutrina elucidativa lição acerca do referido dispositivo:

*Three features of this provision are noteworthy. To begin with, there is a strict territorial nexus requirement. The tort itself must have taken place within the forum state and the author of the tort must have been present in that territory. This language intends to exclude transboundary torts from the immunity exception; it is not sufficient that the tortious conduct has an effect in the forum state. That is in effect what is meant by requirement that "the author of the tortious act" must have been "present in that territory at the time of the act or omission". Secondly, the provision abandons the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*. It is not required that the tortious conduct be private or commercial by nature so that jurisdiction can also be assumed in regard to sovereign conduct. Thirdly, there is no distinction between negligent and deliberate actions, in fact there is no reference to fault at all, so that art. 12 also covers strict liability as long as the act or omission is attributable to the state.*

(BRÖHMER, Jürgen. State Immunity and the Violation of Human Rights. The Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 127-128)

Três aspectos desse dispositivo devem ser destacados. De início, há um rigoroso requisito de nexa territorial. Exige-se que o dano em si tenha ocorrido dentro do Estado foro e que o autor do dano estivesse presente naquele território. Essa redação objetiva excluir danos transfronteiriços da exceção à imunidade; não basta que a conduta danosa provoque resultados no Estado foro. Isso é o que, de fato, se quer dizer com o requisito de que "o autor do ato lesivo" estivesse "presente naquele território no momento da ação ou omissão". Em segundo lugar, o dispositivo abandona a distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*. Não é necessário que a conduta delitiva tenha natureza privada ou comercial, de modo que também é possível considerar a existência de jurisdição em relação a condutas soberanas. Em terceiro lugar, não há distinção entre a postura negligente ou dolosa do Estado. De fato, não há qualquer referência a culpa, cobrindo o artigo 12 igualmente casos de estrita responsabilidade, desde que a ação ou omissão seja atribuível ao Estado.

Essa mudança de paradigmas. Relativa à renúncia da imunidade nas hipóteses de responsabilidade civil. Não escapou à análise do Ministro Francisco Rezek, que alertou em seus estudos:

O que impressiona, tanto na Convenção europeia quanto nos diplomas domésticos promulgados nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, é que esses textos fulminam a imunidade do Estado estrangeiro em hipóteses completamente distintas daquela atividade comercial heterodoxa a que se entregavam alguns países em lugares como Londres, Nova York ou Zurique – prática inimaginável em Brasília, em Moscou ou em Damasco -, e que havia produzido os primeiros arranhões na regra da imunidade absoluta. Com efeito, recrutar servidores subalternos no Estado local e contratar a construção do prédio representativo são atos inscritos na rotina diplomática; comuns, portanto, em todas as capitais do mundo. É também na casualidade do dia-a-dia que pode ocorrer um acidente imputável ao Estado estrangeiro, acarretando dano a pessoas da terra. O caminho tomado por esses diplomas, vindo à luz em áreas de grande prestígio na cena internacional, solapou de modo irremediável as bases da velha regra costumeira – a se entender derogada na medida em que os demais países, abstendo-se de protestar, assumem, um após outro, igual diretriz.

(REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.177)

Observa-se, assim, que a relação tradicional entre imunidade de jurisdição e a natureza jurídica dos atos estatais, conquanto ainda constitua método válido de análise, não representa o melhor direito aplicável à espécie.

3.2. Portanto, percebe-se claramente que o direito internacional apresenta tendência de restringir a imunidade de jurisdição nas hipóteses de ação indenizatória envolvendo ato lesivo praticado no Estado foro, o que, na hipótese dos autos, representa óbice a aplicação imediata do costume internacional pelo Judiciário brasileiro, sobretudo a singela dicotomia entre ato de gestão e ato de império.

Nesse sentido, os fatos narrados na petição inicial, enquadram-se na exceção estabelecida para ilícitos praticados no território do Estado foro e que resultem em ferimento ou morte de um nacional.

4. Outros argumentos apontam, igualmente, para a necessidade de se relativizar a imunidade soberana na hipótese.

Intensa discussão vem sendo travada nos principais centros de estudo do direito internacional, acerca da abrangência da imunidade de jurisdição quando em confronto com outros princípios e valores fundamentais à comunidade internacional.

A controvérsia emerge, sobretudo, nos casos de graves violações aos direitos humanos, em que os Estados responsáveis pelos atos ilícitos invocam

a imunidade de jurisdição para não responderem perante as vítimas e a comunidade internacional.

4.1. Nesse contexto, nova orientação foi formulada no sentido de se restringir essa imunidade, mesmo em casos até então considerados atos de império, o que vem provocando transformações no direito consuetudinário acerca do tema.

Esse debate jurisprudencial e doutrinário foi habilmente captado pelo prof. Andrea Bianchi, nos seguintes termos:

In fact, the ever widening divide between the jurisprudence of courts directly applying customary international law and those deciding on the basis of national law clearly attests to the difficulty of providing solid foundations, on the basis of state practice and opinio juris, for the existence of a customary law rule of either immunity or non-immunity for foreign states that have allegedly committed serious violations of human rights. For this reason, it seems that the preferred approach to this issue would be an interpretive one involving a determination of which outcome is more consistent with the general principles of the contemporary international legal order.

(BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany in The American Journal of International Law, v. 99, n. 1. ASIL-The American Society of International Law, janeiro/2005. p. 242-248).

De fato, a crescente diferença entre a jurisprudência das cortes que aplica diretamente o costume internacional e aquelas que decidem com amparo no direito nacional claramente atesta a dificuldade de providenciar bases sólidas, fundamentadas na prática estatal e na *opinio juris*, para a existência de norma de direito costumeiro com relação à imunidade ou à não-imunidade de Estados estrangeiros que alegadamente cometeram graves violações aos direitos humanos. Por essa razão, parece que a abordagem preferencial a essa questão é a interpretativa, determinando-se qual resultado é o mais consistente com os princípios gerais do sistema jurídico internacional contemporâneo.

A imunidade de jurisdição, conquanto seja instrumento de manutenção das boas relações entre os Estados, acaba, por vezes, obstando a consecução de um dos objetivos primordiais da comunidade das nações, qual seja, a promoção e proteção dos direitos humanos.

4.2. Com efeito, até mesmo o consagrado princípio da soberania vem recebendo novo enfoque, frente à crescente importância atribuída nas últimas décadas ao sistema de proteção à pessoa humana.

Essa transformação do cenário internacional foi captada por Valério Mazzuoli:

A verdadeira soberania deveria consistir numa cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, afastada sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa comunidade e num sistema internacional como um todo. A participação dos Estados na comunidade internacional, seguindo-se esta nova trilha, em matéria de proteção internacional dos direitos humanos, esta sim, seria sobretudo um ato de soberania por excelência.

A esse respeito, e bem a propósito, o Secretário Geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali, na defesa da prevalência do direito internacional dos direitos humanos, já afirmara: 'Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional'.

(MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 338)

O Estado brasileiro participou ativamente dessa mudança de paradigmas, conforme se depreende da prevalência conferida aos direitos humanos na nova ordem constitucional.

A professora Flávia Piovesan assim interpretou o atual momento:

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos.

Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

(PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro *in Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 45, ano 11, outubro-dezembro de 2003, p. 227)

4.3. De fato, se o princípio da soberania é analisado atualmente de forma restrita, deve-se igualmente estender essa relativização a um de seus consectários lógicos, a imunidade de jurisdição.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência de diversos países oferecem nova abordagem a esse problema, afastando-se da tradicional dicotomia atos de gestão/atos de império, de modo a conciliar imunidade soberana com a necessidade de proteção dos direitos humanos.

Tal análise parte da idéia de hierarquia no Direito das Gentes, com o reconhecimento da existência de normas imperativas, ou *ius cogens*, que têm primazia sobre as demais fontes de direito internacional e capacidade de derrogar disposições em contrário.

Esse entendimento encontra respaldo na doutrina:

O certo é que o *ius cogens*, por se tratar de normas imperativas de direito internacional geral, foi consagrado no ápice da pirâmide das fontes do direito internacional, o que é, justamente, uma das características mais marcantes da evolução do direito das gentes.

(MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 90)

A prevalência das normas *ius cogens* veio expressamente consignada na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, conforme inteligência de seu artigo 53:

Artigo 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Essas normas imperativas refletem os valores essenciais da comunidade internacional, constituindo-se em obrigações *erga omnes*, como a proibição da tortura, da pirataria e da escravidão.

A Corte Internacional de Justiça, no julgamento do caso *Barcelona Traction*, manifestou-se acerca dessas regras peremptórias de direito internacional geral, ao afirmar:

33. (...) *In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.*

34. *Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination (...)*

33 (...) Em particular, uma distinção essencial deve ser estabelecida entre as obrigações de um Estado perante a comunidade internacional como um todo e aquelas que surgem em face de outro Estado, no campo da proteção diplomática. Por sua própria natureza, as primeiras dizem respeito a todos os Estados. Por força da importância dos direitos envolvidos, todos os Estado podem ser considerados como tendo interesse jurídico na proteção desses direitos; consistem em obrigações *erga omnes*.

34. Tais obrigações decorrem, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, do reconhecimento da ilegalidade de atos de agressão e de genocídio, bem como dos princípios e regras concernentes aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial (...)

Objetivam, portanto, impor aos Estados óbice à prática de atos ilícitos, que, pela natureza do direito violado, venham a ofender não apenas a vítima, mas todos os demais integrantes da comunidade internacional.

Esse também é o entendimento da doutrina especializada:

No Séc. XX, duas tendências emergiram no Direito Internacional Público, relativas a uma reformulação do entendimento tradicional sobre suas fontes e o papel de uma gradação da força vinculante, para os Estados, das normas jurídicas por eles produzidas ou destinadas a eles. De um lado, o reconhecimento de existir um núcleo duro e relativamente inflexível de normas jurídicas, que, como as cláusulas pétreas das Constituições dos Estados, condicionam a legitimidade e a validade de todas as outras normas por eles elaboradas. Trata-se da afirmação de haver no Direito Internacional, normas que constituem um *jus cogens*, que se sobrepõe à vontade dos Estados, e que não podem ser modificadas por outros dispositivos oriundos, seja nos tratados e nas convenções internacionais, seja nas normas consuetudinárias internacionais, seja, ainda, por estarem definidas como princípios gerais de direito;

(SOARES, Guido F. S. Curso de Direito Internacional Público. v. 1. São Paulo: Atlas, 2002. p. 127)

Ademais, segundo fragmento extraído dos Comentários da Comissão de Direito Internacional da ONU acerca do projeto de tratado sobre a responsabilidade internacional dos Estados (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), as normas peremptórias de direito internacional, devem ser compreendidas “como aquelas regras substantivas de conduta que proibem aquilo que é considerado intolerável pelo risco que representa à sobrevivência dos Estados e de seus povos e dos mais básicos valores humanos” (*those substantive rules of conduct that prohibit what has come to be seen as intolerable because of the threat it presents to the survival of States and their peoples and the most basic human values* - article 40, para. 3).

Infere-se, portanto, que a imunidade de jurisdição, construção do direito costumeiro, deve ser afastada quando conflitar com normas *ius cogens*, de hierarquia superior.

5. Nesse contexto, cumpre classificar os fatos indicados na peça inicial à luz do direito internacional, de modo a apurar se o ato pode ser percebido como violação à norma *ius cogens*.

Conforme narrado pela autora, o evento danoso consiste em ataque, com disparos efetuados por submarino alemão, realizado pelos agentes do Estado-réu em território brasileiro, a barco de pesca que navegava na região de Cabo Frio, resultando na morte de todos os seus tripulantes, inclusive o tio e o avô da requerente.

Observa-se que os fatos ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial, em 1943. Logo, submetem-se, igualmente, às regras e aos costumes internacionais que regem os conflitos armados, vale dizer, direito internacional humanitário.

Naquele período, já se encontrava vigente o regime instituído pela Convenção da Haia, de 1907, que confere especial importância à proteção dos não-combatentes, conforme lição de Francisco Rezek:

Do direito da Haia, contudo, sobrevivem normas limitativas da liberdade de ação dos beligerantes, ainda hoje úteis no quadro dos conflitos armados que desafiam o ideal pacifista das Nações Unidas. Essas normas se poderiam agrupar em torno de três princípios básicos: (a) o dos limites *ratione personae* (os não-combatentes serão poupados de qualquer ataque ou dano intencional); (b) o dos limites *ratione loci* (os lugares atacáveis são somente aqueles que configuram objetivos militares, cuja destruição total ou parcial representa para o autor do ataque uma clara vantagem militar); e (c) o dos limites *ratione conditionis*

(proíbem-se as armas e os métodos de guerra capazes de ocasionar sofrimento excessivo aos combatentes inimigos).

(REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 371)

No mesmo sentido, colhe-se da obra de Hildebrando Accioly:

A existência e a liberdade dos habitantes pacíficos do território inimigo devem ser respeitadas. Assim, os habitantes que não tomam parte na luta e se mostram inofensivos não devem sofrer qualquer arbitrariedade. O artigo 46 dos regulamentos de Haia, de 1899 e 1907, reproduzindo disposição idêntica da Declaração de Bruxelas de 1874, vai além, ao declarar que: 'A honra e os direitos da família, a vida dos indivíduos e a propriedade privada, bem como as convenções religiosas e o exercício dos cultos, devem ser respeitados. A propriedade privada não pode ser confiscada.

(ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G. E. do Nascimento e. Manual de Direito Internacional Público. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 457).

Assim, o assassinato dos cidadãos brasileiros não-combatentes pelos tripulantes do submarino alemão constituiu, já naquele momento, violação aos princípios gerais do direito internacional humanitário.

Ademais, observa-se ainda a violação de normas específicas de direito humanitário que visam à proteção dos barcos de pesca em conflitos marítimos, conforme leciona Celso de Albuquerque Mello:

Há navios que não são objeto do direito de presa: navios de pesca, navios postais, navios encarregados de missões científicas, religiosas e filantrópicas, navios-hospitais, navios que façam 'serviços de pequena navegação' e 'navios munidos de salvo-conduto'.

A imunidade dos navios de pesca remonta ao século XVI. A Convenção de Haia relativa a certas restrições ao exercício do direito de captura (1907) só dá esta imunidade aos navios de 'pesca costeira', desde que eles não participem das hostilidades. Esta restrição se prende à falta de uniformidade da jurisprudência.

(...)

Sobre a destruição de presa inimiga tem-se assentado que os navios 'não podem ser atacados e afundados ou destruídos sem aviso prévio e que as pessoas que estão a bordo devem ser em segurança colocadas' e 'os papéis de bordo devem ser resguardados' (Accioly)

(MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. v. II. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1.574)

Ressalta-se, ainda, que a afronta às regras de direito humanitário implica, no mais das vezes, ofensa a princípios de direitos humanos, porquanto essas duas vertentes da proteção da pessoa humana apresentam complementariedade, no direito internacional contemporâneo. Acerca de sua inter-relação, colhe-se manifestação de nosso ilustre internacionalista Cançado Trindade:

Cristalizaram-se princípios comuns ao Direito Internacional Humanitário (mais precisamente, ao chamado direito de Genebra) e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; na análise de Picet, tais princípios são: o princípio da inviolabilidade da pessoa (englobando o respeito à vida, à integridade física e mental, e aos atributos da personalidade), o princípio da não-discriminação (de qualquer tipo), e o princípio da segurança da pessoa abarcando a proibição de represálias e de penas coletivas e a tomada de reféns, as garantias judiciais, a inalienabilidade dos direitos e a responsabilidade individual). Há uma identidade entre o princípio básico da garantia dos direitos humanos fundamentais em quaisquer circunstâncias e o princípio fundamental do direito de Genebra segundo o qual serão tratadas humanamente e protegidas as pessoas fora de combate e as que não tomem parte direta nas hostilidades.

(TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 276-277)

Nesses termos, o fato narrado na petição inicial, se confirmado, poderá configurar um ilícito internacional, seja por ofender as normas que regulamentam os conflitos armados, seja por ignorar os princípios que regem os direitos humanos, não podendo o Estado-réu encontrar abrigo na imunidade de jurisdição para escapar da conseqüência de seus atos.

6. Observa-se ainda que as regras e os princípios de direito internacional humanitário são considerados por grande parte da doutrina como normas peremptórias de direito internacional, porquanto constituem valores essenciais à manutenção da ordem na comunidade internacional e à preservação dos direitos humanos.

Essa importância foi reconhecida pela Corte Internacional de Justiça, em consulta formulada pela Assembléia Geral das Nações Unidas acerca da legalidade do uso das armas nucleares.

Colhe-se da manifestação da Corte da Haia (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 258, p. 83*):

79. It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and

“elementary considerations of humanity” as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the Corfu Channel case (I.C.J. Reports 1949, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.

79. Não há dúvida de que, em razão de muitas regras de direito humanitário aplicadas a conflitos armados serem tão fundamentais quanto ao respeito à pessoa humana e às “considerações elementares da humanidade”, como a Corte assentou em seu julgamento de 09 de abril de 1949 no caso do Canal de Corfu (I.C.J. Reports 1949, p. 22), as Convenções da Haia e de Genebra receberam ampla adesão. Além disso, essas normas fundamentais devem ser observadas por todos os Estados, tenham eles ratificado ou não as convenções que as contêm, porquanto constituem princípios do direito internacional costumeiro não passíveis de transgressão.

A doutrina também reconhece as disposições de direito humanitário como normas *ius cogens*:

A teoria do *jus cogens* veio, então, limitar a autonomia da vontade dos entes soberanos (*jus dispositivum*) na esfera internacional, assim o fazendo com vistas a assegurar, de certa forma, a ordem pública no âmbito externo. Integram-no, grosso modo: a) o costume internacional geral ou comum, a exemplo das normas protetoras dos próprios fundamentos da ordem internacional, como a proibição do uso da força fora do quadro da legítima defesa; as normas sobre cooperação pacífica na proteção de interesses comuns, como a liberdade dos mares; as normas que proibem a escravatura, a pirataria, o genocídio, e a discriminação racial; as normas de direito humanitário, que protegem os civis em tempo de guerra etc;

(MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 88)

Verifica-se, portanto, que o ato praticado pelo Estado-réu, ao malferir o direito humanitário vigente à época e ignorar os direitos básicos da pessoa humana, atacou diretamente valores e princípios considerados fundamentais pela comunidade internacional, tanto que protegidos por normas de categoria hierárquica superior (*ius cogens*).

Assim, a imunidade soberana não pode subsistir frente a violações do direito internacional de tamanha gravidade, devendo ser relativizada ante a prevalência das normas peremptórias que protegem o direito humanitário e direitos humanos.

7. Por fim, cumpre estabelecer análise comparada frente às experiências das Cortes Superiores de outros países, que, recentemente, vêm apreciando as dificuldades impostas pela imunidade de jurisdição em casos envolvendo a violação de normas de direito humanitários e direitos humanos.

Nesse norte, percebe-se que o presente litígio acompanha tendência mundial de indivíduos que vêm a juízo buscar reparação pelo sofrimento enfrentado, durante a Segunda Guerra Mundial, pelas sucessivas violações do direito internacional perpetradas pelas Forças Armadas Alemãs.

Merecem destaque os julgamentos de dois casos pelos Tribunais Superiores da Grécia e Itália, que afastaram a imunidade de jurisdição em hipóteses semelhantes.

Cumpre ressaltar que os dois países, assim como o Brasil, não possuem norma interna relativa à imunidade de jurisdição, aplicando diretamente o costume internacional em litígios propostos por particular em face de Estado estrangeiro. Também convém assinalar que os dois julgamentos não consideraram qualquer tratado ou norma aplicável somente a blocos de países comuns.

Em março de 2004, a Corte de Cassação Italiana julgou o caso Ferrini v. República Federal da Alemanha, referente a cidadão italiano que, durante a Segunda Guerra Mundial, foi deportado para Alemanha e obrigado a trabalhar na indústria de armamentos. Na ocasião, o Judiciário italiano entendeu que a imunidade de jurisdição deve ser restringida em casos de grave ofensa a valores essenciais da comunidade internacional, como os direitos humanos, que guardam posição hierárquica superior frente às demais regras e costumes internacionais. Ressaltou que a imunidade não pode ser invocada quando os crimes internacionais alegados ocorreram no território do Estado foro. Afirmou ainda que não subsiste mais a imunidade funcional de órgãos do Estado por crimes internacionais, não devendo, igualmente, ser preservada a imunidade do próprio Estado, visto que ambos decorrem da soberania. Por fim, ponderou que, em se tratando de crimes internacionais, o princípio da jurisdição universal garante a competência da Justiça italiana para processar o caso, ainda que os fatos tivessem ocorrido fora do país. Dessa forma, a Corte de Cassação, em decisão plenária, afastou a imunidade soberana da Alemanha, determinando o retorno dos autos à origem para que seja apreciado o mérito da demanda (BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany in *The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1. ASIL-The American Society of International Law, janeiro/2005. p. 242-248).

O outro caso, Prefeitura de Voiotia v. República Federal da Alemanha, julgado em 2001, pela Suprema Corte da Grécia, envolve um massacre ocorrido em 1944, na aldeia de Distomo, quando da retirada das tropas nazistas da região. A Corte entendeu que o direito costumeiro internacional consolidou exceção à imunidade de jurisdição nos casos relacionados à responsabilidade civil por dano ocorrido no Estado foro. Além disso, afirmou que a violação de normas peremptórias de direito internacional envolvendo direito humanos resulta em renúncia implícita aos benefícios garantidos pelo direito internacional, dentre os quais a imunidade soberana. Assim, a Suprema Corte da Grécia afastou a imunidade de jurisdição na hipótese (DE SENA, Pasquale e DE VITTOR, Francesca. State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case *in The European Journal of International Law*. v. 16, n. 1. EJIL, 2005. p. 89-112)

Merece destaque também o caso *Al-Adsani*, julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos, em que, por uma mínima diferença de 9 votos a 8, foi rejeitada proposição que pretendia reverter decisão do Reino Unido que rejeitou pedido de relativização da imunidade de jurisdição do Kuwait, em caso envolvendo a tortura de cidadão britânico neste país. Contudo, a minoria vencida proferiu voto em separado, no qual confirmaram a natureza *ius cogens* da norma internacional que proíbe a tortura, alegando que, seja em procedimento criminal ou civil, um Estado não pode invocar norma de estatura hierárquica inferior – os costumes relativos à imunidade de jurisdição – para se recusar a julgar um caso de tortura.

Acerca do referido julgamento, vale transcrever lição da doutrina:

Despite the fact that Al-Adsani failed to win his case in the European Court of Human Rights, the closeness of the decision together with the sense of recognition, even by the majority, that the argument for denial of immunity in cases involving violation of jus cogens norms is increasingly being heard, gives cause for optimism to the proponents of the argument.

(McKAY, Fiona. *Civil Reparation in National Courts for Victims of Human Rights Abuse in Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 296)

Apesar de *Al-Adsani* não ter conseguido vencer seu caso na Corte Européia de Direitos Humanos, a pequena margem de diferença da decisão ao lado de um sentido de reconhecimento, mesmo pela maioria, de que o argumento para se negar imunidade em casos envolvendo violação de normas *jus cogens* vem recebendo crescente destaque, fornece motivos de otimismo para os proponentes dessa tese.

Assim, observa-se movimento mundial no sentido de relativizar a imunidade soberana para além dos casos de atos de gestão, abrangendo hipóteses de graves violações a regras e princípios fundamentais da comunidade internacional, em conformidade com a evolução do direito internacional.

8. No Brasil, a questão da imunidade de jurisdição já foi apreciada algumas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os precedentes desta egrégia Corte analisaram a controvérsia com base na distinção entre atos de gestão e atos de império, preservando a imunidade dos Estados estrangeiros quando a conduta apresentar natureza pública.

Nesse contexto, colhe-se substancial voto da lavra do Ministro Aldir Passarinho Junior, representativo do entendimento adotado pelo STJ:

Internacional, Civil e Processual. Ação de indenização movida contra a República de Portugal. Tratamento discriminatório e deportação de cidadãos brasileiros por inspetores da imigração em desembarque aeroportuário. Danos morais. Demanda movida perante a Justiça Federal de Pernambuco. Imunidade de jurisdição. Possibilidade de relativização, por vontade soberana do Estado alienígena. Prematura extinção do processo *ab initio*. Descabimento. Retorno dos autos à Vara de origem para que, previamente, se oportunize ao Estado suplicado a eventual renúncia à imunidade de jurisdição.

I. Enquadrada a situação na hipótese do art. 88, I, e parágrafo único, do CPC, é de se ter como possivelmente competente a Justiça brasileira para a ação de indenização em virtude de danos morais causados a cidadão nacional por Estado estrangeiro em seu território, desde que o réu voluntariamente renuncie à imunidade de jurisdição que lhe é reconhecida.

II. Caso em que se verifica precipitada a extinção do processo de pronto decretada pelo juízo singular, sem que antes se oportunize ao Estado alienígena a manifestação sobre o eventual desejo de abrir mão de tal prerrogativa e ser demandado perante a Justiça Federal brasileira, nos termos do art. 109, II, da Carta Política.

III. Recurso ordinário parcialmente provido, determinado o retorno dos autos à Vara de origem, para os fins acima.

(RO n. 13-PE, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 17.09.2007 p. 280)

Na ocasião, enfrentou-se questão relativa aos maus-tratos sofridos por cidadãos brasileiros recebidos dos agentes de imigração no aeroporto de Lisboa, resultando em sua deportação.

O Ministro Relator reconheceu a natureza soberana do ato praticado pelas autoridades portuguesas, mantendo entendimento da sentença de que configurada a imunidade absoluta na hipótese. Contudo, determinou o retorno dos autos à origem, para citação ou notificação da República de Portugal, a fim de que se manifestasse acerca de eventual renúncia à sua garantia.

Todavia, o caso em exame apresenta características próprias, que o diferenciam dos feitos anteriormente apreciados por esta Corte.

Por um lado, cuida-se de lesão cometida por agente do Estado estrangeiro em território nacional, hipótese que não pode receber o mesmo tratamento que aquela relativa ao ato ilícito praticado pelo Estado estrangeiro em seu próprio território.

Com efeito, tratando-se de demanda reparatória por danos morais e materiais relativa a ilícito cometido no Brasil, enquadra-se na já mencionada exceção ao princípio da imunidade de lides envolvendo responsabilidade civil por lesão perpetrada no Estado foro.

Esse entendimento, que é adotado por diversos países, já foi prestigiado em precedentes desta Corte, que reconheceram, incidentalmente, a inexistência de imunidade de jurisdição em casos envolvendo responsabilidade civil.

Nesse sentido, colhe-se precedente da Segunda Turma, com voto condutor do e. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

Ação de indenização. Estado estrangeiro. Alegação de imunidade de jurisdição. Não reconhecimento. Recurso cabível da sentença.

Responsabilidade pelo fato de terceiro. Falta de comprovação de ter o terceiro agido com culpa.

Processual Civil. Recurso interposto pelo réu vencido em preliminar, mas vencedor no mérito. Falta de sucumbência. Inadmissibilidade.

I - Vencido na preliminar de imunidade de jurisdição, mas vencedor com a improcedência da ação de indenização, não pode o réu apelar da sentença, que, no mérito, lhe foi favorável, por faltar-lhe o pressuposto sucumbência. Todavia, o não processamento do seu recurso apelatório não impede, no caso, que a matéria, objeto da preliminar, seja apreciada pelo Tribunal, por duas razões: primeira, porque foi expressamente suscitada nas contra-razões de apelação interposta pelas autoras, segunda, porque constitui matéria que diz respeito a pressupostos de constituição válida e regular do processo, podendo ser conhecida de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição (C.P.C., art. 267, p. 3.) E, por isso, não sujeita a preclusão.

II - A apelação e o recurso adequado, endereçado diretamente ao STJ, para impugnar sentença proferida em causa, em que forem partes Estado estrangeiro, de

um lado, e, de outro, pessoa residente ou domiciliada no país (Constituição Federal, art. 105, II, c).

III - Não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa relativa a responsabilidade civil.

IV - Não comprovado que o seu preposto tenha agido com imperícia ou imprudência, como terceiro participante de fato causador de evento danoso, não há como impor-se ao réu o dever de indenizar.

V - Agravo de instrumento e apelação desprovidos.

(Ag n. 36.493-DF, rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, julgado em 15.08.1994, DJ 19.09.1994 p. 24.677)

Importante destacar ainda o acórdão proferido no RO n. 39-MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, por esta Quarta Turma, que - conquanto analisando hipótese diversa, em que se discutia promessa de recompensa - reconheceu a existência de exceções ao princípio da imunidade de jurisdição, dentre as quais, as “causas relativas a responsabilidade civil, em regra geral, desde que soberano o caráter do ato ilícito praticado”.

Por outro lado, não se pode olvidar que os fatos narrados na petição inicial, se confirmados, constituem grave violação aos direitos humanos e ao direito humanitário.

9. Conforme demonstrado, o direito internacional apresenta tendência de maior abertura na área da imunidade de jurisdição, por força das inúmeras dificuldades que estão surgindo na prática dos tribunais, sobretudo em casos envolvendo sérias violações aos direitos humanos.

Com efeito, a hipótese em apreço apresenta diversos fundamentos que autorizam o reconhecimento de nova exceção à regra da imunidade soberana:

a) seja na tendência do direito internacional, observada na legislação de diversos países, de afastar a imunidade de jurisdição em ações civis envolvendo ato lesivo cometido no território do Estado foro, que resulte em dano pessoal ou morte, em conformidade com o art. 12 do projeto de tratado da CDI (*Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*).

b) seja na violação de disposições de direitos humanos e de direito humanitário, relativas a valores e princípios fundamentais da comunidade internacional (normas *ius cogens*), resultando no afastamento das regras costumeiras que garantem a imunidade de jurisdição, ante a prevalência das normas peremptórias de direito internacional, na linha do entendimento sufragado pelos julgados de Suprema Corte da Itália e da Grécia.

É certo que o costume internacional na área não se encontra mais preso à dicotomia entre atos de gestão e atos de império, alcançando novos paradigmas acerca do alcance da imunidade de jurisdição e, em última análise, da função da soberania neste novo contexto internacional.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

The two approaches lead to different results. Under the approach based on the gestionis/imperii distinction, immunity can only be denied in commercial tort cases regardless of where the tortious acts were committed, provided the generally applicable jurisdiction requirements are fulfilled. In Germany, for example, it would suffice that the defendant state has assets in Germany which would not be entitled to immunity from execution (commercial assets). Under the territorial nexus approach, the qualification of the act is irrelevant so that even non-commercial tort cases can be brought if only the required relationship to the forum can be established. However, the basic difference and the bottom line is that the first approach is evidently based on the notion that states must not exercise jurisdiction in regard to governmental acts of another state, whereas the second approach denies the existence of such an obligation.

The difference is crucial because especially human rights violations are usually committed governmentally. Such violations are thus totally outside the scope of the first approach whereas that is not so under the second approach given the territorial nexus to the forum state. Neither of the two approaches can be qualified as the consistent, prevailing practice, which leaves only the conclusion that the answer of international law to the question of the immunity of foreign states for tortious conduct is still open. The answer must and can only be found by balancing the (protected) legal interests of those primarily involved, the defendant state and the injured individual.

(BRÖHMER, Jürgen. State Immunity and the Violation of Human Rights. The Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 141)

As duas abordagens conduzem a resultados diversos. Sob a abordagem baseada na distinção entre atos de império e atos de gestão, a imunidade só pode ser afastada em casos de atos lesivos comerciais, independentemente do local onde a conduta danosa fora cometida, desde que os requisitos gerais de jurisdição sejam cumpridos. Na Alemanha, por exemplo, bastaria que o Estado réu possuísse bens naquele país que não fossem protegidos pela imunidade de execução (bens comerciais). Sob a abordagem do nexu territorial, a qualificação do ato é irrelevante, de modo que mesmo casos de atos lesivos não-comerciais podem ser propostos se o elemento de ligação com o Estado foro for verificado. No entanto, a diferença básica e o ponto fundamental é que a primeira abordagem é claramente baseada na noção de que Estados não devem exercer jurisdição em relação a atos governamentais de outros Estados, ao passo que a segunda abordagem nega a existência de tal obrigação.

A diferença é crucial, especialmente porque violações a direitos humanos são normalmente cometidas em âmbito governamental. Tais violações estão, assim, totalmente afastadas da esfera abrangida pela primeira abordagem. Contudo, não estão afastadas se considerada a segunda, haja vista o nexu territorial ao Estado foro. *Nenhuma das duas abordagens pode ser considerada como prática prevalente ou consistente, o que leva à conclusão singular de que a resposta do direito internacional à questão da imunidade de Estados estrangeiros por atos lesivos ainda permanece em aberto.* A resposta deve e pode apenas ser encontrada equilibrando-se os interesses legais das principais partes envolvidas: o Estado réu e o indivíduo lesado.

Assim, inexistindo costume internacional firme acerca da controvérsia, não há como aplicá-lo diretamente ao ordenamento jurídico interno, permanecendo incólume a determinação do art. 109, II, da Constituição Federal, que autoriza a análise, pelo Judiciário nacional, de demanda envolvendo Estado estrangeiro e particular.

Esse foi a posição defendida pelo Ministro Francisco Rezek, no já mencionado *leading case* da Suprema Corte (AC n. 9.696-3-SP), encontrando igual aplicação no caso presente, conforme se depreende do referido aresto:

O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era -, e que assegurava a imunidade em termos absolutos.

Ademais, esse entendimento é o que melhor se coaduna com a prevalência atribuída pelo Estado brasileiro, em sua Constituição Federal, aos direitos humanos, seja na ordem interna, como direitos fundamentais do cidadão (art. 5º), seja na ordem externa, como princípios norteadores das relações internacionais do país (art. 4º, II).

10. Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para afastar a imunidade de jurisdição e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o feito tenha prosseguimento.