

**AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO
PENAL N. 206 – RJ**

(Registro n. 2001.0194801-5)

- Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
- Agravante: Ministério Público Federal
- Agravado: José Leite Nader
- Advogados: Felipe Amodeo e outros
- Agravado: Aluísio de Castro
- Advogados: Yvan Senra Pessanha e outro
- Agravado: Astor Pereira de Mello
- Advogados: José Danir Siqueira do Nascimento e outro
- Agravado: José Augusto Ferreira da Silva Ramos
- Advogados: Ana Maria Mauro e outros
- Agravado: Carlos Alberto Rocha
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravado: Carlos Alberto Rocha
- Advogado: Herbert Vieira de Campos
- Agravado: Carlos Armando Foli
- Advogado: José Antônio da Silva Leite
- Agravado: Mamoru Oguro
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravada: Maria da Conceição dos Santos
- Advogada: Dea Cecília Gomes Vianna
- Agravado: Adriano Caldeiron Lourenço Filho
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outros
- Agravada: Ana Maria Martins
- Advogados: Rui Octávio Domingues e outro
- Agravada: Maria Thereza da Silva
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravada: Maria Thereza da Silva
- Advogado: Ruy de Carvalho Pinho

- Agravado: Juareis José Cardoso
Advogada: Dea Cecília Gomes Vianna
Agravada: Aurinete Ximenes de Moura
Advogado: Júlio César Martins
Agravado: Glauber da Costa Milach
Advogados: Paulo Roberto de Attayde Silva e outros
Agravado: Ivani Câmara Vianna
Advogados: Daniella Alvarez Prado de Miranda e outros
Agravado: Arlindo Mendes de Carvalho
Advogado: José Antônio da Silva Leite
Agravada: Zaida Ramos Nolasco de Souza
Advogados: Daniella Alvarez Prado de Miranda e outros
Agravada: Nívea Guimarães Dias
Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
Agravado: Rubens Galhardi
Advogados: João Gomes Vieira e outro
Agravado: Ciro Fonseca
Advogado: Júlio César do Monte
Agravados: José Paulo Farias da Costa e Cláudia da Silva Deveza Dantas
Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
Agravada: Ciriema Rodrigues Caldas
Advogado: Edison Ribeiro
Agravado: Carlos Vieira de Carvalho Sobrinho
Advogados: Humberto G. Alves da Costa e outro
Agravados: Zamir Cirauo Nicolau Jorge e Ivan Figueiredo de Mello
Advogados: Edgard Sílvio de Alencar Saboya e outro
Agravada: Márcia Maria Pereira
Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
Agravado: Paulo Jorge Guerra
Advogados: Edgard Sílvio de Alencar Saboya e outro
Agravado: Marcílio Pereira de Albuquerque

- Advogado: Sérgio Reis
- Agravados: Marcílio Pereira de Albuquerque e Odea da Silva Lima
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravada: Odea da Silva Lima
- Advogada: Marlene Alves Silva Batista
- Agravados: Domingos Quintela de Paola, Lídia Fernandes Barroso e Maria Desidério da Silva
- Advogados: Ekel Luiz Servio de Souza e outros
- Agravados: Ricardo Bondim e Marco Aurélio da Silva Porto
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravado: João Carlos Figueiredo Pinheiro
- Advogado: Luiz Gustavo Leão Ribeiro
- Agravado: Elias Rodrigues dos Santos
- Advogados: Aguinaldo Silva Dias Júnior e outros
- Agravado: Elias Rodrigues dos Santos
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravados: Tânia Mara de Souza Costa e Edson de Andrade Vieira
- Advogado: Anselmo Louzeiro Braga
- Agravado: Paulo Sérgio Nunes Lomenha
- Advogado: Alberto Lirio do Valle
- Agravados: Paulo Sérgio Nunes Lomenha, Rogério Guarani de Souza e José Joaquim Filho
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravados: Miguel Yazeji, Miguel Ângelo de Castro Yazeji, Márcio de Castro Yazeji e Valéria Yazeji da Silva Cosme
- Advogados: Antônio Moreira e outros
- Agravados: Arlinda Lago Miron e Luiz Carlos Gomes Cerqueira
- Advogados: Manuel de Jesus Soares e outro
- Agravados: Luiz Fernandes da Silva, Andrely Quintela de Paola e Marcelo André Nunes Lomenha
- Advogados: Ekel Luiz Servio de Souza e outros

- Agravados: Marcelo André Nunes Lomenha e Jefferson Gonçalves dos Santos
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravado: Jefferson Gonçalves dos Santos
- Advogados: Frederico Memere e outro
- Agravado: Luiz Flávio Álvares Augusto
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Dativo) e outro
- Agravado: Luiz Flávio Álvares Augusto
- Advogado: Nilo Mendes Figueiredo
- Agravados: Antônio de Albuquerque e Wilton Pereira da Silva
- Advogado: Frederico da Silva Carmo
- Agravado: Vicente Mota Sorrentino
- Advogado: Ennio Figueiredo Júnior
- Agravado: Jorge Loiola Gonçalves dos Santos
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravado: Jorge Loiola Gonçalves dos Santos
- Advogados: Frederico Memere e outro
- Agravada: Rita de Cássia Pinto Félix
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravada: Rita de Cássia Pinto Félix
- Advogados: Frederico Memere e outro
- Agravada: Inná Ribeiro de Mello
- Advogados: Aguinaldo Silva Dias Júnior e outros
- Agravada: Inná Ribeiro de Mello
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravados: Jair dos Santos Rodrigues e Angelita da Conceição Chaves Teixeira Aguiar
- Advogados: Ekel Luiz Servio de Souza e outros
- Agravado: Antônio Roberto de Carvalho
- Advogados: Jaime Samuel Cukier e outros
- Agravado: Durval Nogueira Pires da Silva
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro

- Agravado: Durval Nogueira Pires da Silva
- Advogados: Ivan Senra Pessanha e outros
- Agravados: Altevir Mendonça Silva, Celso Mendonça Silva e Pedro Paulo D'Andréa
- Advogados: Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros
- Agravados: Nelsina de Jesus Alarcão Ferreira e Ebron Macedo Romão
- Advogados: Adílson Lucas e outros
- Agravados: Florisvaldo José Vieira e José Moaelson do Nascimento
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravado: Edson Loureiro Monteiro
- Advogados: J. T. Padilha Sodré e outro
- Agravados: Edson Loureiro Monteiro e Magda Lúcia Souza e Silva
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravada: Magda Lúcia Souza e Silva
- Advogado: J. T. Padilha Sodré
- Agravado: Carlos Welson Capiberibe de Souza
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outro
- Agravado: Carlos Welson Capiberibe de Souza
- Advogado: J. T. Padilha Sodré
- Agravado: Geraldo Pereira do Valle
- Advogado: Fernando Fragoso
- Agravados: Joaquim de Souza Raymundo Neto e Luciano Ferreira da Cunha
- Advogados: Alexandre Lobão Rocha (Defensor Público) e outros
- Agravado: Luciano Ferreira da Cunha
- Advogado: Nílson Henrique da Silva
- Agravadas: Letícia Carneiro Corrêa Nader e Rivia Carneiro Corrêa
- Advogados: Waldemar Pinto Filho e outros
- Agravada: Inesilla da Cruz
- Advogados: Jaime Samuel Cukier e outros
- Agravada: Inesilla da Cruz
- Advogado: Joaquim Jair Ximenes Aguiar

Agravado: Wander Barbeta Duarte
Advogados: Jaime Samuel Cukier e outros
Agravado: Wander Barbeta Duarte
Advogado: Joaquim Jair Ximenes Aguiar
Agravada: Rosaura Mendes Couto
Advogado: Luiz Pereira Neto
Agravado: Enir de Paula
Advogados: Fernando Máximo de Almeida Pizarro Drummond e outro

EMENTA: Processual Penal – Advogado – Testemunha – Recusa – Sigilo profissional – Artigo 7º, XIX, Lei n. 8.906/1994.

É direito do advogado “recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Eliana Calmon, Franciulli Netto, Antônio de Pádua Ribeiro, Edson Vidigal, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Francisco Falcão e Barros Monteiro.

Brasília-DF, 10 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente.

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: O Ministério Público Federal agrava de decisão, por mim proferida, admitindo a recusa ao testemunho do advogado Aguinaldo Silva Dias Júnior, indicado pela acusação, considerando que:

“O inciso XIX do artigo 7^o da Lei n. 8.906/1994, explicitamente assegura ao advogado:

‘Art. 7^o. São direitos do advogado:

XIX – recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;’

Além de ser direito do advogado, o artigo 154 do Código Penal estabelece como conduta típica a quebra do sigilo profissional:

‘Art. 154. Revelar a alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.’

Dir-se-ia que todas as questões estariam relacionadas ao sigilo profissional e que o advogado estaria, então, desimpedido para depor sobre os fatos que não constituírem sigilo profissional. Ocorre que, para dar cabo a qualquer resquício de dúvida e para evitar constrangimentos, o artigo 207 do CPP dispõe:

‘Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.’

Logo, **data maxima venia**, concluir que advogado deve depor sobre fatos relativos aos seus clientes quando estes não constituem sigilo profissional afigura-se como enorme ginástica de raciocínio para escapar a literalidade do texto legal que estabelece como *‘Direito do*

advogado recusar-se a depor sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, bem como fato que constitua sigilo profissional' (Lei n. 8.906/1994, art. 7^o, XIX); sendo de valia ainda ressaltar que a lei fez distinção, assegurando ao advogado o direito de se recusar a depor em duas hipóteses distintas:

- 1) quanto a fato relativo a pessoa de quem seja ou foi advogado;
- 2) sobre fato que constitua sigilo profissional."

O Ministério Público Federal persiste no seu interesse na oitiva da testemunha para "perquiri-la acerca de suas declarações no curso da Sindicância n. 1/1995 (transcrição de fl. 14.955, cópia da denúncia), em completa contradição com as afirmações contidas na escritura declaratória acostada às fls. 15.522/15.525, entendimento esse que em nada confronta com o dever do sigilo profissional" (fl. 15.161, vol. 64).

Antes de ofender a regra do sigilo profissional, as declarações serviriam de base para o esclarecimento de fatos controversos e alheios às confidências relativas ao ofício.

Cita jurisprudência e doutrina "no sentido de que somente nos casos que envolvam as confidências de que tomou conhecimento em razão da função, pode o advogado eximir-se de prestar declarações".

Requer seja a testemunha mantida, reafirmando que não se trata de fatos confidenciais ou de que teve notícia em razão de sua profissão, mas de "mero esclarecimento sobre declarações que se chocam, causando perplexidade, as quais deverão ser devidamente esclarecidas em juízo".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Trata-se da ação penal, com mais de oitenta réus, que apura a ocorrência dos crimes de formação de quadrilha e de sucessivos peculatos, que teriam ocorrido na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro por meio de diversas alegadas fraudes na aquisição de mercadorias sem licitação.

O advogado Aguinaldo Silva Dias Júnior representa, desde a fase policial, os réus Elías Rodrigues dos Santos e Inná Ribeiro de Mello.

No curso da sindicância, a qual compareceu como patrono desses, teria declarado aos membros da comissão que "o grupo de fornecedores era

muito bem organizado, tinha excelente assessoria jurídico-administrativa e seu poder era muito grande, com estreito relacionamento nas altas esferas dos governos Estadual e Federal, tanto no Legislativo, quanto no Executivo”, que seus clientes “eram ‘fichinhas’, comparados com os ‘ganhos’ obtidos por funcionários graduados e algumas altas personalidades” e que o denunciado Carlos Armando Foli “era o representante dos Deputados José Nader e Aluísio de Castro na Secretaria de Estado da Saúde junto aos fornecedores”.

Posteriormente, lavrou escritura pública negando as declarações ou qualquer comentário.

Intimado, agora, no curso da instrução criminal delegada ao MM. Juiz titular da 1ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro-RJ, para ser ouvido como testemunha da acusação, o advogado pediu a sua dispensa invocando o artigo 7º, inciso XIX, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), e os artigos 207 e 210 do Código de Processo Penal.

O órgão acusatório insistiu na oitiva, alegando que as declarações alheias aos fatos ou às confidências conhecidas em razão do ofício, como no caso dos autos onde o testemunho tem por objetivo perquirir a contradição entre as declarações espontâneas no curso da Sindicância n. 1/1995 e as afirmações contidas em posterior escritura declaratória, não alcançariam a liberdade de defesa e o sigilo profissional.

Conquanto, num primeiro momento, também assim tenha entendido, depois, em melhor refletindo, decidi acatar a recusa.

E isso pautado em preceitos legais: artigos 5º, XIV, e 133 da Constituição; 207 e 210 do Código de Processo Penal, e 154 do Código Penal; artigos 25 e 26 do Código de Ética, e artigo 7º, inciso XIX, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), esse último assim vazado:

“Art. 7º. São direitos do advogado:

(...)

XIX – recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.”

E também razões de ordem prática avalizam a dispensa.

É certo que o sigilo profissional alcança apenas os fatos a respeito dos quais se deva guardar segredo em razão do ofício e que, em tese, poderia o advogado depor sobre outros fatos, alheios a esses.

Todavia, na hipótese, não há como separá-los e, na dúvida, cabe a recusa.

A pretendida testemunha é advogado e defende, desde o início das investigações, os interesses de dois réus e, evidentemente, não irá dizer nada que possa prejudicá-los ou favorecer a acusação.

A toda pergunta que lhe for dirigida, no zelo ao seu mister, dirá, certamente, que a resposta está vinculada a fatos ou a confidências conhecidas em razão do seu ofício, cabendo-nos respeitar as suas prerrogativas.

Os fatos estão estritamente relacionados com o exercício da sua profissão, ao patrocínio da defesa dos réus na ação. Essa, aliás, a origem do que teria sido dito à Comissão de Sindicância, donde a proteção da lei.

O conhecimento que tem do caso é fruto exatamente de sua atividade e apenas em decorrência do seu exercício é que deles teve conhecimento.

A oitiva, portanto, ainda que não fosse contrária ao ordenamento jurídico, carece de qualquer utilidade prática.

Finalizando, trago o aduzido por **Paulo Luiz Netto Lôbo** acerca do sigilo profissional:

“O direito ao sigilo, no mundo atual, passou a integrar os direitos fundamentais do cidadão, que são invioláveis inclusive em face do legislador infraconstitucional. Destina-se a proteger o segredo da pessoa.

O sigilo profissional compagina-se à mesma etiologia, mas tem configuração própria, sendo antes um dever que se impõe ao advogado, para justamente assegurar-se a plenitude da defesa do direito do cidadão. Não se protege segredo próprio, mas de outrem. Como diz **Adriano de Cupis**, aquele que é necessariamente destinado a receber segredos tem o particular dever de conservá-lo.

O sigilo profissional é, ao mesmo tempo, direito e dever. Direito ao silêncio e dever de se calar. Tem natureza de ofício privado (**múnus**), estabelecido no interesse geral, como pressuposto indispensável ao direito de defesa. Não resulta de contrato entre o advogado e o cliente.

(...)

O Estado ou os particulares não podem violar essa imunidade profissional do advogado porque estariam atingindo os direitos da personalidade dos clientes e, **a fortiori**, a cidadania. O sigilo profissional não é patrimônio apenas dos advogados, mas uma conquista dos povos civilizados.” (in Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB, 3ª ed., 2002, Ed. Saraiva, pp. 58/59).

Posto isso, nego provimento ao agravo.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, acredito que o caso não era de dispensar por ofensa ao sigilo, que o advogado deve manter, mas, sim, pela absoluta inutilidade da convocação dessa testemunha em virtude das razões expostas pelo eminente Ministro-Relator. Na verdade, ele está sendo chamado para vir esclarecer outros fatos que não aqueles em que se envolveram seus clientes defendidos. Não há utilidade no depoimento.

Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, negando provimento ao agravo regimental.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 297.372 – RS

(Registro n. 2001.0197279-9)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Embargante: Neumarkt Administração e Participações S/A
Advogados: Eduardo A. L. Ferrao e outros
Embargada: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Vera Lúcia Bicca Andujar e outros

EMENTA: Processual Civil – Embargos de declaração – Embargos de divergência – Inexistência de omissão.

1. Ante a inexistência de qualquer omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, impõe-se a rejeição dos embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Ruy Rosado de Aguiar, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Eliana Calmon e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Francisco Falcão e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 1^a de julho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 04.08.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: São opostos embargos de declaração pela Neumarkt Administração e Participações S/A contra acórdão proferido por esta egrégia Corte Especial de seguinte ementa (fl. 699):

“Processual Civil. Embargos de declaração. Embargos de divergência. Rejulgamento da causa. Impossibilidade.

1. Ante a inexistência de qualquer omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, impõe-se a rejeição dos embargos.”

Insiste novamente a Embargante em alegar omissão, por não ter sido, a seu ver, examinada a sua tese pela irrelevância da data de aniversário das cadernetas de poupança enfocadas nos acórdãos postos em confronto para a configuração do dissídio, já que o caso em questão não diz respeito a depósito em caderneta de poupança nem de mútuo do SFH.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, a insistência na oposição de novos embargos de declaração apresenta-se desprovida de qualquer razoabilidade.

Conforme esclareci na fundamentação do acórdão proferido nos primeiros embargos declaratórios, a questão sobre a relevância ou não da data de aniversário da caderneta de poupança já tinha sido devidamente examinada pela Corte por ocasião do julgamento do agravo regimental.

A propósito, volto a destacar os argumentos apresentados no enfrentamento do tema (fls. 683/684):

“(...) o caso dos autos diz respeito a um contrato de financiamento para a construção de um *shopping center*, cuja atualização do saldo devedor encontra-se atrelada, por força de cláusula contratual, ao índice aplicado nos depósitos de caderneta de poupança com aniversário no primeiro dia do mês. Observe-se (fls. 45v. e 46):

‘– Cláusula Sexta – Do Reajustamento – O saldo devedor e todos os demais valores constantes desta escritura, à exceção das prestações mensais de que trata a cláusula quinta, serão reajustados mensalmente, no dia que corresponder ao da assinatura desta escritura, mediante aplicação de coeficiente de reajustamento monetário idêntico ao utilizado para a atualização dos depósitos de poupança, mantidos nas instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo – SBPE.

Parágrafo Primeiro – O coeficiente de atualização, independentemente da data prevista para reajustamento dos valores desta escritura, será o mesmo apurado para a atualização dos depósitos de poupança com aniversário no primeiro dia do mês.’

A Caixa Econômica Federal aplicou o índice do IPC na correção do saldo devedor em abril de 1990.

Nesta ação, a Neumarkt Administração e Participações S/A e a SDV Administradora de Shopping Centers S/A buscam o reconhecimento do BTNF como o índice correto a ser utilizado nesse período.

Tanto o acórdão embargado quanto o acórdão paradigma efetivamente analisaram o índice de correção monetária das cadernetas de poupança no mês questionado.

Só que, enquanto o acórdão embargado entendeu pela aplicação do IPC por todo o mês de abril de 1990, o acórdão paradigma concluiu pela incidência do BTNF apenas com relação aos depósitos de caderneta de poupança com vencimento na segunda quinzena de abril de 1990, período em que tais valores já se encontravam bloqueados junto ao Banco Central, por força do Plano Collor.

O contrato sob exame determina que o coeficiente de atualização seja o mesmo aplicado na caderneta de poupança com aniversário no primeiro dia do mês.

Daí não servir como paradigma acórdão que analisa o índice de atualização com relação às cadernetas com vencimento na segunda quinzena do mês.

Tal circunstância é efetivamente relevante, na medida em que este Tribunal Superior já pacificou o entendimento de que, na primeira quinzena de abril de 1990, o índice de reajuste devido nos saldos de caderneta de poupança é o IPC, conforme determinado no acórdão embargado.

A propósito, Ministro Aldir Passarinho Júnior:

‘Econômico. Processual Civil. Banco-depositário. Legitimidade passiva. Caderneta de poupança. Denúnciação da lide ao Banco Central do Brasil e à União. Descabimento. Critério de atualização monetária. IPC de janeiro de 1989, março, abril e maio de 1990 e fevereiro e março de 1991. Conta aberta ou renovada na primeira quinzena.

I – O Superior Tribunal de Justiça já firmou, em definitivo, o entendimento de que no cálculo da correção monetária para efeito de atualização de cadernetas de poupança iniciadas e renovadas até 15 de janeiro de 1989, aplica-se o IPC relativo àquele mês em 42,72% (precedente: REsp n. 43.055-0-SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 20.02.1995). Todavia, nas contas-poupança abertas ou renovadas em 16 de janeiro de 1989 em diante, incide a sistemática estabelecida pela Lei n. 7.730/1989, então em vigor. (...)’ (REsp n. 139.114, DJ de 19.08.2002).

Portanto, como o caso em questão refere-se ao índice de atualização da caderneta de poupança verificado no primeiro dia do mês e

o acórdão paradigma analisa coeficiente relativo especificamente à segunda quinzena de abril de 1990, forçoso é o reconhecimento da ausência de similitude fática entre os julgados, a viabilizar a configuração da divergência jurisprudencial.

Pelo que, mantendo os fundamentos da decisão reclamada, nego provimento ao agravo regimental.”

Como se vê, não há falar-se em qualquer omissão a ser suprida, já que a questão reclamada foi devidamente examinada no julgamento.

O fato de o Embargante não concordar com o entendimento esposado no acórdão não viabiliza a utilização de embargos declaratórios para o rejuízo da causa, já que tal recurso não se presta a esse fim.

Rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 148.495 – PR

(Registro n. 1999.0077665-8)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Embargantes: Milton Manrique Rastelli e outro
Advogados: Marco André Dunley Gomes e outros
Embargado: Banco Central do Brasil
Advogados: Francisco Siqueira e outros

EMENTA: Processual Civil – Valores aplicados em caderneta de poupança bloqueados em razão do Plano Collor – Correção monetária relativa ao mês de março – Legitimidade passiva *ad causam* do Banco Central – Súmula n. 158-STJ.

1. “Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada.” (Súmula n. 158-STJ).

2. Embargos de divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer dos embargos de divergência nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Ruy Rosado de Aguiar, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler e Franciulli Netto. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, José Delgado, Gilson Dipp e Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º).

Brasília-DF, 1º de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 25.08.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Titulares de cadernetas de poupança entraram com uma ação contra o Banco Central e o Banco do Estado do Paraná, objetivando o pagamento da diferença entre a correção monetária efetivamente realizada na época do Plano Collor e o valor devido em face do IPC de março de 1990.

O Juiz de 1º grau excluiu o banco particular da lide e julgou procedente o pedido, condenando o Bacen ao pagamento requerido.

Confirmada a decisão pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi interposto recurso especial pelo Bacen, reclamando ilegitimidade passiva **ad causam**, bem como a inaplicabilidade da variação do IPC.

Acolhendo a tese da ilegitimidade, a egrégia Primeira Turma desta Corte, sob a relatoria do eminente Ministro Garcia Vieira, determinou o retorno dos autos à origem, para que fosse dado prosseguimento à ação, tomando-se como única parte legítima passiva o Banco do Estado do Paraná S/A.

Eis a ementa do julgado (fl. 248) (acórdão embargado, Primeira Turma, rel. Ministro Garcia Vieira):

“Ativos financeiros bloqueados. Correção monetária. Março de 1990. Bacen. Ilegitimidade.

O Banco Central do Brasil é parte ilegítima para responder pelo índice de correção monetária do mês de março de 1990.

Recurso provido.”

Daí a oposição de embargos de divergência, em 13.08.1999 (fl. 292), no qual os titulares das contas de poupança alegam divergência jurisprudencial com acórdãos da Terceira e Quarta Turmas, que reconheceram expressamente o Bacen como responsável pela correção monetária dos ativos bloqueados em razão do Plano Collor.

Estas são as ementas dos julgados paradigmas (fl. 295):

“Caderneta de poupança.

1. Diferença de correção relativa aos meses de junho de 1987 e janeiro de 1989. Recurso inviável, quanto a este ponto.

2. Diferença relativa ao mês de março de 1990. Caso de ilegitimidade passiva do banco-depositário, a teor de precedentes do STJ (REsps n. 33.016, 40.516, 45.203, 52.316, etc.).

3. Recurso especial conhecido em parte e assim provido.” (REsp n. 57.037-RS, Terceira Turma, rel. Min. Nilson Naves, DJ de 19.08.1996).

“Plano Collor. Bacen. Legitimidade passiva.

– O Bacen tem legitimidade para figurar como réu na ação onde se cobra a diferença de remuneração de depósito em março/1990.

– Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 133.302-SP, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Admitidos os embargos, foi apresentada impugnação pelo Bacen, na qual, além de reclamar pela incidência da Súmula n. 158-STJ, sustenta a sua efetiva ilegitimidade passiva **ad causam** (fls. 318/326).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, visam os embargos sanar divergência em relação à legitimidade passiva do Banco Central para figurar nas ações onde se cobra a correção monetária de março de 1990, durante o denominado “Plano Collor”.

Buscando modificar o entendimento consignado no acórdão embargado (fl. 248, Primeira Turma, rel. Ministro Garcia Vieira), os Embargantes, sustentando a legitimidade do Banco Central do Brasil para responder pelo índice de correção monetária do mês de março de 1990, apresentaram os seguintes acórdãos paradigmas:

“Caderneta de poupança.

1. Diferença de correção relativa aos meses de junho de 1987 e janeiro de 1989. Recurso inviável, quanto a este ponto.

2. Diferença relativa ao mês de março de 1990. Caso de ilegitimidade passiva do banco-depositário, a teor de precedentes do STJ (REsp n. 33.016, 40.516, 45.203, 52.316, etc.).

3. Recurso especial conhecido em parte e assim provido.” (REsp n. 57.037-RS, Terceira Turma, rel. Min. Nilson Naves, DJ de 19.08.1996).

“Plano Collor. Bacen. Legitimidade passiva.

– O Bacen tem legitimidade para figurar como réu na ação onde se cobra a diferença de remuneração de depósito em março/1990.

– Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 133.302-SP, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Como foram apontados como paradigmas acórdãos da Segunda Seção, não mais competente para analisar a matéria, invocou o embargado, Bacen, a incidência da Súmula n. 158 desta Corte: “Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção, que não mais tenha competência para a matéria neles versada”.

Efetivamente, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem levantada no Recurso Especial n. 102.419-RS, esta egrégia Corte Especial decidiu que a matéria relativa à correção de ativos bloqueados por força do Plano Collor são da competência exclusiva das Turmas da Primeira Seção.

Leio a ementa:

“Cruzados novos. Competência.

1. Havendo a ruptura do vínculo obrigacional, o que acarreta a interrupção da relação jurídica de direito público, altera-se a competência interna, deslocada da Segunda Seção para a Primeira Seção.

2. Competência da Turma que integra a Primeira Seção para julgamento de ações alcançando cruzados novos bloqueados, sendo parte o Banco Central do Brasil.” (Questão de Ordem no REsp n. 102.419-RS, Corte Especial, rel. Min. Menezes Direito, DJ de 17.02.1999).

Portanto, como os embargos de divergência foram opostos após a publicação dessa decisão, em 13.08.1999, apontando como paradigmas acórdãos proferidos por Turmas da Segunda Seção, já declaradas incompetentes para a análise da matéria, impõe-se a incidência da Súmula n. 158 deste Superior Tribunal de Justiça.

Pelo que, não conheço dos embargos.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: 1. Trata-se de embargos de divergência contra acórdão da Primeira Turma que considerou ilegítimo o Banco Central para responder à ação que versa o IPC de março de 1990.

Os Embargantes apontam como paradigmas um aresto da Terceira Turma e outro da Quarta, ambos a estabelecer a legitimidade passiva do Banco Central “na ação onde se cobra a diferença de remuneração de depósito em março/1990”.

Admitidos e impugnados os embargos, o relator, Ministro Edson Vidigal, não conheceu do recurso, por aplicação do Enunciado Sumular n. 158-STJ. Fundamentou S. Ex.^a na questão de ordem decidida no julgamento do REsp n. 102.419-RS (DJ de 17.02.1999), em que se fixou a competência da Primeira Seção “para julgamento de ações alcançando cruzados novos bloqueados, sendo parte o Banco Central do Brasil”. Assim, os paradigmas seriam oriundos de Turmas não mais competentes.

2. A espécie versa o índice referente a março de 1990 e aplicável às cadernetas de poupança com aniversário posterior ao dia 15, quando os cruzados novos retidos foram transferidos ao Banco Central.

Ao que se observa, a divergência debatida nos embargos não atinge o mérito, atendo-se à preliminar de ilegitimidade passiva, sobre a qual se discutiu amplamente nesta Corte. Com efeito, ao julgar o REsp n. 40.516-SP (DJ de 28.11.1994), assentou a Segunda Seção ser ilegítimo o banco-depositário para responder às demandas em que os ativos bloqueados já houvessem sido transferidos ao Banco Central.

Contudo, posteriormente, ao julgar o REsp n. 102.419-RS, referido pelo eminente Relator, a Corte Especial fixou a competência da Primeira Seção para julgar a matéria de fundo discutida naquelas demandas, à qual se vinculam as chamadas condições da ação, entre elas a legitimidade das partes.

Em resumo, sem terem mais competência para a matéria as Turmas das quais se originaram os paradigmas, é o caso de aplicar-se o enunciado n. 158 da Súmula-STJ.

3. Diversa seria a situação, é oportuno ressaltar, se a Turma julgadora do recurso especial não tivesse mais competência. Se, por exemplo, a Segunda Seção tivesse julgado o especial e fossem trazidos a confronto nos embargos de divergência acórdãos da Primeira Seção, seriam cabíveis esses embargos. É o que se extrai do Verbete n. 158, no qual a palavra “acórdão” deve ser entendida como “acórdão paradigma”, nestes termos:

“Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão ‘paradigma’ de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada.”

4. Problema que ressurte do não-conhecimento dos presentes embargos diz respeito à prevalência de resultado desconforme à jurisprudência desta Corte, assentada no referido REsp n. 40.516-SP (DJ de 28.11.1994). O que ocorre, porém, é a inviabilidade dos embargos de divergência, aos quais falta um requisito de admissibilidade, a ensejar seu não-conhecimento.

5. Com estas considerações, acompanho o voto do Ministro-Relator e *não conheço* dos embargos de divergência.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM
RECURSO ESPECIAL N. 232.279 – SP**
(Registro n. 2000.0037203-0)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Embargante: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Andréa Metne Arnaut e outros

Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Direito Processual – Constitucional – Ministério Público – Ação civil *ex delicto* – Legitimidade – CPP, art. 68 – Inconstitucionalidade progressiva declarada pelo STF – Embargos de divergência.

1. Apesar da Constituição Federal de 1988 ter afastado, dentre as atribuições funcionais do Ministério Público, a defesa dos hipossuficientes, incumbindo-a às Defensorias Públicas (art. 134), o Supremo Tribunal Federal consignou pela inconstitucionalidade progressiva do CPP, art. 68, concluindo que “enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista” (RE n. 135.328-7-SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 01.08.1994).

2. Precedentes do STF e do STJ.

3. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência mas os rejeitar nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Ruy Rosado de Aguiar, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Eliana Calmon e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Francisco Falcão e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 1^o de julho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 04.08.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Em decorrência de uma rebelião ocorrida na Casa de Detenção de São Paulo, em 1992, o detento Nivaldo Aparecido Marques de Souza acabou falecendo.

O Ministério Público, na condição de substituto processual, ajuizou ação de indenização por danos morais e patrimoniais.

O Juiz de 1ª grau julgou o pedido parcialmente procedente, condenando a Fazenda do Estado a pagar aos substituídos beneficiários 80 salários mínimos por danos morais.

Ambas as partes recorreram.

Pleiteou o Ministério Público a concessão de indenização também por dano patrimonial, em face da relação de dependência entre os Autores e a vítima, e a Fazenda do Estado pediu a extinção do processo, em razão da ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação.

Confirmada a sentença de 1ª grau, foram opostos embargos de infringência pela Fazenda, quando, então, efetivamente, reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a ilegitimidade do Ministério Público para atuar no caso como substituto processual.

Daí a interposição de recurso especial para esta Corte, decidindo a Primeira Turma, sob a relatoria do Ministro José Delgado, pela legitimidade. Eis a ementa do julgado (fl. 397):

“Constitucional. Processual Civil e Penal. Ação reparatória de danos morais e patrimoniais. Ato ilícito. Ministério Público. Substituto processual de hipossuficiente socioeconômico. Legitimidade ativa. Art. 68 do CPP. Precedentes.

1. Ação reparatória de dano advindo de ato ilícito ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na qualidade de substituto processual de pais de detento falecido no dia 02.10.1992, em virtude de rebelião ocorrida nas dependências da Casa de Detenção de São

Paulo, contra a Fazenda Pública daquele Estado, pleiteando reparação por danos morais e patrimoniais sofridos pelos ora substituídos.

2. Recurso especial interposto contra v. acórdão que reconheceu como parte ativa ilegítima o Ministério Público, sob o entendimento de que a atribuição para a propositura da ação em tela é da Procuradoria de Assistência Judiciária, visto que o art. 68 do Código de Processo Penal sofreu revogação pela Lei n. 4.215/1963, e foi suplantado pela Carta Magna de 1988.

3. Na exposição de motivos do citado estatuto, ao ser comentada a razão essencial da existência daquele artigo, verifica-se que o projeto não descurou de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano, instituindo ou regulando eficientemente medidas assecuratórias (seqüestro e hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil), antes mesmo do início da ação ou do julgamento definitivo, e determinando a intervenção do Ministério Público, quando o titular do direito à indenização não disponha de recursos pecuniários para exercê-lo. Ficará, assim, sem fundamento a crítica segundo a qual, pelo sistema do Direito pátrio, a reparação do dano *ex delicto* não passa de uma promessa vã ou platônica da lei (item VI).

4. Dispõe, taxativamente, o art. 68 do CPP: ‘Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1^a e 2^a), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público’.

5. A novel Carta Política, no capítulo que trata sobre Ministério Público, dispõe no art. 129: ‘São funções institucionais do Ministério Público: ... IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas’.

6. Tem-se por indubitável que a Constituição Federal não revogou, implícita nem tacitamente, o art. 68 do CPP, em vista da redação atual do inciso IX do art. 129.

7. Decorre de lei a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil *ex delicto*, e não se trata de exercício de advocacia, uma vez que substitui a parte hipossuficiente por permissivo legal específico e não por mandato outorgado particularmente pelo detentor do direito a ser defendido. Tal legitimação é concorrente.

8. A expressão interesse público, extremamente ampla e genérica, há que ser interpretada também de maneira ampla e genérica, sob

pena de, caso seja interpretada restritivamente, sê-lo em detrimento dos direitos pessoais e coletivos.

9. **In casu**, além do desconhecimento do direito à indenização, devido a problemas de baixo nível de escolaridade e ausência de informações, há ainda a barreira econômica que separa significativa parcela da população da prestação jurisdicional.

10. É forte a corrente jurisprudencial que defende a existência, validade e eficácia do art. 68 do CPP, após a vigência da CF/1988 (REsp n. 5.321-SP, rel. Ministro Barros Monteiro, DJ de 29.04.1991).

11. Recurso provido.” (fls. 397/398).

Agora, opõe a Fazenda do Estado de São Paulo embargos de divergência, buscando o reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público para postular, em nome de pessoa pobre, o direito à reparação de dano causado por ato ilícito praticado pelo Estado de São Paulo.

Três são os argumentos trazidos: 1^o) a regra contida no CPP, art. 68, não teria sido recepcionada pela atual Constituição Federal, por incompatibilidade entre as finalidades institucionais do Ministério Público e a proteção a interesses individuais e disponíveis; 2^o) que tal função, **in casu**, seria da competência da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo, e 3^o) que o referido dispositivo de lei estaria revogado pelas Leis n. 4.215/1963 e 8.906/1994, que trataram de estruturar a Ordem dos Advogados do Brasil, conferindo exclusivamente aos advogados, estagiários e provisionados a defesa de interesses em juízo.

Traz a confronto acórdão da Terceira Turma, proferido no Recurso Especial n. 57.092-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 10.03.1997, de seguinte ementa (fl. 417):

“Ação civil. Crime. Reparação do dano. Ministério Público. O art. 68 do CPP não foi recepcionado pela vigente Constituição, desde que o que nele se contém revela-se incompatível com a finalidade do Ministério Público, que se acha expressa no art. 129. A reparação do dano envolve interesse individual disponível. Recurso não conhecido.”

Embargos recebidos às fls. 457/458.

Manifesta-se o Subprocurador-Geral Wagner de Castro Mathias Netto pelo não-conhecimento (fls. 462/467).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sr. Presidente, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação de reparação por ato ilícito contra a Fazenda Pública paulista, em favor da família do Sr. Nivaldo Aparecido Marques de Souza, presidiário, vítima de homicídio praticado por pessoa não identificada, durante rebelião ocorrida na Casa de Detenção em 1992, fato esse de conhecimento público.

O Tribunal de Justiça, julgando embargos infringentes, reconheceu a ilegitimidade do Ministério Público Estadual para propor a ação, salientando que (fls. 350/352):

“(...) a Carta Magna, em seu artigo 127, diz que cabe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Os eventuais danos sofridos pelos Autores, de ordem material, não podem ser considerados indisponíveis. De qualquer forma, a substituição processual em que se ampara o Dr. Promotor não é de ser acolhida, pela elementar razão de que o artigo 68 do Código de Processo Penal está derogado pela Constituição e pela Lei n. 4.215/1963. O exercício da advocacia é atribuição exclusiva dos advogados inscritos na Ordem, devendo a parte ser representada por causídico regularmente constituído (artigo 36 do Código de Processo Civil), mesmo porque os advogados foram considerados essenciais à administração da Justiça (artigo 133 da Constituição Federal).”

Por sua vez, a Primeira Turma deste STJ, julgando o recurso especial, sob a relatoria do Ministro José Delgado entendeu, neste caso, pela legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil **ex delicto**.

Leio novamente a ementa (acórdão embargado, Primeira Turma, relator Min. José Delgado, fl. 397):

“Constitucional. Processual Civil e Penal. Ação reparatória de danos morais e patrimoniais. Ato ilícito. Ministério Público. Substituto processual de hipossuficiente socioeconômico. Legitimidade ativa. Art. 68 do CPP. Precedentes.

1. Ação reparatória de dano advindo de ato ilícito ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na qualidade de substituto

processual de pais de detento falecido no dia 02.10.1992, em virtude de rebelião ocorrida nas dependências da Casa de Detenção de São Paulo, contra a Fazenda Pública daquele Estado, pleiteando reparação por danos morais e patrimoniais sofridos pelos ora substituídos.

2. Recurso especial interposto contra v. acórdão que reconheceu como parte ativa ilegítima o Ministério Público, sob o entendimento de que a atribuição para a propositura da ação em tela é da Procuradoria de Assistência Judiciária, visto que o art. 68 do Código de Processo Penal sofreu revogação pela Lei n. 4.215/1963 e foi suplantado pela Carta Magna de 1988.

3. Na exposição de motivos do citado estatuto, ao ser comentada a razão essencial da existência daquele artigo, verifica-se que o projeto não descurou de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano, instituindo ou regulando eficientemente medidas assecuratórias (seqüestro e hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil), antes mesmo do início da ação ou do julgamento definitivo, e determinando a intervenção do Ministério Público, quando o titular do direito à indenização não disponha de recursos pecuniários para exercê-lo. Ficará, assim, sem fundamento a crítica segundo a qual, pelo sistema do Direito pátrio, a reparação do dano *ex delicto* não passa de uma promessa vã ou platônica da lei (item VI).

4. Dispõe, taxativamente, o art. 68 do CPP: 'Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1^a e 2^a), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público'.

5. A novel Carta Política, no capítulo que trata sobre Ministério Público, dispõe no art. 129: 'São funções institucionais do Ministério Público: ... IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas'.

6. Tem-se por indubitável que a Constituição Federal não revogou, implícita nem tacitamente, o art. 68 do CPP, em vista da redação atual do inciso IX do art. 129.

7. Decorre de lei a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil *ex delicto*, e não se trata de exercício de advocacia, uma vez que substitui a parte hipossuficiente por permissivo legal específico e não por mandato outorgado particularmente pelo detentor do direito a ser defendido. Tal legitimação é concorrente.

8. A expressão interesse público, extremamente ampla e genérica, há que ser interpretada também de maneira ampla e genérica, sob pena de, caso seja interpretada restritivamente, sê-lo em detrimento dos direitos pessoais e coletivos.

9. **In casu**, além do desconhecimento do direito à indenização, devido a problemas de baixo nível de escolaridade e ausência de informações, há ainda a barreira econômica que separa significativa parcela da população da prestação jurisdicional.

10. É forte a corrente jurisprudencial que defende a existência, validade e eficácia do art. 68 do CPP, após a vigência da CF/1988 (REsp n. 5.321-SP, rel. Ministro Barros Monteiro, DJ de 29.04.1991).

11. Recurso provido.” (fls. 397/398).

Nestes embargos de divergência, a Fazenda do Estado de São Paulo traz a confronto acórdão proferido pela Terceira Turma, no Recurso Especial n. 57.092-MG, no qual, apesar de ter sido negado conhecimento ao recurso, restou consignado o entendimento pela ilegitimidade do Ministério Público para defender o interesse de hipossuficientes, em razão do Código de Processo Penal, art. 68, não ter sido recepcionado pela Constituição Federal, art. 129.

É o que se pode verificar até mesmo da simples análise da ementa (acórdão paradigma, REsp n. 57.092-MG, Terceira Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, fl. 434):

“Ação civil. Crime. Reparação do dano. Ministério Público. O art. 68 do CPP não foi recepcionado pela vigente Constituição, desde que o que nele se contém revela-se incompatível com a finalidade do Ministério Público, que se acha expressa no art. 129. A reparação do dano envolve interesse individual disponível. Recurso não conhecido.” (REsp n. 57.092-MG, rel. p/ acórdão Min. Costa Leite, DJ de 10.03.1997).

Portanto, tenho pela efetiva comprovação do dissenso jurisprudencial.

A controvérsia gira em torno de uma premissa: saber se o Ministério Público, diante da atual Constituição Federal e do advento do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, tem ou não legitimidade para ajuizar ação de reparação **ex delicto** ou execução de sentença penal condenatória, em favor de pessoa pobre, reconhecidamente necessitada.

De início, transcrevo o que dispõe o CPP, art. 68:

“Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1^a e 2^a), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.”

A Constituição Federal de 1988 inovou quanto à previsão das atribuições do Ministério Público, seja na esfera Penal ou Civil. Conceituou inicialmente o órgão como sendo uma instituição permanente, una, indivisível e com ampla autonomia funcional, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe precipuamente a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E, em seu art. 129, elencou algumas de suas funções institucionais, dentre elas, a que consta do inciso IX:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

.....

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

Parece-me claro que a expressão “outras funções que lhe forem conferidas” delega ao legislador ordinário a incumbência de defini-las. E, nesse passo, resta saber se o disposto no mencionado art. 68, norma anterior à disposição constitucional referida, é ou não compatível com a finalidade do órgão.

Por outro lado, buscou o constituinte assegurar certas proteções aos hipossuficientes, seja isentando-os da cobrança de taxas para o exercício da cidadania (art. 5^a, LXXVII), ou para o registro civil de nascimento ou óbito (art. 5^a, LXXVI), e o que aqui nos interessa, *garantindo-lhes expressamente assistência judiciária integral e gratuita (art. 5^a, LXXIV)*.

É certo que o objeto da relação jurídica material é, muitas das vezes, disponível pelo seu titular. Não menos correto, entretanto, é que a postulação judiciária desses direitos subjetivos interessa não só aos seus titulares, mas também ao próprio Estado, que tem o monopólio da atividade jurisdicional e o interesse de que os conflitos sejam resolvidos da forma mais “justa” possível.

Nesse passo, já afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence que “do fato de ser a reparação do dano resultante do crime, quando sofrido por particular, um direito privado, patrimonial e disponível, não posso extrair a inexistência de um interesse social em que propicie ao lesado, quando desprovido de recursos, o patrocínio em juízo de sua pretensão (...)” (RE n. 147.776-8-SP, DJ de 19.06.1998).

Muito embora a Constituição tenha previsto também a criação de Defensorias Públicas para exercer essa missão (CF, art. 134), na prática deixou o Estado de cumpri-la.

Vale destacar algumas considerações tecidas por **Hugo Nigro Mazzilli**¹ sobre tal contexto:

“O art. 22, XIII, da Lei Complementar n. 40/1981 impõe aos membros do Ministério Público o dever de prestar assistência judiciária aos necessitados, onde não houver órgãos próprios.

Este dispositivo foi editado antes da criação, em sede constitucional, das Defensorias Públicas, destinadas à orientação jurídica e à defesa dos necessitados em todos os graus. Assim, desde que criadas e em funcionamento nos Estados, a elas em regra devem caber os misteres da assistência judiciária. Contudo, a Constituição não lhes deu exclusividade neste mister. Assim, deve ser entendido que, ainda que haja Defensoria Pública destinada ao entendimento, se seus órgãos efetivamente não derem vazão aos casos de acesso à Justiça, a hipótese pode equiparar-se à de inexistência de canais de acesso. Nesta hipótese, somos de parecer que se admita, concomitantemente, a prestação de assistência judiciária pelo Ministério Público, num sistema alternativo, embora complementar.”

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 135.328-7-SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 01.08.1994, analisando questão idêntica à destes autos, na qual se impugnava a eficácia da regra contida no CPP, art. 68, deixou bem claro que:

“(...) ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada

1 O Acesso à Justiça e o Ministério Público, 3ª ed., rev., ampl. e atual., Saraiva, 1998.

por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista.”

E mais, consignou especificamente quanto ao Estado de São Paulo a:

“irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.”

Essa conclusão, aliás, tem prevalecido em diversos precedentes desta Corte:

“Ação de responsabilidade civil. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 68 do Código de Processo Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

1. Já decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal que enquanto não organizada a Defensoria Pública permanece em vigor a regra do art. 68 do Código de Processo Penal.

2. Antigo precedente da Corte assentou que para o ‘exercício do direito de ação pelo Ministério Público na qualidade de substituto processual, tal como previsto nos arts. 81 do CPC, e 68 do CPP, prescinde a lei da circunstância de que tenha havido um crime **in concreto**, bastando que tenha ocorrido um crime em tese’.

3. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 12.817-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 01.08.2000).

“Ministério Público. Ação civil **ex delicto**. Art. 68, CPP. Legitimidade.

I – O Ministério Público detém legitimidade para promover ação civil indenizatória **ex delicto** em favor de necessitado, se a sua intervenção decorre da inexistência de Defensoria Pública no Estado.

II – Precedentes – STF e STJ.

III – Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 112.138-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 03.04.2000).

“Ministério Público. Ação de indenização **ex delicto**. Legitimidade ativa. Substituto processual.

O Ministério Público tem legitimidade para promover a ação de indenização **ex delicto** (art. 68 do CPP). Poderia ser afastada essa atuação se demonstrado que o lesado teve à sua disposição outros serviços estatais, sem qualquer prejuízo para seu acesso à Justiça, o que não aconteceu no caso dos autos.

Precedentes. Recurso não conhecido.” (REsp n. 200.695-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 28.06.1999).

“Direito Processual. Constitucional. Ação civil **ex delicto** (CPP, art. 68). Legitimidade do Ministério Público enquanto não instituída a Defensoria Pública. Inconstitucionalidade progressiva (arts. 127, 129, IX, e 134 da Constituição) assentada pela Suprema Corte. Precedentes do Tribunal. Recurso desacolhido.

I – Com o advento da Constituição de 1988, a defesa judicial dos necessitados passou a ser atribuição da Defensoria Pública. Mas, tem entendido o Supremo Tribunal Federal, interpretando o texto constitucional e acolhendo a tese da inconstitucionalidade progressiva, subsistir a legitimidade do Ministério Público onde ainda não instituída a Defensoria Pública para propor a ação civil **ex delicto** (CPP, art. 68).

II – Acolhendo tal orientação, precedentes da Turma têm tido legitimado o *Parquet* em tal situação.” (REsp n. 189.890-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 30.11.1998).

Por fim, no que pertine à suposta derrogação dessa regra do art. 68 pelos Estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil (Leis n. 4.215/1963 e 8.906/1994), trago algumas considerações do Ministro Eduardo Ribeiro, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 112.138, DJ de 03.04.2000:

“A aceitar-se tenha havido derrogação, no plano da legislação ordinária, do artigo 68 do Código de Processo Penal, essa se teria verificado desde a entrada em vigor da Lei n. 4.215/1963.

Disponha aquela lei, em seu artigo 67, que o exercício das funções de advogado, estagiário e provisionado somente se permitiria ao inscrito nos quadros da OAB. E o artigo 71 estabelecia compreender a advocacia a representação em qualquer juízo ou tribunal, além de outras funções.

(...)

A Lei n. 8.906/1994, em seu artigo 1º, I, estabeleceu, de modo genérico, constituir atividade privativa da advocacia ‘a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais’. A toda evidência, a disposição há de entender-se em termos. A ser de outro modo, a atividade do Ministério Público haveria de cingir-se a pareceres, pois não poderia mais postular. Está-se a ver que a norma a isso não visa, nem o poderia, tendo em vista a Constituição.

Observo, por fim, que a Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados, em seu artigo 25, ao tratar das funções desses, faz referência de caráter geral àquelas previstas ‘em outras leis’.

Considero que a disposição especial, constante do artigo 68 do CPP, não foi atingida pelos dois estatutos da OAB que lhe sucederam no tempo.”

Portanto, diante da omissão do Estado na sua missão de assegurar aos hipossuficientes o acesso ao Poder Judiciário, não há como impedir a atuação do Ministério Público nesse mister.

Assim, conheço e rejeito os embargos de divergência.

É o voto.