

Julgados Selecionados

Reclamação nº 2.645-SP*

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECLAMANTE : BÓRIS ABRAMOVICH BEREZOVSKY
ADVOGADO : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S)
RECLAMADO : JUIZ FEDERAL DA 6A VARA CRIMINAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STJ. *EXEQUATUR*. CARTA ROGATÓRIA. CONCEITO E LIMITES. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS, APROVADOS E PROMULGADOS PELO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE. HIERARQUIA, EFICÁCIA E AUTORIDADE DE LEI ORDINÁRIA.

1. Em nosso regime constitucional, a competência da União para "manter relações com estados estrangeiros" (art. 21, I), é, em regra, exercida pelo Presidente da República (CF, art. 84, VII), "auxiliado pelos Ministros de Estado" (CF, art. 76). A intervenção dos outros Poderes só é exigida em situações especiais e restritas. No que se refere ao Poder Judiciário, sua participação está prevista em pedidos de extradição e de execução de sentenças e de cartas rogatórias estrangeiras: "Compete ao Supremo Tribunal Federal (...) processar e julgar, originariamente (...) a extradição solicitada por Estado estrangeiro" (CF, art. 102, I, g); "Compete ao Superior Tribunal de Justiça (...) processar e julgar originariamente (...) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias" (CF, art. 105, I, i); e "Aos Juízes federais compete processar e julgar (...) a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação" (CF, art. 109, X).

2. As relações entre Estados soberanos que têm por objeto a execução de sentenças e de cartas rogatórias representam, portanto, uma classe peculiar de relações internacionais, que se estabelecem em razão da atividade dos respectivos órgãos judiciários e decorrem do princípio da territorialidade da jurisdição, inerente ao princípio da soberania, segundo o qual a autoridade dos juízes (e, portanto, das suas decisões) não pode extrapolar os limites territoriais do seu próprio País. Ao atribuir ao STJ a competência para a "concessão de *exequatur* às cartas rogatórias" (art. 105, I, i), a Constituição está se referindo, especificamente, ao juízo de deliberação consistente em aprovar ou não o pedido feito por autoridade judiciária estrangeira para cumprimento, em nosso país, de diligência processual requisitada por decisão do juiz rogante. É com esse sentido e nesse limite, portanto, que deve ser compreendida a referida competência constitucional.

3. Preocupados com o fenômeno da criminalidade organizada e transnacional, a comunidade das Nações e os Organismos Internacionais aprovaram e estão executando, nos últimos anos, medidas de cooperação mútua para a prevenção, a investigação e a punição efetiva de delitos dessa espécie, o que tem como pressuposto essencial e básico um sistema eficiente de comunicação, de troca de informações, de compartilhamento de provas e de tomada de decisões e de execução de medidas preventivas, investigatórias, instrutórias ou acautelatórias, de natureza extrajudicial. O sistema de cooperação, estabelecido em acordos internacionais bilaterais e plurilaterais, não exclui, evidentemente, as relações que se estabelecem

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

entre os órgãos judiciários, pelo regime das cartas precatórias, em processos já submetidos à esfera jurisdicional. Mas, além delas, engloba outras muitas providências, afetas, no âmbito interno de cada Estado, não ao Poder Judiciário, mas a autoridades policiais ou do Ministério Público, vinculadas ao Poder Executivo.

4. As providências de cooperação dessa natureza, dirigidas à autoridade central do Estado requerido (que, no Brasil, é o Ministério da Justiça), serão atendidas pelas autoridades nacionais com observância dos mesmos padrões, inclusive dos de natureza processual, que devem ser observados para as providências semelhantes no âmbito interno (e, portanto, sujeitas a controle pelo Poder Judiciário, por provocação de qualquer interessado). Caso a medida solicitada dependa, segundo o direito interno, de prévia autorização judicial, cabe aos agentes competentes do Estado requerido atuar judicialmente visando a obtê-la. Para esse efeito, tem significativa importância, no Brasil, o papel do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, órgãos com capacidade postulatória para requerer, perante o Judiciário, essas especiais medidas de cooperação jurídica.

5. Conforme reiterada jurisprudência do STF, os tratados e convenções internacionais de caráter normativo, "(...) uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias" (STF, ADI-MC 1480-3, Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.2001), ficando sujeitos a controle de constitucionalidade e produzindo, se for o caso, eficácia revogatória de normas anteriores de mesma hierarquia com eles incompatíveis (*lex posterior derogat priori*). Portanto, relativamente aos tratados e convenções sobre cooperação jurídica internacional, ou se adota o sistema neles estabelecido, ou, se inconstitucionais, não se adota, caso em que será indispensável também denunciá-los no foro próprio. O que não se admite, porque então sim haverá ofensa à Constituição, é que os órgãos do Poder Judiciário pura e simplesmente neguem aplicação aos referidos preceitos normativos, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade (Súmula vinculante 10/STF).

6. Não são inconstitucionais as cláusulas dos tratados e convenções sobre cooperação jurídica internacional (v.g. art. 46 da Convenção de Mérida - "Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção" e art. 18 da Convenção de Palermo - "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional") que estabelecem formas de cooperação entre autoridades vinculadas ao Poder Executivo, encarregadas da prevenção ou da investigação penal, no exercício das suas funções típicas. A norma constitucional do art. 105, I, *ii*, não instituiu o monopólio universal do STJ de intermediar essas relações. A competência ali estabelecida - de conceder *exequatur* a cartas rogatórias -, diz respeito, exclusivamente, a relações entre os órgãos do Poder Judiciário, não impedindo nem sendo incompatível com as outras formas de cooperação jurídica previstas nas referidas fontes normativas internacionais.

7. No caso concreto, o que se tem é pedido de cooperação jurídica consistente em compartilhamento de prova, formulado por autoridade estrangeira (Procuradoria Geral da Federação da Rússia) no exercício de atividade investigatória, dirigido à congênera autoridade brasileira (Procuradoria Geral da República), que obteve a referida prova também no exercício de atividade investigatória extrajudicial. O compartilhamento de prova é uma das mais características medidas de cooperação jurídica internacional, prevista nos acordos bilaterais e multilaterais que disciplinam a matéria, inclusive na "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado

Superior Tribunal de Justiça

Transnacional" (Convenção de Palermo), promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015, de 12.03.04, e na "Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção" (Convenção de Mérida), de 31.10.03, promulgada pelo Decreto 5.687, de 31.01.06, de que a Federação da Rússia também é signatária. Consideradas essas circunstâncias, bem como o conteúdo e os limites próprios da competência prevista no art. 105, I, *i* da Constituição, a cooperação jurídica requerida não dependia de expedição de carta rogatória por autoridade judiciária da Federação da Rússia e, portanto, nem de *exequatur* ou de outra forma de intermediação do Superior Tribunal de Justiça, cuja competência, conseqüentemente, não foi usurpada.

8. Reclamação improcedente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. A reclamação, no STJ, é ação originária destinada à "preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões" (CF, art. 105, I, *f*). No caso concreto, observados esses limites, o que se tem como objeto específico da controvérsia é a alegada configuração, nos episódios descritos no relatório, de ato de usurpação da competência constitucional do STJ de conceder *exequatur* a cartas rogatórias (CF, art. 105, I, *i*). O que se deve decidir, portanto, é se o pedido formulado pela Procuradoria Geral da Federação Russa à Procuradoria Geral da República do nosso País - de envio de cópia do material probatório constantes de autos de ação penal em curso no Brasil (*hard disks* de computadores) -, estava ou não sujeito ao regime de carta rogatória e de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça.

A resposta a essa questão, de superior importância e atualidade, impõe exame de algumas premissas de ordem geral sobre o regime constitucional das relações internacionais e, mais especificamente, do sistema de cooperação jurídica entre o Brasil e as demais Nações.

2. Em nosso regime constitucional, "compete à União (...) manter relações com estados estrangeiros" (art. 21, I), competência essa que é exercida, privativamente, pelo Presidente da República (CF, art. 84, VII), com observância dos princípios indicados no art. 4º da Constituição, a saber: "I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político".

A regra geral, portanto, é a de que as relações do Brasil com outros países são mantidas pelo Poder Executivo da União, que "é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado" (CF, art. 76). Na área específica, o Presidente da República é auxiliado principalmente pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores.

Há certas relações internacionais, todavia, para as quais a Constituição exige o concurso ou a aprovação dos outros Poderes. Assim, embora seja de competência privativa do Presidente da República "celebrar tratados, convenções e atos internacionais" (CF, art. 84, VIII), cabe ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (CF, art. 49, I). Da mesma forma, a competência privativa do Presidente da República de "declarar guerra", "celebrar a paz" e "permitir (...) que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente" (CF, art. 84, XIX, XX e XXII), está subordinada à aprovação do Congresso Nacional (art. 49, II).

No que se refere ao Poder Judiciário, a sua participação nas relações internacionais está

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

prevista constitucionalmente nas hipóteses de pedidos de extradição e de execução de sentenças e de cartas rogatórias estrangeiras. Assim, "Compete ao Supremo Tribunal Federal (...) processar e julgar, originariamente (...) a extradição solicitada por Estado estrangeiro" (CF, art. 102, I, g); "Compete ao Superior Tribunal de Justiça (...) processar e julgar originariamente (...) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias" (CF, art. 105, I, i); e "Aos Juizes federais compete processar e julgar (...) a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação" (CF, art. 109, X).

O que interessa ao julgamento do caso concreto é justamente definir o conteúdo e os limites da competência do STJ inscrita na cláusula constitucional de "concessão de *exequatur* às cartas rogatórias".

3. As relações entre Estados soberanos que têm por objeto a execução de sentenças e de cartas rogatórias representam uma classe muito peculiar de relações internacionais. Elas se estabelecem, em última análise, em razão da atividade dos órgãos judiciários de diferentes Estados soberanos e decorrem do princípio da territorialidade da jurisdição, inerente ao princípio da soberania, segundo o qual a autoridade dos juizes (e, portanto, das suas decisões) não pode extrapolar os limites territoriais do seu próprio País. Assim, quando as sentenças e decisões devam ser cumpridas no território de outro Estado, a prestação jurisdicional dependerá, necessariamente, da cooperação estrangeira, o que explica o sistema de cooperação mútua que se estabelece no plano internacional. Em nosso sistema constitucional, conforme visto, os atos de órgãos judiciários estrangeiros, para serem aqui executados, dependem de um juízo de delibação do Superior Tribunal de Justiça, que tem competência para "homologação de sentenças" e para "concessão de *exequatur*" a cartas rogatórias estrangeiras, cabendo, depois, aos Juizes Federais a correspondente "execução". Em qualquer caso, o juízo de delibação se dá mediante procedimento formado em contraditório, que, mesmo em se tratando de carta rogatória, supõe a participação dos interessados, a quem é assegurado direito de defesa, e do Ministério Público, com a faculdade de impugnar o pedido (Resolução STJ 9/2005, artigos 8º a 10).

O termo "*exequatur*" tem, nesse domínio jurídico, um significado típico, historicamente bem sedimentado, assim enunciado por De Plácido e Silva: trata-se de "palavra latina, de *exsequi*, que se traduz *execute-se*, *cumpra-se*, empregada na terminologia forense para indicar *autorização* que é dada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal para que possam, validamente, ser executados, na jurisdição do juiz competente, as diligências ou atos processuais requisitados por autoridade jurídica estrangeira. O *exequatur* é dado na *carta rogatória*. E se distingue da *homologação*, que se apõe às sentenças estrangeiras, para que possam ser cumpridas no território nacional. Nesta circunstância, o *exequatur* se mostra um reconhecimento ou uma revalidação à *carta rogatória* para que possa ser atendida regularmente e devolvida ao juiz *rogante*, depois de devidamente cumprida" (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, 27ª ed., RJ: Forense, 2007, p. 580). Com a óbvia ressalva no que concerne à referência sobre competência (que hoje é do STJ e não mais do STF), esse sentido da palavra *exequatur* - designativo de *cumpra-se* dado pela autoridade de determinado país a uma decisão proferida por órgão jurisdicional de outro país - é unívoco na linguagem jurídica, tanto no Brasil como em outros países. Confirmam isso nossos dicionários e vocabulários especializados (veja-se, v.g., o verbete *exequatur* em: Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, J.M. Othon Sidou, 9ª ed., RJ: Forense Universitária, 2006, p.375; Dicionário Jurídico, vol. 2, Maria Helena Diniz, 2ª ed., SP: Saraiva, 2005, p. 541; Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, José Naufel, RJ: Forense, 2002, p. 479; Dicionário Jurídico Piragibe, Esther C. Piragibe Magalhães e Marcelo C. Piragibe Magalhães, RJ: Lumen Juris, 2007; Dicionário Básico de Direito Acquaviva, Marcus Cláudio Acquaviva, 5ª ed., SP: Ed. Jurídica Brasileira, 2004, p. 137; Vocabulário Enciclopédico de Tecnologia Jurídica e Brocardos Latinos, Iêdo Batista Neves, RJ: Forense, 1997, vol. I, p. 994;

Superior Tribunal de Justiça

Dicionário de Tecnologia Jurídica, Pedro Nunes, 12ª ed., RJ: Freitas Bastos, 1990, p. 416; Latim no Direito, Ronaldo Caldeira Xavier, 5ª ed., RJ: Forense, 2002, p. 151). O mesmo sentido tem a palavra no direito estrangeiro, conforme se pode constatar, v.g., em: Nuovo Digesto Italiano, Mariano D'Amélio, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, p. 739; Vocabulário Jurídico, Eduardo J. Couture, Buenos Aires: Depalma, 1991, p.273; Vocabulario Jurídico, Henri Capitant, tradução para o espanhol de Aquiles Horácio Guaglianone, Buenos Aires: Depalma, 1986, p.269). Extremamente elucidativas, nesse aspecto, as anotações de José de Moura Rocha ao verbete *exequatur*, na Enciclopédia Saraiva do Direito, com uma resenha histórica do termo, a evidenciar que, desde o direito romano, ele está relacionado ao sistema de cumprimento, num determinado território, de decisões jurisdicionais emanadas de outro território (ROCHA, José de Moura. Enciclopédia Saraiva do Direito, coordenação de Rubens Limongi França, SP: Saraiva, 1977, p.157-163). A rigor, o que denominamos de homologação de sentença estrangeira não deixa de significar um *exequatur*, em sentido amplo.

Também *carta rogatória* (ou *carta rogatória internacional* ou, simplesmente, *rogatória*) é expressão com sentido inconfundível: designa o "instrumento itinerante com o qual, em obediência a convenção internacional ou com o concurso diplomático, a autoridade judiciária de um país solicita à de outro o cumprimento de determinadas providências processuais que estão fora de sua jurisdição. Diz-se *ativa*, quando a carta rogatória é encaminhada para cumprimento; e *passiva*, quando recebida para cumprimento" (Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, J.M. Othon Sidou, cit., p. 89). É esse o significado, de instrumento pelo qual o juiz de um país requisita, em outro país, o cumprimento de suas decisões, tanto nos textos normativos infraconstitucionais (v.g.: art. 201 do CPC, art. 783 do CPP, art. 225 do Regimento Interno do STF), quanto na doutrina nacional: Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, José Naufel, cit., p. 201; Dicionário Jurídico, vol. 2, Maria Helena Diniz, cit., p. 611; Dicionário Jurídico Referenciado, Ivan Horcaio, SP: Primeira Impressão, 2006, verbete *rogatória*; Dicionário de Tecnologia Jurídica, Pedro Nunes, cit., p. 158). Significado idêntico tem também no direito estrangeiro: Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, 1989, Vol. XLI, p. 97 e 113; Novissimo Digesto Italiano, Antonio Azara e Ernesto Eula, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, vol. XVI, p. 252, verbete *rogatorie*; Vocabulário Jurídico, Eduardo J. Couture, cit., p. 136).

Não há dúvida, portanto, que, ao atribuir ao STJ a competência para a "concessão de *exequatur* às cartas rogatórias" (art. 105, I, *i*), a Constituição está se referindo, especificamente, ao juízo de deliberação consistente em aprovar ou não o pedido feito por autoridade judiciária estrangeira ("Juízos ou Tribunais estrangeiros", segundo o art. 225 do Regimento Interno do STF) para cumprimento, em nosso país, de diligência processual requisitada por decisão do juiz rogante. É com esse sentido e nesse limite, portanto, que deve ser compreendida a referida competência constitucional.

4. Ocorre que o sistema de cooperação entre Estados soberanos vai muito além das relações decorrentes do cumprimento de atos de natureza jurisdicional, ou seja, de sentenças ou de decisões proferidas por seus juízes em processos judiciais. Mesmo no âmbito do que se costuma denominar, na linguagem do direito público internacional, de "cooperação jurídica internacional", há uma gama enorme de medidas solicitadas por um a outro Estado soberano que não são, nem teria sentido algum que o fossem, oriundas ou intermediadas pelos órgãos ou autoridades do respectivo Poder Judiciário e que, portanto, não são, nem teria sentido algum que o fossem, submetidas ao procedimento da carta rogatória, com as formalidades próprias desse instrumento processual (DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional, Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 38, jul/set 2007, p. 40).

Embora não exclusivamente, é sobretudo na área da prevenção e da investigação penal que medidas eficazes e ágeis de cooperação entre as Nações se mostram indispensáveis. Ninguém

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

desconhece que o moderno fenômeno da globalização e da cada vez mais estreita aproximação entre os povos e as Nações, na área econômica e em outras áreas, tornou propício e foi acompanhado também pelo fenômeno da criminalidade transnacional. Atualmente, é realidade corriqueira a ocorrência de delitos com características internacionais, seja em seus atos preparatórios, seja em sua execução, seja em sua consumação ou nas suas conseqüências. O crime e o produto do crime transitam, hoje, com singular agilidade - e facilidade - entre as fronteiras físicas e as barreiras jurídicas de controle e fiscalização. Proclama-se, por isso mesmo, no meio jurídico, a necessidade urgente de atualização, inclusive no plano normativo, dos métodos tradicionais, a fim de propiciar aos Estados meios adequados e idôneos de enfrentamento dessa nova realidade (FRANCO, Alberto Silva, e STOCO, Rui. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 5, 2ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, p. 923-5; PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. Cooperação penal internacional nos delitos econômicos, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 54, maio-junho de 2005, p. 154; BRAGA, Rômulo Rhemo Palito. Aspectos político-criminais sobre branqueio de capital, Revista de Informação Legislativa, n. 165, janeiro/março de 2005, p. 99.)

Justamente por isso, tornou-se preocupação geral das Nações e dos Organismos Internacionais a adoção de medidas de cooperação mútua para a prevenção, a investigação e a punição efetiva de delitos dessa espécie, o que tem como pressuposto essencial e básico um sistema eficiente de comunicação, de troca de informações, de compartilhamento de provas e, mesmo, de tomada de decisões e de execução de medidas preventivas, investigatórias, instrutórias ou acautelatórias, de natureza extrajudicial. O sistema da cooperação jurídica internacional não exclui, evidentemente, as medidas de cooperação entre os órgãos judiciais, pelo regime das cartas precatórias, no âmbito de processos já submetidos à esfera jurisdicional. Mas, além delas, conforme já enfatizado, a cooperação mútua engloba outras muitas providências que até podem, se for o caso, dar ensejo a futuras ações penais, mas enquanto circunscritas ao âmbito da prevenção e da investigação, não exigem prévia aprovação ou a intermediação judicial para serem executadas. Exigência dessa natureza não existe no plano do direito interno, nem há razão para existir no plano do direito internacional.

Realmente, no direito brasileiro, como na maioria dos países, a atividade de prevenção e investigação de delitos, que não têm natureza jurisdicional, não está afeta ao Poder Judiciário, mas sim às autoridades policiais ou do Ministério Público, vinculadas ao Poder Executivo. Aliás, a natureza da atividade jurisdicional - submetida, como regra, a procedimentos formais, públicos e em regime de contraditório -, não é adequada e nem compatível com atividades tipicamente policiais, como essas a que nos referimos agora, de prevenção e investigação criminal. Em nosso sistema, apenas algumas medidas dessa natureza dependem de prévia aprovação judicial, como é o caso das que demandam ingresso em domicílio individual, ou quebra de sigilo das comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (CF, art. 5º, XI e XII). Excetuadas hipóteses dessa natureza, não há razão alguma, mesmo em se tratando de investigações ou de medidas de prevenção levadas a efeito em regime de cooperação internacional, "jurisdicionalizar" tais atividades, submetendo-as à intermediação ou à prévia deliberação dos órgãos do respectivo Poder Judiciário.

Por levar em conta tais circunstâncias, o sistema de cooperação jurídica internacional de que o Brasil faz parte retrata e respeita o sistema de competências e de atribuições adotados no plano do direito interno, preservando estrita e integralmente as competências constitucionais do Poder Judiciário, inclusive no que se refere ao controle jurisdicional da legitimidade dos atos praticados pelos órgãos e autoridades envolvidos.

5. Com efeito, as relações internacionais, no âmbito do que se denomina, genericamente, de cooperação jurídica, estão previstas, fundamentalmente, em normas de direito público internacional, estabelecidas em acordos bilaterais, regionais e multilaterais, que têm proliferado

Superior Tribunal de Justiça

fecundamente em todo o mundo nas últimas décadas. No âmbito bilateral, o Brasil mantém, apenas para citar os mais recentes, acordos de cooperação jurídica em matéria penal com a Itália (Decreto 862, de 09.07.93), com a França (Decreto 3324, de 09.07.93), com Portugal (Decreto 1.320, de 30.11.94), com o Paraguai (Decreto 139, de 29.11.95), com os Estados Unidos da América (Decreto 3.810, de 02.05.2001), com a Colômbia (Decreto 3.895, de 23.08.2001), com o Peru (Decreto 3.988, de 29.10.81), com a República Popular da China (Decreto 6.282, de 03.12.07), com Cuba (Decreto 6.462, de 21.08.08), entre outros. No âmbito multilateral, além dos diversos acordos em matéria de cooperação civil, pode-se mencionar como relevantes: no âmbito do Mercosul, o "Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais", promulgado no Brasil pelo Decreto 3.468, de 17.05.2000; no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a "Convenção Interamericana contra a Corrupção" (Decreto 4.410, de 07.10.02), a "Convenção Interamericana contra o Terrorismo" (Decreto 5.639, de 07.10.02) e especialmente a "Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal", recentemente promulgada (Decreto 6.340, 03.01.08); e, no âmbito das Nações Unidas, além da já referida "Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção" (Convenção de Mérida), de 31.10.03, promulgada no Brasil pelo Decreto 5.687, de 31.01.06, merece destaque também a "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional" (Convenção de Palermo), promulgada entre nós pelo Decreto 5.015, de 12.03.04. Particular realce merecem esses dois últimos documentos multilaterais, porque neles - mais especificamente, no artigo 46 e seus trinta incisos da Convenção de Mérida e no art. 18 e seus trinta incisos da Convenção de Palermo - está disciplinado detalhadamente um sistema de cooperação jurídica aplicável entre os Estados Partes sempre que não exista (ou se opte por não aplicar) um sistema específico previsto em outro tratado (art. 46.7 e art. 18.7, respectivamente).

O conjunto dessas normas internacionais sobre cooperação jurídica evidencia claramente a preocupação das Nações e dos Organismos Internacionais em estabelecer novos paradigmas de assistência mútua nessa área, a fim de enfrentar, com agilidade e eficiência, os graves problemas de aplicação das leis, especialmente das leis penais, numa realidade mundial globalizada. Ilustram essa preocupação os considerandos estampados no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31.10.03, já referida, recentemente promulgada no Brasil (Decreto 5.687, de 31.01.06), que alertam: "(...) a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias", fazendo "necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela", o que "requer um enfoque amplo e multidisciplinar para prevenir e combater eficazmente" a sua propagação, bem como para "prevenir, detectar e dissuadir com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilícitamente e a fortalecer a cooperação internacional para a recuperação destes ativos". Consideram, também, que "a prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados e que estes devem cooperar entre si, com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações de base comunitárias, para que seus esforços neste âmbito sejam eficazes". Daí o solene compromisso, estabelecido no art. 46:

"1. Os Estados Partes prestar-se-ão a mais ampla assistência judicial recíproca relativa a investigações, processos e ações judiciais relacionados com os delitos compreendidos na presente Convenção. 2. Prestar-se-ão assistência judicial recíproca no maior grau possível, conforme as leis, tratados acordos e declarações pertinentes do Estado Parte requerido com relação a investigações, processos e ações judiciais relacionados com os delitos dos quais uma pessoa jurídica pode ser considerada responsável em conformidade com o artigo 26 da presente Convenção no Estado Parte requerente".

Compromisso semelhante foi assumido pelos Estados Partes da Convenção de Palermo (art.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

18.1 e 2).

6. A cooperação jurídica internacional estabelecida no conjunto de acordos regionais e multilaterais de que o Brasil é parte, adota, em linhas gerais, um modelo padronizado em nível internacional, que tem como característica importante a indicação, em cada Estado-Parte, de uma "autoridade central", responsável pelo trâmite burocrático dos pedidos de assistência em face de outro Estado-Parte, tanto no que diz respeito à cooperação passiva (recebimento de pedidos), quanto à cooperação ativa (formulação de pedidos). É o que consta, v.g., do art. 46.13 da Convenção de Mérida, do art. 18.13 da Convenção de Palermo e, no âmbito regional, do art. 3º do "Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais - Mercosul", (Decreto 3.468, de 17.05.2000). A indicação de "autoridade central" é técnica adotada há mais tempo no plano internacional, como se pode constatar, v.g., na Convenção de Haia (art. 6º), sobre "Aspectos civis do seqüestro internacional de crianças", de 1980, promulgada no Brasil pelo Decreto 3.087, de 21.06.99 (que indicou como sua autoridade central, nessa área, a Secretaria Especial de Direitos Humanos - SEDH da Presidência da República). No que se refere aos acordos bilaterais de cooperação jurídica, o Brasil indicou o Ministério da Justiça como a sua "autoridade central" (v.g.: art. 2º do Tratado firmado com a República Popular da China - Decreto 6.282/2007; art. III do Tratado firmado com a República da Colômbia - Decreto 3.895/2001; art. II do Tratado firmado com os Estados Unidos da América - Decreto 3.810/2001). Para o desempenho dessa função, o Ministério da Justiça dispõe, em sua estrutura administrativa, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI, vinculado à Secretaria Nacional de Justiça (Decreto 6.061, de 15.03.07). Cumpre a essa autoridade central, entre outras atividades, o gerenciamento dos pedidos de cooperação jurídica internacional, inclusive no que diz respeito à sua adequada instrução, segundo as exigências estabelecidas nos acordos internacionais, e a coordenação da sua execução pelas autoridades nacionais ou estrangeiras competentes.

Outra característica importante desse sistema padronizado de cooperação jurídica é o do estrito respeito às normas de direito interno de cada Estado-Parte, o que inclui cláusula de recusa à assistência quando o pedido for incompatível com essas normas. É o que decorre claramente dos vários incisos dos já referidos art. 46 da Convenção de Mérida ("Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção") e art. 18 da Convenção de Palermo ("Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional". No mesmo sentido é o artigo 7 do "Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais - Mercosul":

"1. O processamento das solicitações será regido pela lei do Estado requerido e de acordo com as disposições do presente Protocolo. 2. A pedido do Estado requerente, o Estado requerido cumprirá a assistência de acordo com as formas e procedimentos especiais indicados na solicitação, a menos que esses sejam incompatíveis com sua lei interna".

Portanto, as providências de cooperação solicitadas por autoridades estrangeiras serão atendidas pelas autoridades nacionais com observância dos mesmos padrões, inclusive dos de natureza processual, que devem ser observados para as providências semelhantes no âmbito interno, tudo sujeito a controle pelo Poder Judiciário, por provocação de qualquer interessado, que poderá utilizar, para isso, os instrumentos processuais, inclusive os recursais, previstos no ordenamento comum.

As diligências passíveis de solicitação mútua entre os Estados Partes, em regime de cooperação internacional (indicadas, v.g, no art. 18.3 da Convenção de Palermo, no art. 46.3 da Convenção de Mérida e no art. 2 do "Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais - Mercosul"), consistem, em grande número, de providências que, no âmbito do direito interno, não têm natureza necessariamente jurisdicional, ou seja, podem ser produzidas sem prévia autorização do Poder Judiciário. Todavia, nos casos em que o direito interno exige tal

Superior Tribunal de Justiça

autorização, o Estado Parte requerido fica comprometido e autorizado a requerer essa medida junto aos órgãos jurisdicionais nacionais, atuação que representa uma importante modalidade de cooperação jurídica. Pode-se dizer que, nessas circunstâncias, o Estado requerido atua em regime semelhante ao da substituição processual: requer em nome próprio para atender solicitação de outro Estado. Nesse sentido, tem significativa importância, no âmbito do direito brasileiro, o papel do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, órgãos com capacidade postulatória para requerer, em nome do Estado brasileiro, perante o Judiciário, as medidas de cooperação internacional que, no âmbito interno, estão sujeitas a controle judicial (v.g.: quebra de sigilo). Foi justamente para disciplinar sua atuação que esses órgãos, juntamente com o Ministério da Justiça, editaram a Portaria Conjunta nº 1, de 27.10.2005 ("Dispõe sobre a tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal entre o Ministério da Justiça, o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União").

Bem se percebe, pois, que as relações internacionais de cooperação e assistência mútua na área jurídica, vão muito além das estabelecidas entre os órgãos jurisdicionais dos Estados, sujeitas a regime de *exequatur* e, portanto, à intermediação do Superior Tribunal de Justiça. Segundo decorre do sistema previsto nos diversos acordos internacionais firmados pelo Brasil, as relações de cooperação e assistência são estabelecidas também entre autoridades não judiciais, integrantes do Poder Executivo, competentes para atuar nas áreas de prevenção e de investigação de ilícitos civis e penais de caráter transnacional, como é o caso das autoridades de fiscalização, das polícias e do Ministério Público.

7. Em nosso direito interno, são escassas as disposições legislativas específicas sobre as relações internacionais em matéria judiciária. As que existem, dizem respeito exclusivamente a homologação de sentenças estrangeiras ou a cumprimento de cartas rogatórias expedidas por órgãos do Judiciário. Ou seja, regulam relações estabelecidas no âmbito de processos de natureza jurisdicional já em curso. É o caso, no processo penal, dos artigos 780 a 790 do CPP, e, no processo civil, dos artigos 201, 202, 210 a 212 e 483 e 484 do CPC. Todavia, no que se refere às relações internacionais de cooperação e assistência jurídica em atividades que não dependem da participação do Judiciário ou que ainda não estão sujeitas à sua intervenção (v.g., a prevenção e a investigação de ilícitos), o legislador nacional nada dispôs a respeito. O que se tem, nessa área, é, portanto, a regulação prevista em normas oriundas dos tratados e convenções, já referidas.

Essa circunstância, embora tenha o inconveniente próprio de não estabelecer uma sistematização clara e uniforme da matéria (o que poderia ser superado pela intervenção do legislador nacional), não retira do sistema de cooperação jurídica a sua força normativa, nem autoriza que se lhe negue a devida observância. Conforme reiterada jurisprudência do STF (v.g.: RE 80.004, Min. Cunha Peixoto, RTJ 83/809-848; PPex 194, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 04.04.97, RTJ 177/43; Ext 795, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06.04.01), os tratados e convenções internacionais de caráter normativo, "(...) uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias", inclusive para efeito de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade (STF, ADI-MC 1480-3, Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.2001), com eficácia revogatória de normas anteriores de mesma hierarquia com eles incompatíveis (*lex posterior derogat priori*). Aliás, após a Emenda Constitucional 45/2004, essas fontes normativas internacionais alçam-se até à estatura constitucional, quando dispõem sobre direitos humanos e são aprovadas em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros das Casas do Congresso Nacional (art. 5º, § 3º da Constituição). Isso significa dizer que, salvo se declarados inconstitucionais, os tratados e convenções aprovados e promulgados pelo Brasil (como é o caso desses todos os acima referidos), devem ser fielmente cumpridos por seus destinatários. No que diz respeito especificamente aos órgãos jurisdicionais, não se admite,

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

porque então sim haverá ofensa à Constituição, seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade. Conforme prevê a súmula vinculante 10/STF, "viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte".

No que concerne ao sistema de cooperação jurídica internacional, é importante que se tenha consciência da necessidade de uma posição clara a respeito: ou se adota o sistema estabelecido nos compromissos internacionais, ou, se inconstitucional, não se adota, caso em que será indispensável, além da sua formal declaração interna de inconstitucionalidade, também denunciar, no foro internacional próprio, os tratados e convenções assinados e promulgados. O não cumprimento desses compromissos, é fácil perceber, acaba afetando o funcionamento do sistema como um todo, tanto no que diz respeito aos deveres de cooperação passiva que tem o Brasil em relação à comunidade das Nações, quanto no que diz com o atendimento dos interesses nacionais, nos pedidos de cooperação ativa formulado por autoridades brasileiras. Sob esse aspecto, é preocupante a constatação de que são muitas as solicitações de assistência jurídica, via rogatória, encaminhadas pelo Brasil, que acabam não recebendo acolhida pelos Estados requeridos porque formuladas sem observância do sistema estabelecido pelos acordos internacionais (CABRAL, Maria Cláudia Canto. Anais do Seminário sobre Cooperação Judiciária e Combate à Lavagem de Dinheiro, publicação da Associação dos Juizes Federais - AJUFE, p. 101/2; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Anotações sobre o Anteprojeto de Lei sobre Cooperação Jurídica Internacional, Revista de Processo, n. 129, novembro de 2005, p. 135).

8. Pois bem, não se argüiu aqui a inconstitucionalidade de qualquer dos tratados e convenções internacionais sobre a cooperação jurídica, nem das suas cláusulas que estabelecem formas de cooperação entre autoridades encarregadas da prevenção ou da investigação penal, no exercício das suas funções típicas, sem expedição de carta rogatória ou da participação ou intermediação de órgãos do poder judiciário. Nem há razão para declarar a inconstitucionalidade, v.g., do art. 46 da Convenção de Mérida ("Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção") ou do art. 18 da Convenção de Palermo ("Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional". Certamente não se pode afirmar que o sistema de cooperação jurídica neles estabelecido seja incompatível com a norma constitucional do art. 105, I, *i*, que fixa a competência do STJ para conceder *exequatur* a cartas rogatórias. Esse dispositivo da Constituição, conforme já enfatizado, simplesmente fixa a competência do STJ para intervir numa forma peculiar de cooperação internacional, estabelecida entre órgãos jurisdicionais e com objeto específico de viabilizar a execução de ato jurisdicional estrangeiro. Como toda norma sobre competência de tribunal superior, essa também deve ser interpretada restritivamente (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Cooperação jurídica internacional e auxílio direito, Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 32, março de 2006, p. 77). Não se pode ver nesse dispositivo a instituição de um monopólio universal do STJ na área de cooperação jurídica, razão pela qual a competência nele estabelecida não impede nem é incompatível com outras formas de cooperação jurídica internacional, que prescindem da intermediação ou da participação do Superior Tribunal de Justiça.

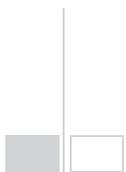
9. No caso concreto, conforme exposto no relatório, o que se tem é pedido de cooperação jurídica consistente em compartilhamento de prova, formulado por autoridade estrangeira no exercício de atividade investigatória, dirigido à congênere autoridade brasileira, que obteve a referida prova também no exercício de atividade investigatória extrajudicial. O compartilhamento de prova é uma das mais características medidas de cooperação jurídica internacional, iterativamente prevista nos acordos bilaterais e multilaterais que disciplinam a matéria (v.g.:

Superior Tribunal de Justiça

Convenção de Mérida, art. 46.3; Convenção de Palermo, art. 18, 3). A Procuradoria Geral da República da Federação da Rússia está conduzindo, naquele país, investigações sobre possíveis ilícitos penais lá praticados pelo ora reclamante, o cidadão russo Bóris Berezovsky. Como providência investigatória, dirigiu à Procuradoria Geral da República do Brasil pedido de fornecimento de cópia *hard disk* do computador apreendido em poder do investigado em diligências promovida pela autoridade requerida, que também investiga a participação do mesmo cidadão em ilícitos praticados no Brasil. O pedido foi submetido à consideração do Juízo Federal ora reclamado, quando do oferecimento de denúncia para instauração de ação penal, por parte do Ministério Público Federal. Invocando os compromissos de cooperação jurídica decorrentes da "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional" (Convenção de Palermo) e da "Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção" (Convenção de Mérida), de que a Federação da Rússia também é signatária, o juiz deferiu o pedido.

Consideradas essas circunstâncias, bem como o conteúdo e os limites próprios da competência prevista no art. 105, I, *i* da Constituição, antes delineados, o que se tem presente é hipótese de cooperação jurídica não sujeita a carta rogatória ou a *exequatur*, nem de outra forma de intermediação do Superior Tribunal de Justiça, cuja competência, portanto, não foi usurpada. Conseqüentemente, a legitimidade do ato impugnado não está sujeita a controle por via de reclamação, mas sim pelos meios recursais comuns, dos quais deverá o interessado socorrer-se, caso assim o desejar.

10. Ante o exposto, julgo improcedente a reclamação, revogando a liminar. É o voto.



Julgados Selecionados

Voto-vencedor no REsp nº 686.058-MG

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
RECORRENTE : **TÊXTEL PACULDINO S/A**
ADVOGADO : **ROGÉRIO REIS DE AVELAR E OUTROS**
RECORRIDO : **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**
PROCURADOR : **ANDRÉ GUSTAVO B. MOTA E OUTROS**

VOTO-VISTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA. DESCONSTITUIÇÃO DOS EFEITOS PRETÉRITOS DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO, TENDO EM VISTA A POSTERIOR DECLARAÇÃO PELO STF, EM CONTROLE DIFUSO, DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI EM QUE SE FUNDA. IMPRESCINDIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DAS NORMAS PELO SENADO FEDERAL. MODIFICAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO QUE FAZ CESSAR, DESDE A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO, AUTOMATICAMENTE, A FORÇA VINCULANTE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL.

1. A sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as consequências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença, em regra, opera sobre o passado, e não sobre o futuro.

2. Portanto, também quanto às relações jurídicas sucessivas, a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula 239/STF.

3. Todavia, há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa relação jurídica permanente. Ora, nesses casos, pode ocorrer que a controvérsia decidida pela sentença tenha por origem não o fato gerador instantâneo, mas a situação jurídica de caráter permanente na qual ele se encontra inserido, e que também compõe o suporte desencadeador do fenômeno de incidência. Tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nestes casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes. Isso porque o juízo de certeza desenvolvido pela sentença sobre determinada relação jurídica concreta decorreu, na verdade, de juízo de certeza sobre a situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno de incidência. Essas sentenças conservarão sua eficácia vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

de certeza.

4. Em nosso sistema, as decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade, ainda que pelo STF, limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio. Não afetam, por isso, de forma automática, como decorrência de sua simples prolação, eventuais sentenças transitadas em julgado em sentido contrário, para cuja desconstituição é indispensável o ajuizamento de ação rescisória.

5. A edição de Resolução do Senado Federal suspendendo a execução das normas declaradas inconstitucionais, contudo, confere à decisão *in concreto* efeitos *erga omnes*, universalizando o reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo, e acarretando, a partir de seu advento, mudança no estado de direito capaz de sustar a eficácia vinculante da coisa julgada, submetida, nas relações jurídicas de trato sucessivo, à cláusula *rebus sic stantibus*.

6. No caso concreto, tem-se ação ordinária por meio da qual se busca desconstituir os efeitos pretéritos da aplicação do art. 3º, I, da Lei 7.787/89, emanados de sentença transitada em julgado, invocando a posterior declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso. Uma vez esgotado, porém, o prazo para a propositura da ação rescisória, tal intento é inviável.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

1. Cuida-se de recurso especial apresentado em face de acórdão do TRF da 1ª Região que, em ação visando à repetição de valores pagos a título de contribuição previdenciária, sob alegação de inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei 7.787/89, confirmou a sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC, em função da existência de sentença transitada em julgado reconhecendo a constitucionalidade do dispositivo, proferida em mandado de segurança (fls. 137-144).

No especial (fls. 146-155), fundado nas alíneas *a* e *c*, a recorrente aponta violação ao art. 301, § 2º, do CPC, alegando, em síntese, que a presente ação não reproduz o mandado de segurança anteriormente ajuizado, tendo distinta causa de pedir, uma vez que "os argumentos utilizados naquele 'mandamus' foram o fato da não-observância de lei complementar (...), conforme exigido pela Carta Magna, bem como o fato de a Lei 7.787/89 não haver respeitado o prazo para iniciar sua vigência", pedindo-se "que a autoridade coatora deixasse de cobrar o tributo", ao passo que, "no caso dos presentes autos, o que persegue a impetrante é a devolução dos valores pagos indevidamente, eis que a contribuição não poderia ter sido cobrada pelo INSS" (fls. 149-150). Indica dissídio entre o acórdão recorrido e julgados em que se decidiu ser necessária o reconhecimento da coisa julgada a identidade de partes, de causa de pedir e de pedido.

O relator, Min. Luiz Fux, deu provimento ao recurso especial, em voto sumariado na ementa seguinte:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. TRABALHADORES AVULSOS, AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. FOLHA DE SALÁRIO. LEI 7.787/89, ART. 3º. COISA JULGADA. SENTENÇA PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA RECONHECENDO A CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA A AVULSOS, AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. EXAÇÃO

Superior Tribunal de Justiça

POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Ação de repetição de indébito após a apreciação do pedido em ação que rejeitou a pretensão. Eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC). Infirma a eficácia preclusiva do julgado a propositura de ação que vise nulificar o resultado de pedido anterior decidido com força de coisa julgada.

2. Um dos pilares da segurança jurídica é exatamente o respeito à coisa julgada. Deveras, a eliminação da Lei inconstitucional, em geral, deve obedecer os princípios que regulam a vigência das Leis, impedindo-as de retroagir.

3. Desta sorte, salvo manifestação expressa nos acórdãos das ações de declaração de inconstitucionalidade, em controle concentrado, as decisões judiciais anteriores não podem ficar à mercê de rescisórias, sob o fundamento de terem sido proferidas com base em Lei inconstitucional.

4. Posicionamento diverso implica em violar dois institutos preservados pela Constituição: um instrumental e outro substancial: a saber, a coisa julgada e a segurança jurídica.

5. Aliás, não é por outra razão que a Lei 9.868/99, que regula a declaração de inconstitucionalidade, reclama termo *a quo* dos efeitos da decisão, expressamente consignados no acórdão, consoante o disposto no artigo 27 da referida Lei.

6. A não incidência do enunciado da Súmula nº 343/STF deve ocorrer apenas na hipótese em que o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei aplicada pelo acórdão rescindendo. Decisão de acordo com o mais recente entendimento firmado pela Primeira Seção do STJ (AgRg na AR nº 2.912, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10.12.2003). Sob esse aspecto impõe-se primeiramente a rescindibilidade do julgado, sob pena de violação do art. 474 do CPC.

7. Isto porque é assente na Turma que a *ratio essendi* da Súmula 343 aplica-se *in casu*, por isso que, se à época do julgado, a Lei estava em vigor, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade, em prol do princípio da segurança jurídica prometida pela Constituição Federal, não se pode entrever violação àquela pelo acórdão que a prestigiou.

8. Não obstante, é cediço na Corte que a sentença proferida em Mandado de Segurança, desonerando o contribuinte impetrante do adimplemento de obrigação tributária prevista em lei, somente surte efeitos em relação a período determinado, mencionado no bojo da ação mandamental. Súmula 239/STF: "*Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.*" Outrossim, a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei que institui a cobrança de tributo, proferida em sede de ação mandamental, não integra o dispositivo da sentença, não sendo alcançada pelo efeito preclusivo da coisa julgada.

9. A conjugação dessas premissas conduz à conclusão no sentido de que as prestações devidas antes da declaração de inconstitucionalidade da exação restam imunes de impugnação, tanto mais que na ação mandamental julgada improcedente em decisão trânsita, a causa de pedir sustentou-se exclusivamente na asserção genérica da desconformidade da regra com a Carta Constitucional.

10. Consectariamente, à luz do art. 15 da Lei 1.533 e considerando as prestações sucessivas alcançadas pela declaração de inconstitucionalidade ulterior, impõe-se, por força do princípio da justiça tributária, que o contribuinte, sujeito de direitos e destinatário de tratamento isonômico em confronto com os demais, possa repetir o que pagou, obedecida a tese cognominada "*cinco mais cinco*", a indicar o prazo de 5 anos

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

de decadência para a constituição do seu crédito no aguardo de homologação estatal e cinco de prescrição da ação.

11. Extinta a ação por força do acolhimento da preliminar de coisa julgada, impõe-se a anulação do aresto para apreciação o *an debeatur* e o *quantum debeatur* à luz do entendimento esposado acima, tanto mais que a inicial não indica os períodos de exigência do tributo.

12. Recurso Especial provido."

Pedi vista.

2. Não pode ser conhecido o recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional, uma vez que não foi demonstrada a alegada divergência jurisprudencial na forma preconizada pelos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ, isto é, mediante o cotejo analítico dos acórdãos recorrido e paradigma, com a indicação das circunstâncias de fato e de direito que os assemelhem ou identifiquem.

3. É o seguinte, em síntese, o substrato fático da demanda: (a) em 1990, a autora impetrou mandado de segurança visando a se desobrigar do recolhimento da contribuição prevista no art. 3º, I, da Lei 7.787/89, relativa à remuneração de autônomos, avulsos e administradores, sob alegação de sua inconstitucionalidade (fls. 86-88); (b) em 1992, transitou em julgado o acórdão que denegou a ordem, considerando constitucional a norma impugnada (fls. 98-106); (c) em 1997, ingressou a autora com a presente ação de repetição de indébito, reiterando a argumentação no sentido da inconstitucionalidade da exigência da contribuição e fazendo referência à edição da Resolução 14/95 do Senado (fl. 8). O Tribunal *a quo*, confirmando a sentença de primeiro grau, extinguiu o processo, por reconhecer a existência de coisa julgada.

4. A solução da controvérsia está vinculada à eficácia da sentença proferida no mandado de segurança que, afirmando a constitucionalidade da cobrança da contribuição, obrigou a autora ao seu recolhimento.

Cumpre assinalar, inicialmente, que, de acordo com a moderna concepção publicística do processo, a função jurisdicional por meio dele exercida destina-se não apenas à atuação do direito invocado pelo autor, mas sobretudo à pacificação dos conflitos sociais, mediante a oferta de sentença de mérito contendo a norma jurídica para o caso concreto. Confirma-se o que a propósito escreveu Moniz Aragão:

"Seria inaceitável que, após sofrer os ônus de ter de se defender da ação proposta, a desistência ainda dependesse de sua concordância. Chamado a juízo, o réu tem direito ao julgamento da lide, posição essa que coincide com o interesse do próprio Estado, ao qual não convém que os processos se encerrem sem solucionar o mérito, com a possibilidade de se reiniciarem a seguir, atravancando os juízos inutilmente, apenas para satisfazer a um capricho do autor. Isto somente se poderia conceber se o processo fosse negócio jurídico de direito privado.

(...)

A outorga ao autor do poder de desistir da ação e assim encerrar o processo é fruto da concepção tradicional, que enraíza no princípio dispositivo; ampara-se nesse raciocínio: se é livre iniciá-lo, pode também lhe pôr fim. O reconhecimento ao réu do direito de ser ouvido a propósito da desistência é, por sua vez, corolário do princípio da bilateralidade do direito de ação (e da própria relação processual); se é certo que o réu, chamado a juízo, adquire, por sua vez, direito à composição jurisdicional da lide, o que fundamenta a faculdade de exigir que o processo siga avante e chegue ao fim. A primeira idéia decorre da vetusta tese privatista, a segunda reflete o moderno espírito publicista."

Superior Tribunal de Justiça

(Comentários ao Código de Processo Civil, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, pp. 404-405)

O juízo formulado na sentença a respeito da existência, da inexistência ou do modo de ser da relação jurídica concreta — que, com o trânsito em julgado, ficará imune a novas discussões —, conforme ressalta Cândido Rangel Dinamarco, pode favorecer não apenas o autor, mas igualmente o réu, cuja contestação também veicula pedido de tutela jurisdicional:

"No processo de conhecimento a faculdade de *desistir da ação* é condicionada à *concordância do réu*, porque tanto quanto ao autor a este é legítimo alimentar a expectativa de obter a tutela jurisdicional que a sentença de mérito concederá. A tutela jurisdicional não é privilégio do autor: ela será conferida àquele que tiver razão segundo o entendimento do juiz e não necessariamente a ele (*supra*, n. 39). Não havendo o réu pedido a extinção do processo sem julgamento de mérito, tem também ele direito ao julgamento de sua própria *demanda de sentença de mérito favorável*, deduzida em contestação (demanda do réu: *supra*, n. 453)" (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, pp. 140-141)

Assim, por exemplo, "o *petitum* deduzido em reconvenção precisa inserir-se no mesmo contexto jurídico-substancial em que se situa o do autor, (...). O pedido reconvenicional não será o contraposto do pedido formulado pelo autor, porque para tanto não seria necessária a reconvenção — sabendo-se que a rejeição da demanda (improcedência) já é em si mesma concessão de tutela jurisdicional plena ao réu (*supra*, nn. 39 e 453) (...)" (*Op. cit.*, vol. III, 3ª ed., 2003, p. 499).

E, especificamente com relação à coisa julgada resultante da sentença que julga improcedente o pedido do autor, afirma Dinamarco:

"Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado uma situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse *status*, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na rigorosa intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que ficou decidido (Liebman): a garantia constitucional da coisa julgada consiste na imunização geral dos efeitos da sentença." (*Op. cit.*, vol. III, 3ª ed., 2003, pp. 301-302)

De outra parte, quanto ao aspecto temporal, sabe-se que a força vinculativa da coisa julgada atua *rebus sic stantibus*, isto é, enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença, cessando, porém, com a alteração do quadro fático ou do quadro normativo componente do silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado. Sobre o tema, tivemos oportunidade de sustentar o seguinte, em sede doutrinária (*Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 81-101):

"Considerada a sua relação com as circunstâncias temporais do fato gerador, podem-se classificar as relações jurídicas em três espécies: as instantâneas, as permanentes e as sucessivas. *Instantânea* é a relação jurídica decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrai a incidência da norma quando estiver inteiramente formado. (...) Define-se como *permanente* (ou duradoura) a relação jurídica que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo. (...) Finalmente, há uma terceira espécie de relação jurídica, a *sucessiva*, nascida de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

maneira uniforme e continuada. Os exemplos mais comuns vêm do campo tributário: a obrigação do comerciante de pagar imposto sobre a circulação de mercadorias, ou do empresário de recolher a contribuição para a seguridade social sobre a folha de salários ou sobre o seu faturamento.

Na verdade, as relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva. No geral dos casos, as relações sucessivas pressupõem e dependem de uma situação jurídica mais ampla, ou de determinado *status* jurídico dos seus figurantes, nos quais se inserem, compondo-lhes a configuração. Por exemplo: a relação obrigacional de que nasce o direito de receber o pagamento de vencimentos mensais tem como fato gerador imediato a prestação de serviço pelo servidor: sem a ocorrência deste, jamais existirá aquele. Assim considerada, é relação jurídica sucessiva, já que seu suporte de incidência é repetitivo no tempo. Mas o citado fato gerador se forma num contexto jurídico mais complexo: o do regime estatutário, de caráter permanente (e não sucessivo), que vincula os figurantes da relação jurídica. Disso resulta que a relação obrigacional nasce da incidência da norma sobre um suporte fático complexo, composto de um (a) fato instantâneo e inserido numa (b) situação permanente. (...)

Ora, a sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as conseqüências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Considerando a natureza permanente ou sucessiva de certas relações jurídicas, põem-se duas espécies de questões: primeira, a dos limites objetivos da coisa julgada, que consiste em saber se a eficácia vinculante do pronunciamento judicial abarca também (a) o desdobramento futuro da relação jurídica permanente, (b) as reiterações futuras das relações sucessivas e (c) os efeitos futuros das relações instantâneas. A resposta positiva à primeira questão suscita a segunda: a dos limites temporais da coisa julgada, que consiste em saber se o comando sentencial, emitido em certo momento, permanecerá inalterado indefinidamente, mesmo quando houver alteração no estado de fato ou de direito. Ambas as questões, no fundo, guardam íntima relação de dependência, conforme se verá.

No que se refere aos limites objetivos da coisa julgada, a regra geral é a de que, por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença opera sobre o passado, e não sobre o futuro. (...)

Quanto às relações jurídicas sucessivas (situações (b)), a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Isso se deve à própria natureza da função jurisdicional, que, conforme se viu, tem por matéria de trato os fenômenos de incidência das normas em suportes fáticos presentes ou passados. O campo do direito tributário é fértil nessa discussão, sendo no sentido acima indicado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula 239, segundo a qual 'decisão que declara indevida a cobrança de imposto em determinado exercício não faz coisa julgada com relação aos posteriores'. A mesma orientação norteou os precedentes em que ficou assentado que 'a declaração de intributabilidade, no pertinente a relações originadas de fatos geradores que se sucedem no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger eventos futuros'. Assim, 'a coisa julgada, em matéria de ICM, tem por delimitação a relação jurídico-tributária emergente da operação, ou operações, que foi controvertida e julgada no caso concreto, a

Superior Tribunal de Justiça

teor da Súmula 239', visto que, conforme enfatizou o Relator, 'mesmo os fatos geradores instantâneos que ocorrem num dado momento do tempo, cada vez que surgem, dão lugar a uma relação obrigacional autônoma'. Sua adoção deve ocorrer inclusive quando se tratar (a) de tutela preventiva ou (b) de de tutela meramente declaratória, sob pena de se transformar a sentença, nesses casos, em pronunciamento sobre lei em tese. Foi o que explicitou, em precedentes do STF, o Ministro Moreira Alves: (a) 'mandados de segurança preventivos, em casos dessa natureza, só podem ser admitidos quanto à relação jurídica concreta e imediata, com referência à qual há ameaça de aplicação do dispositivo. A não ser assim, ter-se-á representação de interpretação de lei em tese para determinada pessoa (...)'; (b) '...não cabe ação declaratória para o efeito de que a declaração transite em julgado para os fatos geradores futuros, pois ação dessa natureza se destina à declaração da existência, ou não, de relação jurídica já existente. A declaração da impossibilidade do surgimento da relação jurídica no futuro, porque não é admitida pela lei ou pela Constituição, se possível de ser obtida por ação declaratória, transformaria tal ação em representação de interpretação ou de inconstitucionalidade em abstrato, o que não é possível em nosso ordenamento jurídico'.

Todavia, conforme antes se demonstrou, há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa relação jurídica permanente. Ora, nesses casos, pode ocorrer que a controvérsia decidida pela sentença tenha por origem não o *fato gerador instantâneo*, mas a *situação jurídica de caráter permanente* na qual ele se encontra inserido, e que também compõe o suporte desencadeador do fenômeno de incidência. É sabido que tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nestes casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes. Isso porque o juízo de certeza desenvolvido pela sentença sobre determinada relação jurídica concreta decorreu, na verdade, de juízo de certeza sobre a situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno de incidência. (...)

No domínio fiscal, esse tema, ainda hoje controvertido, já se fazia presente nos precedentes que deram origem à Súmula 239 do STF. Num deles, o voto de Castro Nunes, depois de asseverar que a coisa julgada 'se terá de limitar aos termos da controvérsia', observou: 'mas se os tribunais estatuíram sobre o imposto em si mesmo, se o declararam indevido, se isentaram o contribuinte, se houveram o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou porque inconstitucional a lei que o criou, em qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelo meio próprio, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança'. Mais recentemente, o Ministro Rafael Mayer defendeu orientação semelhante: '...se a decisão se coloca no plano da relação de direito tributário material para dizer inexistente a pretensão fiscal do sujeito ativo, por inexistência de fonte legal da relação jurídica que obrigue o sujeito passivo, então não é possível renovar a cada exercício o lançamento e a cobrança do tributo, pois não há a precedente vinculação substancial. A coisa julgada que daí decorre é inatingível, e nova relações jurídico-tributárias só poderiam advir da mudança dos termos da relação pelo advento de uma norma jurídica nova com as suas novas condicionantes'.

Em nosso entender, também nessa matéria tributária a eficácia prospectiva do julgado pode ser sustentada, sem que venha a configurar julgamento sobre a norma em tese ou sentença com efeito normativo, justamente nisso: em ter a sentença lançado juízo de certeza sobre determinada situação jurídica, concreta e presente, mas de caráter duradouro, como a que diz respeito à natureza das atividades ou ao *status* fiscal do

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

contribuinte, situação esta na qual se inserem os elementos próximos da obrigação tributária e o das semelhantes relações jurídicas tributárias sucessivas. Os exemplos esclarecem o que se afirma: se uma sentença reconhece que determinada empresa tem natureza jornalística e que, por isso, é imune a tributos o periódico por ele publicado, a declaração de certeza, embora solvendo controvérsia que tem por causa próxima uma exigência concreta e atual do Fisco, abrangerá não apenas as publicações já realizadas, senão também as futuras, uma vez que a controvérsia real, enfrentada e resolvida, foi sobre uma situação jurídica de caráter duradouro, o *status* fiscal do contribuinte. O mesmo ocorre quando a sentença declara, por exemplo, que as atividades de prestação de serviço de determinada empresa estão sujeitas à contribuição social: dispondo ela sobre uma situação jurídica duradoura, relacionada com o *status* fiscal, sua eficácia será também prospectiva, para além dos estritos limites da prestação mensal.

(...)

Estabelecido que a sentença, nos casos assinalados, irradia eficácia vinculante também para o futuro, surge a questão de saber qual é o termo *ad quem* de tal eficácia. A solução é esta e vem de longe: a sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza. Se ela afirmou que uma relação jurídica existe ou que tem certo conteúdo, é porque supôs a existência de determinado comando normativo (norma jurídica) e de determinada situação de fato (suporte fático de incidência); se afirmou que determinada relação jurídica não existe, supôs a inexistência, ou do comando normativo, ou da situação de fato afirmada pelo litigante interessado. A mudança de qualquer desses elementos compromete o silogismo original da sentença, porque estará alterado o silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado: a relação jurídica que antes existia deixou de existir, e vice-versa. Daí afirmar-se que a força da coisa julgada tem uma condição implícita, a da cláusula *rebus sic stantibus*, a significar que ela atua enquanto se mantiverem integras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha.

A alteração do *status quo* tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos. Assim, se a sentença declarou que determinado servidor público não tinha direito a adicional de insalubridade, a superveniência de lei prevendo a vantagem importará o imediato direito a usufruí-la, cessando a partir daí a eficácia vinculativa do julgado, independentemente de novo pronunciamento judicial ou de qualquer outra formalidade. Igualmente, se a sentença declara que os serviços prestados por determinada empresa estão sujeitos a contribuição para a seguridade social, a norma superveniente que revogue a anterior ou que crie isenção fiscal cortará a sua força vinculativa, dispensando o contribuinte, desde logo, do pagamento do tributo. O mesmo pode ocorrer em favor do Fisco, em casos em que, reconhecida, por sentença, a intributabilidade, sobrevier lei criando o tributo: sua cobrança pode dar-se imediatamente, independentemente da revisão do julgado anterior."

5. No que se refere aos efeitos da superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, em sentido contrário ao esposado na sentença transitada em julgado, assim me manifestei em voto-vista proferido nos autos do RESP 671.182/RJ, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 02.05.2005:

"4. Em nosso sistema, as decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio. A rigor, não fazem sequer coisa julgada entre os litigantes, pois a apreciação da questão

Superior Tribunal de Justiça

constitucional serve apenas como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência do pedido deduzido na demanda. E a coisa julgada, sabe-se, não se estende aos fundamentos da decisão (CPC, art. 469). Quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, é certo, tais decisões possuem eficácia *reflexa* ou *anexa*, destinada a ampliar os seus efeitos, mediante, fundamentalmente, (a) a habilitação do Senado a suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo STF; (b) a vinculação dos demais tribunais às decisões do STF em matéria constitucional; (c) a força de precedente das decisões do STF, cuja adoção enseja o julgamento simplificado dos recursos e o acolhimento de ação rescisória. Não têm, porém, efeitos *erga omnes*, e não afetam, por isso, de forma automática, como decorrência de sua simples prolação, eventuais sentenças transitadas em julgado em sentido contrário, cujo comando mantém sua força vinculante para as partes, e para cuja desconstituição é indispensável o ajuizamento de ação rescisória. É o que tivemos ocasião de salientar em estudo doutrinário a respeito do tema:

"Segunda situação: rescisória de sentença contrária a precedente do STF tomado no exame de caso concreto (controle difuso). O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância frente ao pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição. A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, parágrafo único), de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso. Nisso reside a justificação para se deixar de aplicar, na seara constitucional, o parâmetro negativo da Súmula 343, substituindo-se pelo parâmetro positivo da autoridade do precedente. E a consequência prática disso é que, independentemente da haver divergência jurisprudencial sobre o tema, o enunciado da Súmula 343 não será empecilho ao cabimento da ação rescisória (juízo de admissibilidade). Mais que cabível, é procedente, por violar a Constituição, o pedido de rescisão da sentença (juízo rescindente), sendo que o novo julgamento da causa (juízo rescisório), como corolário lógico e necessário, terá de se ajustar ao pronunciamento da Corte Suprema.

Aqui também não tem relevância prática a investigação em torno da procedência ou não da decisão do STF sobre a sentença rescindenda. Conforme observou o Ministro Cunha Peixoto, 'não importa, na hipótese, saber se, declarada a inconstitucionalidade de uma lei, a decisão (tratava-se de controle difuso) tem efeito *ex nunc* ou *ex tunc*, mas se, na verdade, é ou não inconstitucional o dispositivo (...), já que a questão está posta em julgamento de ação rescisória. E, nesta, é que se discute a constitucionalidade ou não da lei' [STF, RE 89.108, Pleno, Min. Cunha Peixoto, RTJ 101:211]. Com efeito, ao julgar a rescisória não se está executando o acórdão proferido em controle difuso. O que se faz é acolher a orientação nele adotada pelo Supremo, cuja autoridade não decorre da circunstância de ser anterior à sentença rescindenda, mas de se tratar de pronunciamento do guardião da Constituição, o que, por si só, determina seja acolhido em qualquer futuro

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

juízo, inclusive nos de ações rescisórias. Pela mesma razão, não vem ao caso saber se a norma eventualmente tida por inconstitucional pelo precedente do Supremo teve ou não sua execução suspensa pelo Senado. Se foi suspensa, haverá aí apenas uma razão a mais para acolher o precedente do STF, já que a suspensão pelo Senado tem eficácia *erga omnes* e, segundo orientação predominante, *ex tunc*." (*Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 135-136)

5. Hipótese distinta, todavia, é a que se verifica quando, em face da declaração da inconstitucionalidade *in concreto* pelo Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal suspende a execução da lei (CF, art. 52, X). Discorremos a esse respeito naquele mesmo estudo:

"Afirmou-se que as sentenças de mérito, no processo cognitivo, formulam juízo de certeza acerca de fenômenos de incidência de normas abstratas sobre determinados suportes fáticos, declarando, a partir daí, a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação jurídica e estabelecendo, se for o caso, as conseqüências – de condenação ou de constituição ou de desconstituição – dela decorrentes. Pois bem: em muitos casos, a questão levada a exame judicial é gerada por controvérsia a respeito da constitucionalidade ou não da norma que incide (ou que se alega incidir), de modo que o juízo acerca da incidência, no caso concreto, terá por pressuposto um juízo sobre a validade da norma em face da Constituição. Nisso consiste justamente o controle difuso de constitucionalidade. Transitada em julgado, a sentença, também nesses casos, terá sua eficácia vinculante submetida à cláusula *rebus sic stantibus*, a significar que a relação jurídica certificada, se de trato continuado no tempo, poderá deixar de existir ou ser modificada por força de superveniente alteração no estado de direito. Ou vice-versa: poderá passar a existir, por força de norma superveniente, a relação jurídica que a sentença anterior declarou inexistente. São situações corriqueiras de mudança do estado de direito a revogação ou a derrogação das leis objeto do controle de constitucionalidade e o advento de novos preceitos normativos, inclusive os de natureza constitucional.

Há, porém, uma forma especial de 'modificação do estado de direito', típica do sistema de controle difuso de constitucionalidade. É a suspensão, pelo Senado, do preceito normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo dispõe o artigo 52, X, da Constituição, compete privativamente ao Senado Federal 'suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal'. O instituto da suspensão, conforme já se viu, foi introduzido pela Carta de 1934, com a declarada finalidade de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo, fazendo as vezes do instituto do *stare decisis* do direito norte-americano. Esse o conteúdo essencial da suspensão da execução da norma pelo Senado: conferir eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal que, em controle difuso, declarou a sua inconstitucionalidade. A Resolução do Senado tem, portanto, natureza normativa, já que universaliza determinado *status* jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo.

(...)

Não se pode confundir o instituto da suspensão da norma com o da sua revogação. A norma revogada deixa de incidir a partir de sua revogação, mas incidiu validamente sobre os suportes fáticos ocorridos durante a sua vigência. Isso

Superior Tribunal de Justiça

significa que, mesmo depois da sua revogação, a norma pode e deve ser aplicada pelo juiz, pelo administrador e por quem mais tenha de apreciar controvérsias sobre fatos jurídicos anteriores. No caso de suspensão por inconstitucionalidade, as consequências são diferentes. A norma inconstitucional é nula desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É norma que nunca incidiu. Assim, a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo, na via do controle difuso, importa o reconhecimento judicial, vinculante para as partes, de que, no caso examinado, não ocorreu a incidência. A Resolução do Senado que 'suspende a execução' opera a universalização dessa consequência: importa reconhecimento estatal de que a norma em questão jamais teve aptidão para incidir e, portanto, jamais incidiu em qualquer situação. É como se houvesse uma 'revogação' *ex tunc*. Conseqüentemente, aos aplicadores do direito já não será dado invocar a norma suspensa, nem em relação a suportes fáticos que venham a ocorrer a partir da suspensão, e nem em relação a fatos ocorridos no passado. Em suma: havendo revogação, a norma deixa de incidir *ex nunc*; havendo inconstitucionalidade, a in incidência é *ex tunc*. Pode-se afirmar, portanto, que, relativamente ao futuro, tanto a norma revogada quanto a suspensa não incidem; porém, relativamente ao passado, a norma revogada incidiu, enquanto a norma suspensa, porque inconstitucional, não incidiu.

Examinemos as consequências disso em relação às sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado no tempo. A revogação da norma, já se disse, constitui alteração no estado de direito, com reflexos imediatos na relação jurídica apreciada pela sentença. Esta, daí em diante, já não terá força de 'lei entre as partes', visto que tal força estava sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*. Assim, revogada a lei em que se baseou a sentença para declarar tributável certa atividade do contribuinte, deixará de existir, em relação ao futuro, a obrigação tributária objeto do reconhecimento judicial. No que se refere aos casos de suspensão da execução da lei pelo Senado, as consequências, para o futuro, são semelhantes às da revogação: suspensa, por inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, a execução da lei que criou o tributo, já não mais assistirá ao Fisco o direito de exigir o pagamento, mesmo em relação ao contribuinte contra o qual haja sentença anterior reconhecendo a constitucionalidade da exação. Todavia, ao contrário do que ocorre com a revogação, a suspensão não opera uma alteração do *estado da norma* em si. Esta continua mantendo exatamente o mesmo *status* que antes detinha. A alteração que se produz é no estado do direito, que ganha um elemento novo: a força vinculante da declaração da inconstitucionalidade do preceito normativo, tomada pelo Supremo e universalizada pela Resolução do Senado. Considerando que a inconstitucionalidade da norma opera efeitos *ex tunc*, surge a questão de saber se subsistirão ou se serão automaticamente desfeitas, após a suspensão pelo Senado, as sentenças *anteriores*, proferidas com base no preceito inconstitucional suspenso. Para resolvê-la é indispensável estabelecer a distinção, que é crucial, entre (a) a inconstitucionalidade da norma e (b) o efeito vinculante da declaração dessa inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade, porque importa a nulidade do preceito normativo, tem eficácia *ex tunc*, como se sabe. Já o efeito vinculante do *reconhecimento judicial* da inconstitucionalidade, este decorre de um ato superveniente. Sua eficácia é também *ex tunc*, mas seu termo inicial é desencadeado pelo ato que declarou a inconstitucionalidade, e não pela entrada em vigor da norma inconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade pode decorrer de ato com eficácia limitada às partes do litígio, ou de ato com eficácia

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

geral, atingindo todos os destinatários do preceito normativo. É limitada às partes individualizadas na demanda quando o reconhecimento da inconstitucionalidade provém de sentença que julga caso concreto. É geral (*erga omnes*) quando provém da suspensão da execução da norma pelo Senado, ou de sentença definitiva proferida em ação de controle concentrado de constitucionalidade. Em qualquer caso, o efeito vinculante da *declaração* de inconstitucionalidade é, sob o aspecto temporal, logicamente posterior ao efeito da *inconstitucionalidade em si*: esta é *ex tunc*, desde a edição da norma; aquele só é vinculante a partir do ato do qual decorre, que é superveniente à norma inconstitucional [Essa linha de entendimento norteou o acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso em Mandado de Segurança 17.976, Relator Min. Amaral Santos (julgamento de 13.09.68), em cujo voto está dito que 'a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória'. Esclareceu o Min. Eloy da Rocha, na oportunidade, que 'a suspensão da execução da lei, pelo Senado, tem efeito *ex nunc*'].

Ora, para que se rescinda uma sentença, não basta que ela tenha sido fundada em norma inconstitucional. É indispensável que à inconstitucionalidade se agregue um comando estatal vinculante, que declare formalmente a ofensa à Constituição e decrete a rescisão da sentença. Na situação examinada, a sentença anterior, embora fundada em preceito inconstitucional, não esteve subordinada ao comando vinculante, que lhe foi posterior, da decisão do Supremo, universalizado pela Resolução do Senado. Assim, os efeitos já produzidos pela referida sentença somente serão anulados se sobrevier comando jurisdicional específico, com efeito retroativo, a saber, uma sentença de procedência em ação rescisória.

À luz, ainda, da distinção acima estabelecida, outros pontos podem ser esclarecidos. Assim, uma sentença que, julgando o caso concreto, aplica determinada norma porque a reconhece como constitucional tem *efeito vinculante* para as partes no caso concreto, inclusive com eficácia futura, se for o caso. Se, mais tarde, sobrevier ato com efeito vinculante *erga omnes* (Resolução do Senado ou decisão do Supremo) reconhecendo a inconstitucionalidade do mesmo preceito, será possível afirmar que a primitiva sentença foi equivocada ao aplicar a lei (ou seja, operou contra a eficácia *ex tunc* da inconstitucionalidade), mas certamente não se poderá dizer que ela foi proferida com violação a efeito vinculante da declaração. Isso não ocorreria se a mesma sentença tivesse sido proferida *após* a Resolução do Senado ou a sentença do Supremo. Se isso ocorresse, o juiz teria operado dupla violação: a da eficácia da inconstitucionalidade em si e a do efeito vinculante da declaração.

Estabelecidos estes pressupostos, ficam mais compreensíveis as conseqüências, para as sentenças que versam sobre relações jurídicas de trato continuado, decorrentes do advento de Resolução do Senado, suspendendo a execução de norma que, no caso concreto, foi aplicada pelo juiz. O que muda, com a Resolução, já se disse, não é o estado da norma em si, mas o estado do direito, que ganha, como elemento novo, o efeito vinculante *erga omnes* do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. A partir dessa inovação, estabelece-se, na situação agora examinada, um conflito entre a *força vinculante* da sentença do caso concreto e a força, *também vinculante*, da decisão do Supremo, universalizada pela Resolução do Senado. Qual delas deve prevalecer?

Superior Tribunal de Justiça

Para sustentar a prevalência da força vinculativa da sentença anterior, pode-se invocar o princípio constitucional da coisa julgada. Todavia, o argumento se mostra frágil e insuficiente quando contraposto aos que operam em sentido contrário. Com efeito, também a Resolução do Senado parte de uma decisão definitiva com trânsito em julgado, proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, o princípio da coisa julgada não é absoluto. Conforme assinalou Liebman, discorrendo sobre as restrições a serem impostas à coisa julgada, 'a razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima e não expandir-se fora dela' [LIEBMAN, Enrico Tullio. Limites objetivos da coisa julgada, *op. cit.*, p. 573]. Assim, no âmbito do conflito aqui examinado, a coisa julgada formada no caso concreto deve ser harmonizada com os demais princípios e valores consagrados na Constituição. Ora, militam em favor da prevalência da força vinculante da Resolução dois princípios constitucionais, pelo menos: o da autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, que lhe deu suporte, e o da igualdade de todos perante a lei, especialmente a lei constitucional. Não teria sentido, por exemplo, invocar a coisa julgada para exigir que determinado cidadão continue pagando um tributo a que foi condenado em demanda particular, quando todos os demais estão desobrigados de fazê-lo porque o Senado, com base em decisão do Supremo, suspendeu, com eficácia *erga omnes*, a execução da lei criadora da exação fiscal.

Pode-se afirmar, em suma, que a Resolução do Senado suspendendo a execução de norma inconstitucional irradia seus efeitos, imediatamente, sobre as relações jurídicas de trato continuado (duradouras ou sucessivas), mesmo quando declaradas por sentença que as apreciou em demanda individualizada. Convém frisar, entretanto, que a prevalência da força vinculante da Resolução do Senado sobre a sentença do caso concreto se dá a partir da data da sua vigência, não antes. Relativamente ao ocorrido no período anterior, não havendo, à época, o conflito acima apontado, vigorou, sem empecilho, o efeito vinculante da sentença proferida na demanda particular. As situações jurídicas decorrentes do seu cumprimento naquele período não são infirmadas nem anuladas automaticamente pela resolução superveniente, cuja força não é retroativa. Assim, para desfazer as consequências então produzidas pela referida sentença, cumpre ao interessado utilizar as vias judiciais ordinárias, nomeadamente a da ação rescisória. No exemplo dado, o contribuinte que pretender a repetição das parcelas do imposto pagas, por força da sentença, antes do advento da Resolução do Senado poderá fazê-lo desde que obtenha a rescisão da sentença que impôs o pagamento. Nada impede, todavia, que o Fisco, espontaneamente, proceda à restituição do indébito, comportamento que estará legitimado pela inconstitucionalidade da norma, reconhecida e declarada, que contamina, desde a origem, a exigência do tributo.

Quid juris sobre a exeqüibilidade, após a Resolução do Senado, de obrigações anteriores ainda pendentes? Estaria ela assegurada pela força vinculante da sentença? Entendemos que não. Reproduz-se, na situação focada, o conflito entre a força vinculante da sentença do caso concreto e a da que decorre da decisão do Supremo e da Resolução do Senado. Entre uma e outra, mesmo que se esteja em fase de execução, a prevalência, pelos motivos antes expostos, é da segunda, que poderá ser invocada, em embargos do devedor, como causa extintiva da obrigação executada (CPC, art. 741, VI)." (pp. 92-98)

6. No caso concreto, as autoras pretendem, por meio de ação ordinária ajuizada

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

após o esgotamento do prazo para a rescisória, desconstituir os efeitos pretéritos da aplicação dos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88, emanados de sentença transitada em julgado, invocando a posterior declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso. Tal intento, conforme acima se demonstrou, é inviável. É mais: com a superveniente suspensão da eficácia dos aludidos Decretos-leis pela Resolução 49/95 do Senado Federal, de 09.10.1995, operou-se, na forma do acima exposto, mudança no estado de direito capaz de sustar, automaticamente, a partir dessa data, a força vinculante do provimento jurisdicional, tanto para o efeito de impedir a Fazenda de realizar lançamentos futuros com base naquelas leis, quanto para o de obstaculizar a execução das prestações anteriores pendentes — razão pela qual, desde então, carecem as autoras de interesse no provimento jurisdicional que declare a insubsistência da sentença.

Sob qualquer dessas perspectivas, portanto, é incabível a presente ação."

6. No caso dos presentes autos, a expressão "avulsos, autônomos e administradores", constante do art. 3º, I, da Lei 7.787/89, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 166.772/RS, Pleno, Min. Marco Aurélio, DJ de 16.12.1994, tendo sua execução suspensa pela Resolução 14/95 do Senado Federal, editada em 19.04.1995. Posteriormente, a Corte Suprema reproduziu aquela decisão, em controle concentrado, na ADIN 1.102/DF, Pleno, Min. Maurício Corrêa, DJ de 17.11.1995.

Desde 19.04.1995, portanto, com a edição da Resolução 14/95, operou-se mudança no quadro normativo apreciado pela sentença do mandado de segurança, apta a fazer cessar a eficácia vinculante daquele julgado, a partir de seu advento.

Ocorre que o pedido formulado pela autora é de repetição das quantias pagas a título da citada contribuição, no período de fevereiro/91 a setembro/94 — anterior, portanto, à publicação da Resolução Senatorial. Conforme se demonstrou no último precedente referido, é inviável a desconstituição, por meio de ação ordinária ajuizada após o esgotamento do prazo para a rescisória, dos efeitos pretéritos da aplicação da Lei 7.787/89, emanados de sentença transitada em julgado, invocando a posterior declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso. Sendo assim, revela-se incabível a presente ação.

7. Diante do exposto, divergindo do relator, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

Julgados Selecionados

Conflito de Competência nº 47.731-DF

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTROS
RÉU : AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
PROCURADOR : ANTÔNIO DOMINGOS TEIXEIRA BEDRAN E OUTROS
SUSCITANTE : AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
ASSIST.LIT : COMPANHIA DE TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL
CENTRAL - CTBC TELECOM
ADVOGADO : JOSÉ ANTÔNIO LOMONACO
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 2A VARA DE BRASÍLIA - SJ / DF
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 20A VARA DE BRASÍLIA - SJ/DF
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 6A VARA DE PORTO ALEGRE - RS
SUSCITADO : JUÍZO DA 1A VARA FEDERAL DE ARAÇATUBA - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 8A VARA DE CAMPINAS - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 7A VARA DE CAMPINAS - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 4A VARA DE CAMPINAS - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 2A VARA DE FRANCA - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE FRANCA - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE MARÍLIA - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 2A VARA DE MARÍLIA - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 3A VARA DE MARÍLIA - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE ORLÂNDIA - SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 2A VARA DE PIRACICABA - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 3A VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE -
SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 4A VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 3A VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 7A VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 6A VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 3A VARA DE SÃO BERNARDO DO
CAMPO - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 3A VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS -
SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 2A VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO -
SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO -
SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 2A VARA DE SANTO ANDRÉ - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE SANTO ANDRÉ - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE SANTOS - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 4A VARA DE SANTOS - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 2A VARA DE SANTOS - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 8A VARA CÍVEL DE SANTOS - SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL 3A VARA DE SÃO PAULO - SJ/ SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 9A VARA DE SÃO PAULO- SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 2A VARA DE SÃO PAULO - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 16A VARA DE SÃO PAULO - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 23A VARA DE SÃO PAULO - SJ/SP

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 15A VARA DE SÃO PAULO - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 19A VARA DE SÃO PAULO - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE TAUBATÉ - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 3A VARA DE CASCAVEL - SJ/PR
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE FOZ DE IGUAÇU - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE CURITIBA - SJ/PR
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 5A VARA DE CURITIBA - SJ/PR
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE LONDRINA - SJ/PR
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 6A VARA DE CURITIBA - SJ/PR
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA VARA DE CONCÓRDIA - SJ/SC
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE CHAPECÓ - SJ/SC
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA VARA DE LAGES - SJ/SC
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE FLORIANÓPOLIS - SJ/SC
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE SALVADOR - SJ/BA
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 3A VARA DE UBERLÂNDIA - SJ/MG
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 2A VARA DE FORTALEZA - SJ/CE
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 5A VARA DE FORTALEZA - SJ/CE
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 6A VARA DE FORTALEZA - SJ/CE
SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA CÍVEL DE LINHARES - ES
SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 2A VARA CIVIL DE LINHARES - ES
SUSCITADO : TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 20A VARA DO RIO DE JANEIRO - SJ/RJ
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE PETRÓPOLIS - SJ/RJ
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 2A VARA DE CUIABÁ - SJ/MT
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 3A VARA DE CUIABÁ - SJ/MT
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 6A VARA DE GIOÂNIA - SJ/GO
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 7A VARA DE GOIÂNIA - SJ/GO
LITIS. PAS : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : MARCELO RIBEIRO DE OLIVEIRA E OUTROS

VOTO-VISTA

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS PROMOVIDAS CONTRA A ANATEL E EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA. CONFLITO NÃO CONHECIDO.

1. A competência originária dos Tribunais é para julgar de conflitos de competência. E, no que se refere ao STJ, é para julgar conflitos de competência entre tribunais ou entre tribunal e juizes a ele não vinculados ou entre juizes vinculados a tribunais diversos (CF, art. 105, I, d).

2. Não se pode confundir conexão de causas ou incompetência de juízo com conflito de competência. A incompetência, inclusive a que porventura possa decorrer da conexão, é controlável, em cada caso, pelo próprio juiz de primeiro grau, mediante exceção, em se tratando de incompetência relativa (CPC, art. 112), ou mediante simples arguição incidental, em se tratando de incompetência absoluta (CPC, art. 113).

Superior Tribunal de Justiça

3. Ocorre conflito de competência nos casos do art. 115 do CPC, a saber: "I - quando dois ou mais juízes se declaram competentes; II - quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes; III - quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos". No caso dos autos, nenhuma dessas situações está configurada. Não foi demonstrada, nem sequer alegada, a existência de manifestação de juízes disputando a competência ou afirmando a incompetência em relação às demandas elencadas na petição.

4. A simples possibilidade de sentenças divergentes sobre a mesma questão jurídica não configura, por si só, conflito de competência. Não existe, em nosso sistema, um instrumento de controle, com eficácia *erga omnes*, da legitimidade (ou da interpretação), em face da lei, de atos normativos secundários (v.g., resoluções) ou de cláusulas padronizadas de contratos de adesão. Também não existe, nem mesmo em matéria constitucional, o instrumento da avocação, que permita concentrar o julgamento de múltiplos processos a respeito da mesma questão jurídica perante um mesmo tribunal e, muito menos, perante juiz de primeiro grau. Assim, a possibilidade de decisões divergentes a respeito da interpretação de atos normativos, primários ou secundários, ou a respeito de cláusulas de contrato de adesão, embora indesejável, é evento previsível, cujos efeitos o sistema busca minimizar com os instrumentos da uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476), dos embargos de divergência (CPC, art. 546) e da afetação do julgamento a órgão colegiado uniformizador (CPC, art. 555, § 1º), dando ensejo, inclusive, à edição de súmulas (CPC, art. 479) e à fixação de precedente destinado a dar tratamento jurídico uniforme aos casos semelhantes. Mas a possibilidade de sentenças com diferente compreensão sobre a mesma tese jurídica não configura, por si só, um conflito de competência.

5. Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, freqüentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que é resolvido pela aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), na redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a)

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.

7. Por outro lado, também a existência de várias ações coletivas a respeito da mesma questão jurídica não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas pessoas. É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em benefício de quem se pede tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações. Pelo contrário: o normal é que sejam pessoas diferentes, e, para isso, concorrem pelo menos três fatores: (a) a limitação da representatividade do órgão ou entidade autor da demanda coletiva (= substituto processual), (b) o âmbito do pedido formulado na demanda e (c) a eficácia subjetiva da sentença imposta por lei, que "*abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator*" (Lei 9.494/97, art. 2º-A, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35/2001).

8. No que se refere às ações coletivas indicadas pelo Suscitante, umas foram propostas por órgãos municipais de defesa do consumidor, a significar que os substituídos processuais (= beneficiados) são apenas os consumidores do respectivo município; há outras que foram propostas por Sindicatos (com base territorial limitada) ou por associações, em favor dos membros da categoria indicados em listagem anexada à inicial, os quais, portanto, são os únicos possíveis beneficiados com a sentença de procedência; e, finalmente, há as ações, nomeadamente as propostas pelo Ministério Público, em que a eficácia subjetiva da sentença está limitada, pelo próprio pedido ou por força de lei, aos titulares domiciliados no âmbito territorial do órgão prolator. Não se evidencia, portanto, em nenhum caso, a superposição de ações envolvendo os mesmos substituídos. Cumpre anotar, de qualquer modo, que eventual conflito dessa natureza — de improvável ocorrência —, estabelecido em face da existência de mais de uma demanda sobre a mesma base territorial, deverá ser dirimido não pelo STJ, mas pelo Tribunal Regional Federal a que estejam vinculados os juízes porventura conflitantes.

9. Não se pode confundir incompetência de juízo com ilegitimidade das partes. É absolutamente inviável que, a pretexto de julgar conflito de competência, o Tribunal faça, em caráter originário, sem o crivo das instâncias ordinárias, um julgamento a respeito da legitimidade das partes, determinando a inclusão ou a exclusão de figurantes da relação processual. Conforme já assentado nessa Corte, "a competência para a causa é fixada levando em consideração a situação da demanda, tal como objetivamente proposta. Em se tratando de competência em razão da pessoa, o que se considera são os entes que efetivamente figuram na relação processual, e não os que dela poderiam ou deveriam figurar, cuja participação é fato futuro e incerto, dependente do que vier a ser

Superior Tribunal de Justiça

decidido no curso do processo. A competência federal prevista no art. 109, I, da CF, tem como pressuposto a efetiva presença, no processo, de um dos entes federais ali discriminados" (AgRg no CC 47.497/PB, DJ de 09.05.2005). Essa orientação vem sendo reiteradamente adotada pela Seção, em precedentes sobre demandas a respeito da cobrança dos serviços de telefonia (v.g.: CC 48.447/SC, DJ de 13.06.2005; CC 47.032/SC, DJ de 16.05.2005; CC 47.016/SC, DJ de 18.04.2005; CC 47.878/PB, DJ de 23.05.2005).

10. O pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, além de estranho aos limites do conflito de competência, não pode ser acolhido, não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas, mas também pela circunstância de que as ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas.

11. Conflito não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

1. Cuida-se de conflito de competência suscitado pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL em face dos Juízos Federais e de Direito acima indicados, objetivando "ver definido o juízo competente para o julgamento de diversas demandas de índole coletiva e individual, cujo objeto é a discussão a respeito da validade da assinatura básica cobrada pelas operadoras de serviço de telefonia fixo comutado - STFC, tarifa esta autorizada contratualmente pela ora suscitante" (fl. 7), sob alegação, em síntese, de que (a) a primeira demanda coletiva foi ajuizada, em 04.05.2000 perante o Juízo da 3ª Vara Federal de Caxias do Sul, RS, tendo sido, em 22.02.2001, redistribuída para a 6ª Vara Federal de Porto Alegre, RS; (b) posteriormente, várias outras ações, individuais e coletivas, foram propostas, com idêntico objeto, em todos os Estados da Federação; (c) tendo em vista que o dano apontado é de âmbito nacional, a competência para as ações coletivas é da comarca do Distrito Federal; (d) a insegurança jurídica resultante da possibilidade de decisões divergentes, algumas com eficácia em todo o território nacional, impõe a reunião das ações; (e) estando sediada na Capital Federal, é parte passiva em todas as ações; (f) a teor dos arts. 2º, § único, da Lei 7.347/85 e 103 do CPC, é possível a reunião por conexão não apenas das ações civis públicas, mas ainda das demandas individuais; (g) existem já provimentos judiciais discrepantes, uma vez que alguns juízes determinaram liminarmente a suspensão da cobrança, ao passo que outros a mantiveram, restando a agência reguladora, ora suscitante, sem saber se deve proibir ou permitir a cobrança da tarifa de assinatura básica. Pretende o reconhecimento da competência da 2ª Vara Federal de Brasília, DF, ou, sucessivamente, o da 6ª Vara Federal de Porto Alegre, RS, ao qual ocorreu a distribuição da primeira ação coletiva.

Ajuizado o conflito durante o recesso forense, coube ao Ministro Presidente a apreciação do pedido liminar, que deferiu em parte, "para determinar o sobrestamento dos processos (ações coletivas) em trâmite perante os diversos Juízos Federais aqui indicados, designando o Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes" (fl. 1742), alinhando as seguintes considerações principais:

"Em todas as demandas aqui envolvidas se busca a tutela de direitos do consumidor, decorrentes de origem comum – validade da cobrança da assinatura básica, pelas operadoras de serviço de telefonia fixo comutado - STFC –, tarifa essa contratualmente autorizada pela ANATEL, ora suscitante. Indiscutível, pois, a conexão das ações. E o risco de decisões contraditórias, se julgadas tais ações separadamente.

(...) Portanto, o dano supostamente existente atinge a todos os consumidores na mesma situação, em todo o país; é, portanto, dano de âmbito nacional. A ANATEL, que

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

integra o pólo passivo de todas as ações, tem sede em Brasília/DF.

O Código de Defesa do Consumidor, art. 93, II, expressa a competência para a causa do *'foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente'*. O CPC, art. 100, IV, estabelece a competência do foro *'do lugar, a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica'*.

É certo que pelo critério da prevenção seria competente, para as ações coletivas, o Juízo da 6ª Vara Federal de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, onde distribuída a primeira ação (CPC, arts. 103 e 106). Também não desconheço precedente desta Corte nesse sentido (CC 35.590-RJ).

Todavia, aqui se aliam elementos outros, como o foro privilegiado da ANATEL, a norma da Lei 8.078/90, art. 93, II, e o fato de haver várias ações coletivas (e individuais) espalhadas por todo o território nacional, a aconselhar o temperamento das regras.

(...)

Nessa linha, e por uma questão puramente de política judiciária, de bom senso, de priorizar o interesse público, aqui afeiçoado ao bem comum, tenho por conveniente que seja definida a competência do Juízo Federal de Brasília, Seção Judiciária do Distrito Federal, para essas ações coletivas, eis que interessa a todos os consumidores do Brasil, e é muitíssimo mais fácil vir do Ceará ou de Minas Gerais ao Distrito Federal, localizado no centro do país, do que ir ao Rio Grande do Sul. Mais fácil, mais rápido e mais barato.

Quanto às ações individuais, em tramitação na Justiça Federal e na Justiça Estadual, a sua reunião às ações coletivas não se mostra possível, vez que implicaria alteração de competência absoluta, que não permite ser modificada por conexão (CPC, art. 102). (...)

Podem, portanto, as ações individuais tramitar independentemente das ações coletivas. Ao depois, vale realçar que o Código de Defesa do Consumidor veio para inovar, para proteger o direito do consumidor, hipossuficiente, e, assim sendo, não se afigura razoável, pelo ângulo lógico e prático, que seja o consumidor, pessoa física ou jurídica, obrigado a se deslocar de seu domicílio para litigar com a concessionária de serviço público. Isso seria o mesmo que lhe negar acesso à Justiça, ao direito de ação constitucionalmente assegurado." (fls. 1739-1742)

Pela petição de fls. 2679-2689, pleiteou Brasil Telecom S/A seu ingresso no presente Conflito na qualidade de assistente litisconsorcial da suscitante, sob alegação de que, sendo também concessionária do STFC, tem interesse no deslinde do feito, devendo poder apresentar suas razões de mérito, bem assim noticiar a existência de outras demandas, "sobre as quais a liminar deve ter seus efeitos estendidos". Informou ter contra si ajuizadas mais de 15.000 ações. Sustenta que, tendo a ANATEL requerido a reunião das ações, evidencia-se seu interesse jurídico na solução da controvérsia, de sorte que, nos termos da Súmula 150/STJ, sua apreciação é de competência da Justiça Federal. Pediu, além do deferimento do ingresso e da extensão dos efeitos da liminar, a reunião da totalidade das ações perante a 2ª Vara Federal de Brasília, DF, ou, sucessivamente, caso se entenda pela reunião apenas das ações coletivas, perante a 4ª Vara Federal de Brasília, DF, ao qual foi distribuída a primeira dessas ações. Requer, finalmente, a anulação da totalidade dos atos decisórios dos juízos incompetentes. O relator, Min. Francisco Falcão, deferiu os pedidos de ingresso e de sobrestamento das ações individuais e coletivas, em trâmite na Justiça Federal e Estadual, bem assim a suspensão dos efeitos das liminares concedidas, designando para resolver sobre medidas urgentes o Juízo da 2ª Vara Federal de Brasília, DF (fls. 4171-4172 e 4177-4179).

Superior Tribunal de Justiça

Idêntico pedido foi formulado por Companhia de Telecomunicações do Brasil Central - CTBC Telecom e por CTBC Celular S/A (fls. 4387-4399), e igualmente deferido pelo relator (fl. 4600).

Brasil Telecom S/A veio aos autos, pela petição de fls. 4762-4763, pugnando pela suspensão de novas ações, ajuizadas após a decisão liminar.

O Ministério Público, no parecer de fls. 5461-5470, opina (a) pelo reconhecimento da competência da Justiça Federal, em função da existência de interesse jurídico da ANATEL, com o conseqüente deslocamento das ações propostas perante a Justiça Estadual; (b) pela competência da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para as ações coletivas, em virtude do âmbito nacional do dano (art. 93, II, do CDC) e de estar a ANATEL sediada em Brasília, DF; (c) pela competência da Seção Judiciária Federal do domicílio do autor ou na Vara Federal mais próxima, nas ações individuais, de modo a facilitar o acesso à Justiça pelo consumidor; (d) pela competência do Juizado Especial Federal Cível, para o julgamento das ações que se enquadrarem nos requisitos da Lei 10.259/01, já que a competências dos Juizados, onde forem instalados, é absoluta (art. 3º da Lei 10.259/01).

CTBC Telecom (fls. 5494-5496 e 5512-5514) pede a extensão da liminar aos processos cujos números arrola.

As fls. 5540-5544, autores de ações individuais pedem sua admissão no presente Conflito na condição de "litisconsortes passivos", bem assim o prosseguimento de seus feitos.

As fls. 5613-5618, autor de ação individual pede o reconhecimento da competência da Justiça Estadual, defendendo ainda a impossibilidade de que ação já sentenciada seja atingida pelos efeitos deste Conflito.

Por fim, a Associação Nacional de Defesa e Informação do Consumidor - ANDICOM formula pedido de reconsideração da decisão que determinou a paralisação da ação civil pública por ela proposta perante a 6ª Vara Federal do Rio Grande do Sul, afirmando ter por objeto questão distinta daquela referente à tarifa de assinatura básica (fls. 5688-5691).

O relator conheceu do conflito de competência e declarou competente o Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para os feitos coletivos, sobrestando as ações individuais, incluídas as da Lei 10.259/2001, à consideração de que (a) "evidenciado o interesse jurídico da ANATEL nos processos em trâmite, necessária a sua intervenção nas lides como litisconsorte passiva necessária, o que desloca a competência para a Justiça Federal, a teor do art. 109, inciso I, da CF/88, em face da natureza autárquica de tal entidade"; (b) em atenção aos princípios da economia processual e da segurança jurídica, devem ser reunidas as ações coletivas em um só juízo, que será, no caso, o do Distrito Federal, diante da abrangência nacional do dano e do fato de ter a agência reguladora sede em Brasília; (c) quanto aos feitos individuais, devem tramitar no foro dos consumidores, pela necessidade de facilitar o acesso à justiça à parte hipossuficiente, sendo que, onde houver Juizados Especiais, perante eles deverão ser processados, uma vez atendidos os requisitos da Lei 10.259/01; (d) tendo em vista a possibilidade de decisões conflitantes, e "levando em conta os efeitos *erga omnes* resultantes do julgamento de mérito das ações coletivas já ajuizadas e a possibilidade legal de que haja a suspensão de processos caso a sentença de mérito dependa do julgamento de outra causa, conforme reza o art. 265, IV, 'a', do Código de Processo Civil", as ações individuais ajuizadas devem ser sobrestadas até o julgamento das ações coletivas, suspensão esta que também está prevista no art. 104 do CDC. Foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux e João Otávio de Noronha.

Pedi vista.

2. Algumas premissas conceituais são importantes para a solução da controvérsia aqui posta. A competência originária dos Tribunais é para julgar de conflitos de competência. E, no que se refere ao STJ, é para julgar conflitos de competência entre tribunais ou entre tribunal e juízes a

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

ele não vinculados ou entre juízes vinculados a tribunais diversos (CF, art. 105, I, *d*). Ora, não se pode confundir conexão de causas ou incompetência de juízo com conflito de competência. A incompetência, inclusive a que porventura possa decorrer da conexão, é controlável, em cada caso, pelo próprio juiz de primeiro grau, mediante exceção, em se tratando de incompetência relativa (CPC, art. 112), ou mediante simples arguição incidental, em se tratando de incompetência absoluta (CPC, art. 113).

Ocorre conflito de competência nos casos do art. 115 do CPC, a saber: "I - quando dois ou mais juízes se declaram competentes; II - quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes; III - quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos". No caso dos autos, nenhuma dessas situações está configurada. Não foi demonstrada, nem sequer alegada a existência de manifestação de juízes disputando a competência ou afirmando a incompetência em relação às demandas elencadas na petição.

3. A simples possibilidade de sentenças divergentes sobre a mesma questão jurídica não configura, por si só, conflito de competência. Não existe, em nosso sistema, um instrumento de controle, com eficácia *erga omnes*, da legitimidade (ou da interpretação), em face da lei, de atos normativos secundários (v.g., resoluções) ou de cláusulas padronizadas de contratos de adesão. Também não existe, nem mesmo em matéria constitucional, o instrumento da avocação, que permita concentrar o julgamento de múltiplos processos a respeito da mesma questão jurídica perante um mesmo tribunal e, muito menos, perante juiz de primeiro grau. Assim, a possibilidade de decisões divergentes a respeito da interpretação de atos normativos, primários ou secundários, ou a respeito de cláusulas de contrato de adesão, embora indesejável, é evento previsível, cujos efeitos o sistema busca minimizar com os instrumentos da uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476), dos embargos de divergência (CPC, art. 546) e da afetação do julgamento a órgão colegiado uniformizador (CPC, art. 555, § 1º), dando ensejo, inclusive, à edição de súmulas (CPC, art. 479) e à fixação de precedente destinado a dar tratamento jurídico uniforme aos casos semelhantes. Mas a possibilidade de sentenças com diferente compreensão sobre a mesma tese jurídica não configura, por si só, um conflito de competência.

Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, freqüentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que é resolvido pela aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), na redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

No caso dos autos, porém, nem essa espécie de conflito positivo existe. O objeto das demandas aqui examinadas não são direitos transindividuais (difusos ou coletivos), e sim direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Nessas circunstâncias, a multiplicidade de ações a respeito pode certamente acarretar o risco de sentenças divergentes sobre a tese jurídica debatida, mas não, necessariamente, em causas envolvendo os mesmos sujeitos. Com efeito, veja-se.

4. Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — que, por não terem titular determinado, são, necessariamente, tutelados em regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito). O sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), entretanto, evidencia que entre a ação coletiva e as ações

Superior Tribunal de Justiça

individuais promovidas pelos próprios titulares desses direitos não há litispendência (CDC, art. 104), nem possibilidade de decisões antagônicas. A Lei confere ao titular do direito individual a opção de se vincular ou não à ação coletiva (CDC, art. 94). Caso opte por não se vincular, propondo ou dando seguimento à sua ação individual, o demandante ficará vinculado ao resultado da sua própria demanda, independentemente do que vier a ser decidido na ação coletiva. Isso porque a sentença da ação coletiva somente tem eficácia expansiva (a) em caso de procedência (= para beneficiar os titulares do direito individual) e (b) em favor dos que não propuseram ou que suspenderam o curso de ações individuais (CDC, arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104). Desse conjunto normativo colhe-se (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva superveniente, (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Ora, se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.

Por outro lado, a existência de várias ações coletivas também não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas pessoas. É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em benefício de quem se pede tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações. Pelo contrário: o normal é que sejam pessoas diferentes. Realmente, em se tratando de tutela de direitos individuais homogêneos, há pelo menos três fatores de limitação do âmbito subjetivo dos substituídos, a saber: (a) a representatividade do órgão ou entidade autor da demanda coletiva (= substituto processual), (b) o pedido formulado na demanda e (c) a eficácia subjetiva da sentença imposta por lei, que "*abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator*" (Lei 9.494/97, art. 2º-A, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35/2001).

5. As ações coletivas elencadas no presente conflito ilustram claramente essas limitações, afastando, conseqüentemente, a superposição das pessoas beneficiadas em cada uma delas. Eis o rol dessas ações coletivas, divididas segundo o Estado em que foram propostas:

	autor(es)	réu(s)	seção judiciária
RS	Ministério Público Federal	União; ANATEL; Embratel; CRT	6ª Vara Federal de Porto Alegre
SP	Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São José dos Campos e Região	ANATEL; TELESP	3ª Vara Federal de São José dos Campos
	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor	ANATEL; Brasil Telecom; CTBC Telecom; Sercomtel; Telemar Norte Leste; TELESP	9ª Vara Federal de São Paulo
PR	Ministério Público Federal	União; ANATEL; Embratel; TELEPAR	3ª Vara Federal e Juizado Especial Federal de Cascavel
	Ministério Público Federal	União; ANATEL; Embratel; TELEPAR	1ª Vara Federal e Juizado Especial Federal de Foz do Iguaçu
	Ministério Público Federal	União; ANATEL; Brasil Telecom; Sercomtel; GVT; Vivo; TIM Sul; Claro	1ª Vara Federal de Londrina
SC	PROCON - Departamento Municipal de Defesa do Consumidor	ANATEL; Brasil Telecom	Vara Federal e Juizado Especial Federal de Concórdia

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

	PROCON - Coordenadoria Municipal de Defesa do Consumidor	ANATEL; Brasil Telecom	1ª Vara Criminal e Juizado Especial Federal de Chapecó
	PROCON - Programa de Defesa do Consumidor	ANATEL; Brasil Telecom	Vara Federal e Juizado Especial Federal de Lages
	Sindicato dos Pescadores do Estado de SC	ANATEL; Brasil Telecom	Vara Federal Ambiental de Florianópolis
BA	Ministério Público Federal	ANATEL; Telemar Norte Leste	1ª Vara Federal de Salvador
MG	Associação Municipal de Proteção ao Consumidor e ao Meio Ambiente	ANATEL; CTBC	3ª Vara Federal de Uberlândia
CE	Ministério Público Federal	ANATEL; Telemar Norte Leste	2ª Vara Federal de Fortaleza
RJ	Associação Nacional Centro de Cidadania em Defesa do Consumidor e Trabalhador	ANATEL; Telemar Norte Leste	20ª Vara Federal do Rio de Janeiro
	Instituto Nacional de Defesa do Cidadão Consumidor	ANATEL; Telemar Norte Leste	1ª Vara Federal de Petrópolis
MT	OAB/MT	ANATEL; Brasil Telecom; GVT	Vara Federal de Cuiabá
GO	PROCON (Superintendência de Proteção dos Direitos do Consumidor) - Goiás	ANATEL; Brasil Telecom; GVT; Telegoiás; Americel; TIM Centro-sul	6ª Vara Federal de Goiânia

Como se percebe, várias das ações coletivas foram propostas por órgãos municipais de defesa do consumidor, a significar que os substituídos processuais (= beneficiados) são apenas os consumidores do respectivo município. Outras foram propostas por Sindicatos (com base territorial limitada) ou por associações, em favor dos membros da categoria indicados em listagem anexada à inicial, os quais, portanto, são os únicos possíveis beneficiados com a sentença de procedência. E, finalmente, há as demandas coletivas, nomeadamente as propostas pelo Ministério Público, em que a eficácia subjetiva do pedido (e, portanto, da sentença) está, expressa ou implicitamente, limitada aos titulares domiciliados no âmbito territorial do órgão prolator.

Ante as circunstâncias do caso, não se evidencia, em nenhuma das ações relacionadas pelo Suscitante, a superposição de ações envolvendo os mesmos substituídos. Assim, ainda que se admita tratar-se de ações conexas, com a possibilidade de decisões divergentes sobre a tese jurídica debatida nas várias demandas, coletivas e individuais, é certo que não há demonstração alguma de que as decisões divergentes atinjam os mesmos assinantes. Fica descartada, portanto, sob esse aspecto, a existência de conflito positivo de competência.

Ainda a propósito, cumpre observar que o possível conflito (de ocorrência improvável, dadas as limitações subjetivas no âmbito da substituição processual de cada demanda), eventualmente estabelecido em face da existência de mais de uma demanda no âmbito de um mesmo Estado ou de mesma base territorial, seria conflito a ser dirimido não pelo STJ, mas pelo Tribunal Regional Federal a que estejam vinculados os juízes porventura conflitantes.

6. É importante atentar, finalmente, para os limites da cognição originária dos tribunais na apreciação das questões relacionadas com a competência para a causa. Ainda que se admita a hipótese de haver incompetência de juízo em relação a alguma das ações indicadas pelo Suscitante, esse vício não pode ser corrigido originariamente pelos tribunais, a não ser quando instalado um conflito de competência, sendo que, conforme já salientado, o eventual conflito de competência entre juízes subordinados ao mesmo tribunal deve ser decidido por esse tribunal local, e não pelo STJ.

Ademais, não se pode confundir incompetência de juízo com ilegitimidade das partes. É

Superior Tribunal de Justiça

absolutamente inviável que, a pretexto de julgar conflito de competência, o tribunal faça, em caráter originário, sem o crivo das instâncias ordinárias, um julgamento a respeito da legitimidade das partes. Portanto, mesmo nos casos em que as partes processuais (= as indicadas na inicial) não sejam as partes legítimas (= as que, por força de lei, deveriam figurar no processo), o conflito de competência deve ser apreciado e julgado *secundum eventum litis*, vale dizer, em conformidade com o estado atual do processo. Não cabe, no julgamento de conflito, apreciar a legitimidade das partes e muito menos incluir ou excluir figurantes da relação processual. Aliás, nem mesmo o juiz da causa pode, de ofício, determinar a inclusão de terceiro na relação processual, ainda que se trate de litisconsorte passivo necessário. Até nessa extrema hipótese, a inclusão do litisconsorte só pode ocorrer mediante pedido expresso da parte autora (CPC, art. 47, § único).

7. Reitera-se, no particular, a jurisprudência já assentada no STJ, de que é exemplo o AgRg no CC 47.497/PB, julgado por essa 1ª Seção e de que fui relator (DJ de 09.05.2005), com a seguinte ementa:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PROPOSTA CONTRA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. CONFLITO DIRIMIDO DE ACORDO COM A SITUAÇÃO OBJETIVAMENTE POSTA NA DEMANDA E DAS PARTES EFETIVAMENTE ENVOLVIDAS NO PROCESSO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A competência para a causa é fixada levando em consideração a situação da demanda, tal como objetivamente proposta. Em se tratando de competência em razão da pessoa, o que se considera são os entes que efetivamente figuram na relação processual, e não os que dela poderiam ou deveriam figurar, cuja participação é fato futuro e incerto, dependente do que vier a ser decidido no curso do processo.

2. A competência federal prevista no art. 109, I, da CF, tem como pressuposto a efetiva presença, no processo, de um dos entes federais ali discriminados.

3. No caso concreto, bem ou mal, a demanda foi proposta apenas em face de concessionária de serviço público, pessoa jurídica de direito privado. Enquanto assim permanecer a situação, a competência para a causa é da Justiça Estadual. Caso, no futuro, o processo receber a presença de um ente federal, a competência será deslocada para a Justiça Federal, nos termos, aliás, preconizados pela Súmula 150/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento".

Eis o voto de relator então proferido:

"2. Sobre o tema, em caso análogo (Conflito de Competência 39.824-MG, DJ de 19.12.2003) proferi voto no seguinte sentido:

"1. A competência cível da Justiça Federal está definida na Constituição. A regra básica é a do art. 109, I, que atribui aos juízes federais a competência para 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". O critério definidor da competência, como se percebe, é *ratione personae*, isto é, leva em consideração a natureza das pessoas envolvidas no processo. É irrelevante, para esse efeito e ressalvadas as exceções mencionados no texto constitucional, a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do pedido postos na demanda. Ao lado desse *requisito subjetivo* (a qualidade da pessoa jurídica interessada) a Constituição agrega um *requisito objetivo*: a *efetiva presença* dessa pessoa na relação processual, que

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

deverá, necessariamente, nela ser figurante na condição de autor, ou de réu, ou como assistente ou como oponente.

2. Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência sempre salientaram a indispensabilidade da conjugação desses dois requisitos como pressuposto necessário à fixação da competência federal. Na doutrina, Athos Gusmão Carneiro (*Jurisdição e Competência*, Saraiva, 128 edição, de 2002, págs. 160/161 e 165/166), observa: "A competência das "jurisdições especiais", como já foi dito (verbetes n. 17 a 21), é aquela prevista taxativamente na Constituição da República; por exclusão, as demais causas são processadas e julgadas perante a Justiça comum, ou Justiça ordinária, integrada pelos juízes e tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Lei ordinária, ou mesmo lei complementar não poderá ampliar nem restringir a competência das "jurisdições especiais..." (...) No plano cível, a competência da Justiça Federal de primeira instância define-se *ratione personae*, pela condição como parte (ou como assistente da parte) da União, entidade autárquica ou empresa pública (ou fundação) federal- CF, art. 109, I -, bem como nos casos de demandas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País - CF, art. 109, II (se em lugar do Município, ou da pessoa física, for interessada a União, Estado-Membro ou o Distrito Federal, competente originariamente será o STF - CF, art. 102, I, e), e bem assim nos casos de mandado de segurança ou habeas data impetrados contra ato de autoridade federal- CF, art. 109, VIII. (...) **Em assim sendo, é irrelevante para fixar a competência cível da Justiça Federal a circunstância de ser objeto da lide matéria que possa ser considerado de alto interesse da União, salvo se esta (ou entidade pública federal) participa da causa como parte, ou vier a participar como interveniente.**" (sem grifos no original) Vladimir Souza Carvalho (Competência da Justiça Federal, 4ª ed., Juruá Editora, 2000, págs. 26/27): "Dentro da competência cível geral, lastreada no inc. I, do art. 109, apenas três pessoas jurídicas gozam do privilégio do foro no juízo federal: A União, as entidades autárquicas e as empresas públicas federais. No campo delimitado pelo inc. I, do art. 109 - reprodução do inc. I, do art. 125, da Carta anterior -, **para que se firme a competência da Justiça Federal, necessário que o ente federal figure na causa como autor, réu, assistente ou oponente.** Ou a competência dos juízes federais condiciona-se que o ente federal ocupe a posição processual de autor, réu, assistente ou oponente (Min. Eduardo Ribeiro, CC 6.870-SE, DJU 27.08.87, p. 17.371, AI 54.207-SP, DJU 11.10.88, p. 25.960, CC 2.146-0-GO, DJU-I 09.09.92, p. 14.320). No referido inciso está a regra geral da competência para apreciação e julgamento das ações contra a União, autarquias federais e empresas públicas federais (Min. Lauro Leitão, AI 42.147-MG, DJU 13.10.83, p. 15.690) e as ações por elas movidas, respeitadas as exceções constitucionais. Sendo a competência em razão das três pessoas e, portanto, *ratione personae*, **não há, nos termos do inciso reportado, competência da Justiça Federal para processar e julgar causa em que as referidas entidades federais de direito público sequer figuram no feito.** Exceto nos casos dos itens III, VIII, IX, do art. 125, CF/69, a competência da Justiça Federal, na jurisdição cível, é *ratione personae*. Determina-se pela presença da União, suas autarquias ou empresas públicas na relação processual como parte, assistente ou oponente (Min. Geraldo Sobral, CC 4. 783-SP, DJU 30.06.83, p. 9.833; Min. Sebastião Reis, CC 3.553-MA, RTFR 80, p. 6). Não estando as partes entre as pessoas descritas no art. 109, inc. I, CF, a competência para o processamento e julgamento do feito refoge à Justiça Federal. Quando na causa não se apresenta qualquer das pessoas constantes do elenco do art. 109, nem o tema sobre que versa a demanda fica situado na moldura que a referida norma traça, da Justiça Federal não é a competência para o

Superior Tribunal de Justiça

feito (Juiz Silveira Bueno, AI 438-SP, RTRF-3ª Região, n. 11 p. 25; Min. Fontes de Alencar, CC 6.137-7-MG, DJU-I, 07.03.94, p. 3.617). A presença dos três entes federais é de tal forma importante que o Min. Miguel Ferrante chega a frisar que a **competência constitucional da Justiça Federal, por ser *ratione personae*, tem sua fixação condicionada à participação efetiva, na causa, daquelas pessoas jurídicas a que se refere o inciso em objeto** (CC 7.909-RS, DJU 29.08.88, p. 21.207), salientando por seu turno, o Min. Cláudio Santos que cabe à justiça estadual julgar a ação em que não figure na relação qualquer das pessoas jurídicas mencionadas no art. 109, I, da Constituição (CC 11.551-SP, DJU-I 10.04.95, p. 9.244). Ou, como afirma o Min. Fontes de Alencar, da justiça comum estadual é a competência se na causa não se acha ente que reclame a da Justiça Federal (CC 16.539-RGS, DJU-I 26.05.97, p. 22.467). Inexiste competência federal quando o objeto da lide resume-se à controvérsia entre particulares. **Ou seja, não integrando a relação processual qualquer das pessoas elencadas no art. 109, I, CF, não há justificativa para ser declarada a competência da Justiça Federal.** (Juíza Maria Lúcia Luz Leira, AC 95.45914-5- RS, DJU-II 29.11.95, p. 82.798; Min. César Rocha, CC 14. 436-AL, DJU-I 06.05.96, p. 14.362)." (sem grifos no original). Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (*Competência Cível da Justiça Federal. Saraiva*, 1998, págs. 34/35 e 65), da mesma forma, entende: "A competência da Justiça Federal é taxativa e vem elencada numerus clausus na Constituição da República, arts. 108 e 109, não comportando a ampliação das hipóteses previstas por norma infraconstitucional (...). **Os casos *ratione personae* decorrem da presença da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autoras, réas, assistentes ou oponentes** (CR, art. 109, I) (...) O texto constitucional estabelece que a atuação das pessoas federais descritas deve dar-se na condição de autor, réu, assistente ou oponente..." (sem grifos no original).

3. Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Veja-se: "COMPETÊNCIA. JUIZ FEDERAL. Não é possível deslocar a competência, ao juiz federal, para processar e julgar ação de cobrança, entre particulares, sem que suceda intervenção da União, ou de autarquia federal, ou de empresa pública federal, a teor do art. 109, da Constituição, na condição de autora, ré, assistente ou oponente. Hipótese em que o BNH, ou seu sucessor, não interveio no feito. Conflito conhecido para declarar-se a competência do Tribunal de Justiça suscitado." (CJ 6866/ES, Tribunal Pleno, Min. Neri da Silveira, DJ de 24/02/89) "CONSTITUCIONAL. JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA. C.F., ART. 109, I. I. - Nenhuma das pessoas públicas que determinariam a competência da Justiça Federal- C.F., art. 109, I - participa da demanda. Não há falar, portanto, em competência da Justiça Federal. II. - R.E. inadmitido. Agravo não provido." (Ag. Reg. Ag. Instrumento 204619/SP, 2ª T., Ministro Carlos Velloso, STF, DJ de 06/03/98). "JURISDIÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. JUSTIÇA ESTADUAL. Compete à Justiça Estadual, e não à Federal, processar e julgar ações cautelar e de conhecimento (declaratória), propostas por alunos contra estabelecimento particular de ensino superior, mesmo quando se discuta interpretação de normas federais a este relativas, quando não ocorre qualquer das hipóteses previstas no art. 125, inciso I, nem se impugna ato de seu diretor mediante mandado de segurança (inciso VIII). Conflito negativo conhecido e declarada a competência da Justiça Estadual." (STF: CJ 6692/RS, Pleno, Min. Sydney Sanches, DJ de 24/06/88.) Nesse último precedente (CJ 6692/RS), o Ministro Sydney Sanches consignou em seu voto: "Trata-se, como se viu do relatório, de uma ação cautelar e outra de conhecimento, esta de natureza declaratória, propostas por alunos contra a Faculdade de Zootecnia, Veterinária e Agronomia de Uruguaiana, em que se discute interpretação de normas federais de

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

ensino superior. Nelas não figuram, como autoras, réis, assistentes ou oponentes, a União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Não incide, pois, no caso, o disposto no item I do art. 125 da Constituição Federal. Mesmo em se admitindo que a ré esteja a exercer, como entidade privada de ensino, função delegada pelo Poder Público, não é como autoridade coatora que figura no processo, pois não se trata de mandado de segurança. E a competência da Justiça Federal só tem sido afirmada, nesta Corte, em controvérsia dessa espécie, quando se trata de mandado de segurança, face ao disposto no inciso VIII do art. 125 da C.F. como ocorreu, por exemplo, no RE nº 101.110-SP, 2ª. Turma. j. a 28/6/1984, relator eminente Ministro DJACI FALCÃO: "Ensino superior ministrado por estabelecimento particular. Competência da Justiça Federal para o julgamento de ato praticado pelo seu Diretor. Dissídio com a Súmula nº 155 do Tribunal Federal de Recursos. Aplicação do art. 125, VIII, da Constituição da República. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RTJ - 111/779, caso de mandado de segurança). "MANDADO DE SEGURANÇA. Competência. Estabelecimento de Ensino Superior. Compete à Justiça Federal o conhecimento e julgamento de mandado de segurança impetrado por aluno contra ato do Diretor de estabelecimento particular de ensino superior, visto que o indigitado coator exerce atividade delegada pela União. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RTJ 111/452, relator Ministro SOARES MUÑOZ - 1ª. T.). Isto posto e adotando, no mais, o que ficou dito pelo MM. Juiz Suscitante (fls. 3/5) e no parecer do Ministério Público Federal (fls. 14/17), conheço do conflito de jurisdição, com base no art. 119, I, "e", segunda hipótese, e declaro a competência da Justiça Estadual, para dar seqüência ao processo, devendo, pois, o E.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, (suscitado) prosseguir no exame do conflito de competência entre os MM. Juizes de Direito da 1ª Vara Cível Regional do Partenon da comarca de Porto Alegre e da 2ª. Vara Cível da comarca de Uruguaiana (v. fls. 8/10)."

4. Também, deste STJ, desde seus primórdios, seguindo o que já decidia o extinto TFR, há precedentes na mesma linha: "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. ENSINO SUPERIOR. ESTABELECIMENTO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. AÇÃO CAUTELAR. MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA 15-TFR.I- A Súmula 15-TFR, a dizer que compete à Justiça Federal julgar mandado de segurança contra ato que diga respeito ao ensino superior praticado por dirigente de estabelecimento particular, diz respeito apenas ao mandado de segurança. é que, neste caso, o dirigente de estabelecimento de ensino particular se equipara à autoridade, já que exerce atividade delegada do poder público federal. Tratando-se, entretanto, de ação comum - medida cautelar - a competência somente será da Justiça Federal se na causa intervier qualquer dos entes públicos indicados no art. 109, I, da Constituição. II- Conflito julgado precedente. Competência do Juízo Estadual." (STJ: CC 148/DF, 1ª S, Min. Carlos Veloso, DJ de 20/11/89). PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - ESTABELECIMENTO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR - RECUSA DE MATRÍCULA - ART. 109, I E VIII, C. F. -INTERPRETAÇÃO DA SUMULA 15 - TFR - 1. A tratar, de ato impugnado via "mandamus" revelador do exercício de delegação ajustada a vontade ou determinação de autoridade federal (diretamente ou longa manus), nos limites da delegação, a competência é da Justiça Federal. 2. Quando, porém, o ato corresponde a típica atividade administrativa interna corporis, originariamente ditada nos estatutos e regimento de estabelecimento particular de ensino superior ou não governamental, de regra, a competência deve ser cometida à Justiça Estadual. 3. No caso, instalado o litúgio motivando ação cautelar inominada, ausentes da relação processual a União Federal ou alguma de suas autarquias ou empresas públicas (art. 109, I, CF.), a

Superior Tribunal de Justiça

competência está aprisionada à Justiça Estadual. 4. Conflito conhecido e declarada a competência do juiz estadual suscitado." (CC 7322/MG, 1ª S., Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 18/04/94). "CONFLITO DE COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA. A Justiça Federal é competente para processar e julgar mandado de segurança, imputando ilegalidade de dirigente de estabelecimento particular de ensino superior, nos limites da delegação. Todavia, observa-se a regra geral quando se trata de outro processo." (CC 730/RS, 1ª S., Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 13/11/89). "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ENSINO SUPERIOR. Se a controvérsia diz respeito ao ensino superior e se trava em mandado de segurança, a competência para dirimi-la é da Justiça Federal, quer se trate de universidade oficial quer se trate de estabelecimento particular, entendendo-se neste último caso que a autoridade impetrada age por delegação do Ministério da Educação (CF, art. 109, inc. VIII). Se o litígio se instala em processo cautelar ou em processo de conhecimento (sob o rito comum ou algum outro procedimento especial que não o do mandado de segurança), a competência para julgá-lo será da Justiça Federal se a universidade for federal e da Justiça Estadual se a instituição de ensino for particular, salvo se dele participar - como autora, ré, assistente ou oponente - União Federal, alguma de suas autarquias ou empresas públicas (CF, art. 109, inc.I). Hipótese em que a ação ordinária foi proposta por particular contra instituição, privada, de ensino. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 6a. Vara Cível de São Gonçalo, RJ." (CC 19409/RJ, 1ª.S., Min. Ari Pargendler, DJ de 06/10/1997). "Competência. Conflito. Juízo Estadual e Juízo Federal. Demanda travada entre pessoas não elencadas no art. 109, I, da Constituição. Pretensão fundada em descumprimento de acordo firmado entre as partes. Não figurando a União, autarquia, ou empresa pública federal, como autora, ré, assistente, ou oponente, não se justifica sejam os autos remetidos à Justiça Federal, cuja competência constitucional é taxativa e restrita aos casos previstos no art. 109 da Constituição" (STJ, 2ª. Seção, CComp 94.0011805-RO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 29-3-1995, DJ, 17 abr. 1995, p. 9552). "Competência - Justiça Federal/Justiça Estadual. Eventual interesse da União, ou de outro ente federal, não basta para que se firme a competência do foro federal. Necessário que figure como autora, ré, assistente ou oponente. Cabe ao autor eleger com quem pretende litigar em juízo, assumindo os riscos de eventual erro na escolha. Do equívoco poderá resultar que perca a demanda, mas a pretensão haverá de ser decidida tal como formulada. Ainda em caso de litisconsórcio necessário, o juiz determinará que o autor promova a citação. Se não o fizer, extingue-se o processo, mas, não será forçado a contender com quem não queira. Hipótese em que o réu é ente estadual, não se podendo concluir pela competência federal, apenas por ser firmar um possível interesse da União que, entretanto, não é parte no processo" (STJ, 3ª T., REsp 94.0043531-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 26-4-1994, DJ, 23 maio 1994, p. 12606). "Competência. Concurso de Preferência. Intervenção de Autarquia Federal. Ocorrendo simples intervenção da autarquia, sem ostentar a condição de autora, ré, assistente ou oponente, a competência não se desloca para a Justiça Federal. Precedentes do STF, do extinto TFR e do STJ. Conflito conhecido e declarado competente o suscitado" (STJ, 2ª Seção, Ccomp 90.0001576-RS, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10-4-1991, DJ, 27 maio 1991, p. 6936). "PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPOSTA PRÁTICA DE CARTEL. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL NO FEITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A competência da Justiça Federal somente será deslocada na causa em que a União, suas autarquias e suas fundações públicas participem efetivamente como autoras, ré, assistentes ou oponentes (art. 109, inc. I, da CF/88). 2. Conflito conhecido e declarada competente

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

a Justiça Estadual." (CC 34977/SP, 1ª S., Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 07/04/2003, votação unânime). Nesse último precedente, a Min. Laurita Vaz consignou em seu voto: "Como relatei, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em desfavor do AUTO POSTO CIDADE DE MARÍLIA LTDA. e OUTROS. Observa-se, deste modo, que a ação de defesa dos interesses coletivos e difusos sociais foi acoimada por ente legitimado em lei a propô-la, em desfavor de particulares, inexistindo, portanto, na hipótese, competência da Justiça Federal. O Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo que a competência da Justiça Federal somente será deslocada na causa em que a União, suas autarquias e suas fundações públicas participem efetivamente como autoras, ré, assistentes ou oponentes. Na espécie, então, pouco importa se existe interesse do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, ou da Agência Nacional do Petróleo - ANP, pois a Justiça Federal somente será competente a processar e julgar o presente agravo de instrumento se dele participar uma das pessoas referidas no art. 109, inc. I, da Constituição da República. Confira-se, a propósito, os seguintes julgados: "Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA POSITIVO - EMPRESA DE RÁDIODIFUSÃO - COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA - AÇÃO PROPOSTA POR PARTICULAR CONTRA PARTICULAR - INTERESSE DA UNIÃO NÃO CONFIGURADO - REMESSA DOS AUTOS PARA A JUSTIÇA FEDERAL - IMPOSSIBILIDADE. [...] - A União Federal, apenas, intervém no exercício da 'administração pública de interesses privados' para autorizar ou não a composição societária. O seu interesse, que motiva a intervenção da Justiça Federal é o manifestado como ré, assistente ou oponente - acerca do direito sub iudice. In casu, não está em jogo direito algum da entidade federal, mas uma providência a ser reclamada junto à União Federal para que se possa considerar validamente integrada a sociedade. Quando muito, haveria uma relação de prejudicialidade entre a autorização da União e o prosseguimento do processo ordinário cível entre os particulares.[...] (CC n.º 34.200/GO, rel. p/acórdão Min. LUIZ FUX, DJ de 23/09/2002, p. 0218). "Ementa: PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. O interesse da União, de suas autarquias e empresas públicas não basta para que a causa seja da competência da Justiça Federal; para isso é necessário que pelo menos uma dessas pessoas participe do processo na condição de autora, ré, assistente ou oponente. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Falências e Concordatas da Comarca do Rio de Janeiro." (CC n.º 30.917/DF, rei. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 23/04/2001, p. 00115)

5. Situação diferenciada é a do mandado de segurança e do *habeas-data*, aos quais a Constituição deu disciplina própria. Conforme estabelece o art. 109, VIII da Constituição, são da competência dos juizes federais os mandados de segurança e os *habeas-data* "contra ato de autoridade federal". A essas duas espécies de ações de natureza cível (e ao *habeas corpus*, no plano criminal), a Constituição deu tratamento especial e destacado, não apenas no que se refere à competência dos Juizes Federais, mas também em relação à competência dos demais órgãos do Poder Judiciário, como o STF (art. 102, I, d, i, e II, a), o STJ (art. 105, I, b, c; e II, a, b) e os TRFs (art. 108, I, c, d). Assim o fez, certamente, pela configuração própria que detém essas garantias constitucionais, diferente da que se estabelece nos procedimentos comuns. Nelas, a relação processual se instala validamente com a presença, não da própria pessoa jurídica, mas sim da "autoridade" praticante do ato ou responsável pela omissão que se visa a coibir. O critério continua, como no inciso I, sendo *ratione personae*, com a única peculiaridade de que, aqui, o que se leva em consideração não é o ente com personalidade jurídica (que até pode ser ente privado, em casos de atividade delegada) mas a autoridade detentora do plexo de competência para a prática do ato (ou da omissão) acoimado de causar lesão a direito líquido e

Superior Tribunal de Justiça

certo.

6. Ora, para efeito de mandado de segurança, a lei considera autoridade federal também o agente de entidade particular relativamente a atos praticados no exercício de função federal delegada (Lei 1.533/51, art. 1º, § 1º). Quanto ao ponto, era assim a jurisprudência já no antigo TFR (súmula 15), formada à luz da Constituição anterior, que tinha, no particular, normatização idêntica à atual.

7. São muitas as atividades de competência da União sujeitas a exercício por delegação (em forma de autorização, permissão ou concessão). Além das relativas ao ensino superior, podem ser elencadas, sem exaustividade, as do art. 21, XI e XII, da Constituição (serviços de energia elétrica, de telecomunicações, de radiodifusão, de navegação aérea ou espacial, de infra-estrutura aeroportuária, de transportes ferroviários e aquaviários, de transportes rodoviários interestadual e internacional de passageiros, de portos marítimos, fluviais e lacustres). Pois bem, relativamente aos atos praticados pelas pessoas de direito privado investidas de atividade delegada, seus atos, ou são de mera gestão interna ou são próprios e típicos da delegação que lhes foi conferida. Qualquer deles, obviamente, pode ser controlado pela via jurisdicional, mas apenas os da segunda espécie é que estão sujeitos a ataque pela via do mandado de segurança. É que tal remédio constitucional é indicado para controle de "ato de autoridade" (ainda que delegada), sendo incabível seu manejo quando se trata de ato de particular.

8. Assim, havendo mandado de segurança contra ato de entidade particular com função delegada, mostra-se logicamente inconcebível hipótese de competência estadual. É que, de duas uma: ou há, nesse caso, ato de autoridade (caso em que se tratará necessariamente de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou há ato de particular, e não ato de autoridade (caso em que o mandado de segurança será incabível). É inseparável, aqui, como se percebe, a relação entre as questões que dizem respeito à competência e ao cabimento do mandado de segurança. Ora, ao eleger a via da ação mandamental para tutelar seu direito, o impetrante está afirmando, explícita ou implicitamente, que o ato atacado é ato de autoridade (delegada), e não ato de particular. Bem ou mal, portanto, há indicação de que, no pólo passivo, figura autoridade federal. Saber se isso procede ou não constitui, nas circunstâncias, não matéria de competência, e sim do próprio cabimento da ação e da adequação do procedimento, tema que somente pode ser dirimido pelo próprio juiz da causa. É nessas circunstâncias e para esses efeitos que fará sentido a discussão a respeito da natureza do ato praticado, se ato próprio da atividade delegada ou mero ato particular de gestão. E o juiz competente para tal exame, na hipótese, só pode ser o federal, já que, afirmada - certa ou erradamente - a presença de autoridade federal na relação processual, cumpre ao juiz federal, e não ao estadual, decidir a respeito. É o princípio que inspirou a súmula 60/TFR: "Compete à Justiça Federal decidir da admissibilidade de mandado de segurança impetrado contra atos de dirigentes de pessoas privadas, ao argumento de estarem agindo por delegação do poder público federal". Não é por outra razão que a jurisprudência do STF e do STJ, acima transcrita, diferentemente do que se dá nos procedimentos comuns, é no sentido de que cabe sempre à Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança contra ato praticado por agente de entidade particular (nomeadamente em casos de ensino superior). Nesse sentido também: CC 31.846/SP, 2ª S., Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 06/02/2003; CC nº 19.409-RJ, 1ª S., Min. Ari Pargendler, DJ de 06/10/1997, CC nº 22.290-RJ, 1ª S., Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 26/04/1999; CC nº 30.297-DF, 1ª S., Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 28/05/2001; CC 35.721/RO, 1ª S., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 04/08/2003, julgado à unanimidade em 11/06/2003.

9. Em suma, relativamente à competência cível da Justiça Federal prevista na

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

Constituição (art. 109, I e VIII) podemos estabelecer as seguintes conclusões: a) Será da competência federal a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I), mesmo que a controvérsia diga respeito à matéria que não seja de seu interesse. Nesse último caso, somente cessará a competência federal quando a entidade federal deixar de figurar no processo; b) Não é da competência federal, e sim da estadual, por isso, a causa em que não figuram tais entidades, ainda que a controvérsia diga respeito à matéria que possa lhes interessar. Nesse último caso, a competência passará à Justiça Federal se e quando uma das entidades federais postular seu ingresso na relação processual, até porque "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas" (súmula 150/STJ). c) No que se refere a mandado de segurança, compete à Justiça Federal processá-lo e julgá-lo quando a autoridade apontada como coatora for autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular investido de delegação pela União. Nesse último caso, é logicamente inconcebível hipótese de competência estadual, já que, de duas uma: ou o ato é de autoridade (caso em que se tratará de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou o ato é de particular, e não ato de autoridade (caso em que o mandado de segurança será incabível), e só quem pode decidir a respeito é o juiz federal (súmula 60/TFR).

10. No caso concreto, trata-se de ação de procedimento comum movida por aluno contra entidade de ensino superior do Sistema de Ensino do Estado de Minas Gerais, o que evidencia a competência da Justiça Estadual, porque, além de tudo o que foi exposto acima, este Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que compete à Justiça Estadual julgar causas contra ato de dirigente de estabelecimento de ensino superior pertencente aos sistemas de ensino dos estados e municípios (CC 8.105-0/SP, 1ª S., Min. Hélio Mosimann, DJ de 12/12/94; CC 2855/PR, 1ª S., Min. José de Jesus Filho, DJ de 20/09/1993; CC 2856/PR, 1ª S., Min. Garcia Vieira, DJ de 29/06/1992; CC 18659/MG, 1ª S., Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 14/04/1997. Esse último ementado da seguinte forma: "COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE DIRIGENTE DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR. I - OS ESTADOS E OS MUNICÍPIOS, NOS TERMOS DA ATUAL CONSTITUIÇÃO, TÊM AUTONOMIA PARA ORGANIZAR E GERIR O SEU SISTEMA DE ENSINO, NÃO EXERCENDO, POIS, NA HIPÓTESE, ATIVIDADE DELEGADA DO PODER FEDERAL. II - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL". (CC 10567/MG, RELATOR MIN. ASFOR ROCHA - 1ª SEÇÃO, DJ DE 10/10/1994). Essa também era a orientação jurisprudencial do STF. Veja-se, por exemplo, o teor da ementa do RE 95722/SP, Tribunal Pleno, Min. Moreira Alves, DJ de 05/11/82, que, mesmo diante das inovações da CF/88, mantém-se atual: "COMPETÊNCIA. - EM FACE DO 'CAPUT' DO ARTIGO 177 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMPETE AOS ESTADOS-MEMBROS E AO DISTRITO FEDERAL ORGANIZAR SEUS SISTEMAS ADMINISTRATIVOS DE ENSINO, SENDO O SISTEMA FEDERAL MERAMENTE SUPLETIVO. - ASSIM, OS DIRIGENTES DE UNIVERSIDADES QUE SEJAM AUTARQUIAS ESTADUAIS - COMO SUCEDE COM A UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, OU DE UNIDADES QUE A INTEGREM, NÃO PRATICAM ATOS POR DELEGAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. - CONSEQÜENTEMENTE, A COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE AÇÕES - INCLUSIVE MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRA TAIS ATOS NÃO É DA JUSTIÇA FEDERAL, MAS, SIM, DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO." Isso posto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de

Superior Tribunal de Justiça

Direito da 1ª Vara Cível de Patos de Minas-MG, o suscitante. É o voto".

3. Ora, no caso concreto, a ação civil pública - bem ou mal - foi proposta apenas contra a Tim Nordeste Telecomunicações S/A, concessionária de serviço público de telefonia, com foro na Justiça Estadual. Assim estruturada a relação processual, não se pode transferir a competência da Justiça Federal, até porque, conforme já decidiu esta Primeira Seção, no CC 20.606/MA, 1ª S., Min. Ari Pargendler, DJ de 24/11/97, "no conflito de competência, não se discute a legitimidade de parte; nele se decide levando em consideração unicamente quem participa do processo, e à vista do princípio de que a ação é dimensionada pelo autor, e não pelo réu". Caso, no futuro, o processo receber a presença efetiva de um ente federal, a competência será deslocada, nos termos, aliás, do que prevê a súmula 150/STJ.

4. Pelas considerações expostas, nego provimento ao agravo. É o voto."

8. Reitera-se, outrossim, que a Seção já se pronunciou inúmeras vezes sobre a questão relacionada com a competência para o julgamento de causas envolvendo os serviços públicos de telefonia. Invariavelmente tem decidido no sentido de que a competência é da Justiça Estadual, a não ser quando, na causa, figurar — na condição de autor, réu, assistente ou oponente — um dos entes federais elencados no art. 109, I, da Constituição, hipótese em que a competência será da Justiça Federal, *si et in quantum* tal ente for mantido na relação processual. Nesse sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. JUÍZO DE DIREITO *VERSUS* JUÍZO FEDERAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO PROMOVIDA CONTRA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA (BRASIL TELECOM S/A). ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL. DECLARAÇÃO DE INTERESSE DE ENTE FEDERAL AFASTADO PELA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo de Direito de Mondai/SC em face do Juízo Federal de São Miguel do Oeste - SJ/SC, nos autos de ação declaratória de nulidade c/c repetição de indébito visando ao afastamento da cobrança mensal da 'Assinatura Básica Residencial' por concessionária de telefonia (Brasil Telecom S/A). O Juízo Estadual declinou da competência sob a alegação de que a ANATEL deve atuar como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se de serviço de utilidade pública e a sua contraprestação se perfazer com o pagamento de tarifa, cuja modificação e fixação sempre é vinculada à autorização do poder concedente, o que atrai a competência da Justiça Federal. O Juízo Federal, por seu turno, argumentou que a relação jurídica se desenvolve entre o usuário do serviço de telefonia e a concessionária, independentemente do liame estabelecido entre a concessionária e o poder concedente. Concluiu por reconhecer a ausência de legitimidade da ANATEL para integrar a lide. Dispensada a remessa dos autos para parecer ministerial.

2. A ação tem como partes, de um lado, consumidor, de outro, a Brasil Telecom S/A, empresa privada concessionária de serviço público. Ausência da ANATEL em qualquer pólo da demanda.

3. Competência da Justiça Estadual. Precedentes: CC nº 47.129/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 18.02.05; CC nº 47.028/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, 7.12.2004; CC nº 35.386/RR, Rel. Min. Teori Zavascki, 29.09.03.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Mondai/SC, suscitante." (CC 48.447/SC, Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. BRASIL TELECOM

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

S/A. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO OU QUAISQUER DOS ENTES ELENCADOS NO ART. 109 DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Ação proposta em face de empresa concessionária de telefonia objetivando o reconhecimento da ilegalidade da 'Assinatura Básica Residencial', bem como a devolução dos valores pagos desde o início da prestação dos serviços.
2. Deveras, tratando-se de relação jurídica instaurada em ação entre a empresa concessionária de serviço público federal e o usuário, não há interesse na lide do poder concedente, no caso, a União, falecendo, *a fortiori*, competência à Justiça Federal.
3. Como bem destacou o Juízo Federal: '(...) Tenho que o presente Juízo é absolutamente incompetente para processar e julgar o feito, porquanto não vislumbro o interesse da União no caso em comento. Isto porque o fato de a ANATEL, enquanto agência reguladora, ser responsável pela expedição de resoluções normativas, não acarreta a responsabilidade jurídica dela ou da União para responder em ação onde se questiona a validade de tarifa cobrada pela concessionária, com a devolução dos valores pagos a maior. A função da ANATEL é regular e fiscalizar a qualidade dos serviços prestados, sendo que a tarifa atacada não é auferida por ela, tampouco pela União. Portanto, a suspensão de sua cobrança ocasionará danos exclusivamente à concessionária, que é quem se beneficia com o recebimento das quantias pagas, de modo que possíveis conseqüências de ordem patrimonial que esta última venha a sofrer serão por esta suportadas e futura revisão no contrato de concessão não altera a competência para o julgamento do presente feito. A relação jurídica, na hipótese vertente, desenvolve-se entre o usuário do serviço e a concessionária, a qual é independente da relação constituída entre a concessionária e o poder concedente.' Ademais, sequer cabe à Justiça Estadual sindicarem do potencial interesse da Justiça Federal. (Súmula 150 do STJ)
4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Criciúma-SC, o suscitante." (CC 47.032/SC, Min. Luiz Fux, DJ de 16.05.2005)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIÇOS DE TELEFONIA. ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL OU COMERCIAL. COBRANÇA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. UNIÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. INTERESSE AFASTADO PELA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA N.º 150/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Se o Juízo Federal entende inexistir interesse jurídico da União ou da ANATEL que justifique o processamento do feito naquela Justiça especializada, não há como afastar-se a competência estadual, a teor do que enuncia a Súmula 150/STJ, segundo a qual "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas".
2. Conflito de competência conhecido para declarar-se competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Criciúma/SC, o suscitante." (CC 47.016/SC, Min. Castro Meira, DJ de 18.04.2005)

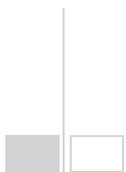
9. Em suma, ficou evidenciado que, na presente hipótese, não há conflito de competência, nem positivo, nem negativo, a ser dirimido pelo Tribunal. O próprio pedido formulado pela Suscitante — para "ver definido o juízo competente para o julgamento de diversas demandas de índole coletiva e individual, cujo objeto é a discussão a respeito da validade da assinatura básica cobrada

Superior Tribunal de Justiça

pelas operadoras de serviço de telefonia fixo comutado - STFC, tarifa esta autorizada contratualmente pela ora suscitante" (fl. 7) — não passa de um pedido para fixar a competência, não sendo pedido para dirimir um conflito. Por outro lado, a intervenção, nesse incidente, da Brasil Telecom S/A, da Companhia de Telecomunicações do Brasil Central - CTBC Telecom e da CTBC Celular S/A — que pleitearam seu ingresso na qualidade de assistentes litisconsorciais da Suscitante, sob alegação de que, sendo também concessionárias do STFC, têm interesse no deslinde do feito, noticiando a existência de outras demandas, "sobre as quais a liminar deve ter seus efeitos estendidos" —, fica prejudicada, em razão do não-conhecimento do pedido principal. Ainda que assim não fosse, seu pedido não poderia ser acolhido também pela razão de que, sem noticiar qualquer conflito, essas concessionárias deduzem pretensão inteiramente dissociada do âmbito de um conflito de competência. A eventual incompetência de juízo, que alegam existir, deve ser dirimida, enquanto não ocorrer hipótese do art. 115 do CPC, nas vias ordinárias.

10. O pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, além de estranho aos limites do conflito de competência, não pode ser acolhido, não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas, mas também pela circunstância de que as ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas. Suspender o curso dessas ações significa, portanto, negar, na prática, acesso ao Judiciário.

11. Ante o exposto, não conheço do conflito de competência. É o voto.



Julgados Seleccionados

Embargos de Divergência em

Recurso Especial nº 547.653-RJ

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
EMBARGANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : EMERSON BARBOSA MACIEL E OUTRO(S)
EMBARGADO : SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE
PASSAGEIROS POR FRETAMENTO DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO - SINFRERJ E OUTROS
ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO MUNDIM E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trata-se de embargos de divergência (fls. 957-968) contra acórdão da 2ª Turma assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ART 480 DO CPC. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ART. 97 DA CF. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL.

1. A controvérsia em torno do princípio da reserva de plenário refoge do âmbito de apreciação do recurso especial, porquanto o art. 480 do CPC reproduz o disposto no art. 97 da CF/88 cuja interpretação cabe ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário *Precedentes*.

2. Recurso especial não-conhecido. (fl. 937)

Sustenta o embargante que a orientação adotada no acórdão embargado divergiu de entendimento manifestado pela 1ª, 3ª, 5ª e 6ª Turmas (REsp 619.860/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/2007; REsp 882.234/SP, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 26/03/2007; REsp 672.376/ES, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11/12/2006; REsp 89.297/MG, Min. Ar Pargendler, DJ de 07/02/2000; REsp 693.245/RS, Min. Felix Fischer, DJ de 18/04/2005; REsp 347.529/SP, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 30/09/2002), que admitiram recurso especial em que se alegou violação aos arts. 480 a 482 do CPC, distinguindo-os do princípio inserto no artigo 97 da Constituição Federal.

Às fls. 1019-1028, o embargado apresentou impugnação. Sustenta, preliminarmente, que não cabem embargos de divergência contra acórdão que não conheceu de recurso especial. No mérito, pede o desprovimento do recurso.

É o relatório.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 547.653 - RJ (2007/0288222-0)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
EMBARGANTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : EMERSON BARBOSA MACIEL E OUTRO(S)
EMBARGADO : SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS POR FRETAMENTO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - SINFREERJ E OUTROS
ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO MUNDIM E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSENSO INTERNO A RESPEITO DA INTERPRETAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS QUE DISCIPLINAM O INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CPC, ARTS. 480 A 482. CONTROLE POR RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO.

1. A jurisprudência do STJ não impede a interposição de embargos de divergência para dirimir dissenso interno sobre a *interpretação* de norma processual, em sua moldura abstrata. O que se considera incabível é questionar, em embargos, a correta *aplicação* de regra técnica ao caso concreto, já que essa espécie de juízo supõe exame das peculiaridades de cada caso.

2. A concretização das normas constitucionais depende, em muitos casos, da intermediação do legislador ordinário, a quem compete prover o sistema com indispensáveis preceitos complementares, regulamentares ou procedimentais. Dessa pluralidade de fontes normativas resulta a significativa presença, em nosso sistema, de matérias juridicamente miscigenadas, a ensejar (a) que as decisões judiciais invoquem, simultaneamente, tanto as normas primárias superiores, quanto as normas secundárias e derivadas e (b) que também nos recursos possa ser alegada, de modo concomitante, ofensa a preceitos constitucionais e a infraconstitucionais, tornando problemática a definição do recurso cabível para as instâncias extraordinárias (STF e STJ).

3. O critério em geral adotado pelo STJ para definir o recurso cabível nessas situações é o de que não cabe o recurso especial, e sim o extraordinário, quando a norma infraconstitucional apontada como violada simplesmente reproduz uma norma constitucional. O sentido positivo inverso do critério é, conseqüentemente, o do cabimento do recurso especial quando a norma infraconstitucional não é mera reprodução da norma superior, mas traz uma disciplina mais abrangente ou mais específica da matéria tratada. A dificuldade, muitas vezes presente, de distinguir a simples reprodução da efetiva inovação no campo normativo deve ser superada à luz do princípio do acesso à justiça, afastando, desse modo, o sério risco de se negar ao jurisdicionado tanto um quanto outro dos recursos à instância extraordinária.

4. O chamado princípio da reserva de plenário para declaração incidental de inconstitucionalidade de atos normativos é típica hipótese dessa

Superior Tribunal de Justiça

miscigenação jurídica imposta pela pluralidade de fontes, já que tratada concomitantemente no art. 97 da Constituição e nos artigos 480 a 482 do CPC. Todavia, os dispositivos processuais não representam mera reprodução da norma constitucional. Além de incorporar a essência da norma superior (que, no fundo, não é uma norma propriamente de processo, mas de afirmação do princípio da presunção de validade dos atos normativos, presunção que somente pode ser desfeita nas condições ali previstas), esses dispositivos estabelecem o procedimento próprio a ser observado pelos tribunais para a concretização da norma constitucional. Assim, embora, na prática, a violação da lei federal possa representar também violação à Constituição, o que é em casos tais um fenômeno inafastável, cumpre ao STJ atuar na parte que lhe toca, relativa à correta aplicação da lei federal ao caso, admitindo o recurso especial.

5. Embargos de divergência conhecidos e providos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Preliminarmente, conheço do recurso. Segundo dispõe o art. 546, I do CPC, "É embargável a decisão da turma que: I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial". Trata-se, como se percebe, de recurso destinado a uniformizar a jurisprudência interna do STJ no julgamento de recursos especiais. Sendo assim, o dissenso interno a ser dirimido é, necessariamente, sobre matéria idêntica à que pode ser invocada em recurso especial, prevista no art. 105, III da Constituição, ou seja, a possível violação a tratado ou lei federal, seja ela de direito material, seja de direito processual. Portanto, não está fora do controle, por via de embargos de divergência, a alegação de dissenso interno a respeito da existência ou não de violação a lei federal que estabelece regras de processo.

É com esse pressuposto que se deve entender a jurisprudência do STJ, a respeito da limitação do cabimento de embargos quando se invoca aplicação de regra técnica. Não se pode confundir *interpretação* da norma, com sua *aplicação* ao caso concreto. A jurisprudência do STJ não impede, nem poderia legitimamente impedir, o recurso de embargos de divergência para dirimir dissenso interno sobre a *interpretação* da regra de processo. Assim, se um acórdão considera ser de cinco dias o prazo para recurso especial, ou que esse recurso está sujeito a preparo de custas e, por isso, não o conhece, nada impede que haja embargos de divergência fundados em acórdão que considera o prazo de quinze dias ou que considera não ser devido o preparo. Em casos tais, bem se percebe, o dissídio se situa no âmbito da interpretação da norma técnica, em sua moldura abstrata. Não faz muito tempo, esta Corte Especial dirimiu, em embargos, o dissenso a respeito do prazo para entrega da via original do recurso interposto por fax (AgRg nos Eresp 640.803, Min. Teori Zavascki, DJ de 05/06/08).

Na verdade, o que se considera incabível é questionar, em embargos, a correta *aplicação*, em cada caso confrontado, de norma processual sobre cuja interpretação não se questiona, já que essa espécie de juízo supõe exame das peculiaridades de cada demanda. São ilustrativos dessa afirmação os seguintes acórdãos da Corte Especial: AgRg nos Eresp 577.799, Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 04/08/08; AgRg nos EDel nos Eresp 1.075.264, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 08/10/09; AgRg nos Eresp 940.837, Min. Francisco Falcão, DJ de 05/11/09; Eresp 1.014.543, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 11/03/10. Também são ilustrativos, no âmbito das Seções: AgRg nos Eresp 1.055.764, 1ª Seção, Min. Benedito Gonçalves, DJ de 22/10/09; AgRg nos Eresp 956.037, 1ª Seção, Min. Herman Benjamin, DJ de 28/08/09; EDel nos Eresp 730.626,

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

2ª Seção, Min. Massami Uyeda, DJ de 16/12/08; Eresp 683.451, 3ª Seção, Min. Félix Fischer, DJ de 17/08/09.

Ora, no caso, embora o recurso especial não tenha sido conhecido pela Turma, são cabíveis os embargos de divergência, pois o dissenso se estabeleceu no plano da interpretação da norma processual (art. 480 do CPC), e não propriamente no da sua correta aplicação ao caso. Provado o dissídio interno a respeito da interpretação da norma, cabível o recurso.

2. No mérito, o tema comporta algumas premissas conceituais. Nosso sistema de recursos extraordinários (*lato sensu* considerados), que distribuiu a um tribunal o controle das normas constitucionais (STF) e a outro o das normas federais infraconstitucionais (STJ), enseja, em muitos casos, sérias questões práticas de definição de competência e, portanto, do recurso cabível. Essas dificuldades decorrem, basicamente, da natureza analítica da nossa Constituição, que chamou a si a disciplina de uma enorme gama de matérias, de direito público e de direito privado, de direito material e de direito processual. A acentuada constitucionalização do direito, todavia, não eliminou o campo normativo infraconstitucional. Em muitos casos, a concretização das normas constitucionais depende da intermediação do legislador ordinário, a quem compete prover o sistema com indispensáveis disposições complementares, regulamentares ou procedimentais. Dessa pluralidade de fontes normativas resulta, é fácil perceber, a significativa presença de matérias e institutos juridicamente miscigenados, a ensejar que as decisões judiciais a respeito invoquem, para decidir o caso, tanto as normas primárias superiores, quanto as normas secundárias e derivadas. Isso dá margem a que, nos recursos, seja possível invocar, concomitantemente, ofensa a preceitos constitucionais e a infraconstitucionais. Daí a dificuldade, antes referida, de definir o recurso cabível para a instância extraordinária.

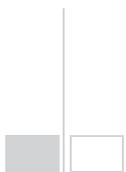
3. O principal critério adotado já há muito tempo pela jurisprudência do STJ para definir o recurso cabível nessas situações é o de que não cabe o recurso especial, e sim o extraordinário, quando a norma infraconstitucional tida por violada constitui simples reprodução da norma constitucional (v.g.: Resp 20.207, 1ª Turma, Min. Gomes de Barros, DJ de 13/12/93; Resp 44.498, 6ª Turma, Min. Adhemar Maciel, DJ de 24/06/96; AgRg no Ag 155.555, 2ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 06/10/97; AgRg no Ag 600.209, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29/08/05; Resp 623.158, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ 30/05/06). O sentido positivo inverso do critério é, conseqüentemente, o do cabimento do recurso especial quando a norma infraconstitucional não representa, simplesmente, uma reprodução da norma superior, mas traz uma disciplina mais abrangente, ou mais específica, do que a do campo normativo coberto pela Constituição. É certo que nem sempre é possível traçar claramente o que é simples reprodução da norma constitucional e o que é, efetivamente, um acréscimo normativo inovador. Cabe, assim, adicionar ao critério um adinículo: em caso de fundada dúvida, aceita-se o recurso especial, privilegiando o princípio do acesso à justiça e afastando, desse modo, o sério risco, apontado pelo saudoso Ministro Menezes Dirceito, de se negar ao jurisdicionado tanto um quanto outro dos recursos à instância extraordinária (voto-vista no Resp 267.499, 3ª Turma, DJ de 08/04/02).

4. À luz dessas considerações, o recurso merece provimento. O chamado princípio da reserva de plenário para declaração incidental de inconstitucionalidade de atos normativos é típica hipótese de miscigenação jurídica imposta pela pluralidade de fontes, já que tratada concomitantemente no art. 97 da Constituição e nos artigos 480 a 482 do CPC. Todavia, não se pode afirmar que os dispositivos processuais representam simples reprodução da norma constitucional. Sem dúvida, há neles um campo de normatização diferenciado e, de certo modo, mais abrangente: além de incorporar a essência da norma superior (que, no fundo, não é uma norma propriamente de processo, mas de afirmação do princípio da presunção de validade dos atos normativos,

Superior Tribunal de Justiça

presunção que somente pode ser desfeita nas condições ali previstas), os dispositivos do CPC estabelecem o procedimento próprio a ser observado pelos tribunais para a concretização da norma constitucional. Assim, embora, na prática, a violação da lei federal possa representar também violação à Constituição, o que é em casos tais um fenômeno inafastável, não parece apropriado que o STJ se demita de atuar na parte que lhe toca, relativa à correta aplicação da lei federal ao caso.

5. Assim, voto no sentido de dar provimento aos embargos, a fim de que, superado o questionado empecilho ao conhecimento do recurso especial, a 3ª Turma prossiga no julgamento, como entender de direito. É o voto.



Julgados Selecionados

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 638.389-SP

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : ANNA CLÁUDIA LAZZARINI E OUTROS
AGRAVADO : REINALDO LINO
ADVOGADO : MARIA VIRGÍNIA GALVÃO PAIVA E OUTROS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

Trata-se de agravo regimental (fls. 152/155) interposto em face de decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial apresentado com o propósito de afastar a incidência do imposto de renda sobre as parcelas percebidas "a título de férias indenizadas vencidas (simples não gozadas), férias indenizadas proporcionais e seus respectivos adicionais 1/3 e saldo de férias (vencidas, e não gozadas)" (fl. 133) recebidas em virtude de rescisão de contrato de trabalho (pedido de demissão).

A decisão ora recorrida afastou a incidência do imposto de renda sobre parcelas pagas à título de abono pecuniário de férias, considerando o seu caráter indenizatório. Confira-se a ementa do julgado:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA.

1. O abono pecuniário de férias não configura acréscimo patrimonial de qualquer natureza ou renda, não estando sujeito à incidência do Imposto de Renda.
2. Recurso especial a que se dá provimento (CPC, art. 557, § 1º-A)." (fl. 149)"

A agravante, nas razões do regimental, alega que "a decisão agravada laborou em equívoco, eis que generalizou a matéria, tratando como indenizatória verba evidentemente remuneratória, como é o caso das férias proporcionais e simples" (fl. 153). Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo à apreciação da Turma.

É o relatório.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 638.389 - SP (2004/0004681-4)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PAGAMENTO A EMPREGADO, POR OCASIÃO DA RESCISÃO DO CONTRATO. FÉRIAS VENCIDAS E NÃO-GOZADAS E FÉRIAS PROPORCIONAIS. ADICIONAL DE 1/3 SOBRE FÉRIAS. NATUREZA. REGIME TRIBUTÁRIO DAS INDENIZAÇÕES. DISTINÇÃO ENTRE INDENIZAÇÃO POR DANOS AO PATRIMÔNIO MATERIAL E AO PATRIMÔNIO IMATERIAL. PRECEDENTES (RESP 674.392-SC E RESP 637.623-PR). EXISTÊNCIA DE NORMA DE ISENÇÃO (ART. 6º, V, DA LEI 7.713/88. APLICAÇÃO DA SÚMULA 125/STJ.

1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os "acréscimos patrimoniais", assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte.

2. Indenização é a prestação destinada a reparar ou recompensar o dano causado a um bem jurídico. Os bens jurídicos lesados podem ser (a) de natureza patrimonial (= integrantes do patrimônio material) ou (b) de natureza não-patrimonial (= integrantes do patrimônio imaterial ou moral), e, em qualquer das hipóteses, quando não recompostos *in natura*, obrigam o causador do dano a uma prestação substitutiva em dinheiro.

3. O pagamento de indenização pode ou não acarretar acréscimo patrimonial, dependendo da natureza do bem jurídico a que se refere. Quando se indeniza dano efetivamente verificado no patrimônio material (= dano emergente), o pagamento em dinheiro simplesmente reconstitui a perda patrimonial ocorrida em virtude da lesão, e, portanto, não acarreta qualquer aumento no patrimônio. Todavia, ocorre acréscimo patrimonial quando a indenização (a) ultrapassar o valor do dano material verificado (= dano emergente), ou (b) se destinar a compensar o ganho que deixou de ser auferido (= lucro cessante), ou (c) se referir a dano causado a bem do patrimônio imaterial (= dano que não importou redução do patrimônio material).

4. A indenização que acarreta acréscimo patrimonial configura fato gerador do imposto de renda e, como tal, ficará sujeita a tributação, a não ser que o crédito tributário esteja excluído por isenção legal, como é o caso das hipóteses dos incisos XVI, XVII, XIX, XX e XXIII do art. 39 do Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto 3.000, de 31.03.99.

5. O pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de adicional de 1/3 sobre férias tem natureza salarial, conforme previsto no art. 7º, XVII, da Constituição, sujeitando-se, como tal, à incidência de imposto de renda. 6. Todavia, o pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de férias vencidas e não gozadas, bem como de férias proporcionais, convertidas em pecúnia, inclusive os respectivos acréscimos de 1/3, quando decorrente de rescisão do contrato de trabalho, está beneficiado por isenção. A lei isenta de imposto de renda "a indenização (...) por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho" (art. 39, XX do RIR, aprovado pelo Decreto 3.000/99 e art. 6º, V, da Lei 7.713/88). Nesse

Superior Tribunal de Justiça

sentido dispõe a Súmula 125/STJ: *O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda.*

7. Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Assiste, em parte, razão à agravante. É que, reconsiderando entendimento anterior sobre a matéria, proferi votos nos autos dos Recursos Especiais nº 674.392-SC e nº 637.623-PR, ambos acolhidos, em 24.05.2005, à unanimidade pela 1ª Turma desta Corte, no sentido que adiante passo a expor.

2. Arrolado pela Constituição Federal como de competência da União (CF, art. 153, III), o imposto sobre "renda e proventos de qualquer natureza" tem a definição de seu fato gerador definida em lei complementar (CF, art. 146, III, a), mais especificamente no art. 43 e seus parágrafos do Código Tributário Nacional, que assim dispõem:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

3. Entende-se por indenização a prestação em dinheiro destinada a reparar ou recompensar uma lesão causada a um bem jurídico, de natureza material ou imaterial. Os bens jurídicos, em seu aspecto essencial, comportam uma grande classificação: eles podem ser (a) de natureza patrimonial (= integrantes do patrimônio material) ou (b) de natureza não-patrimonial (= integrantes do patrimônio moral das pessoas). Todavia, qualquer que seja a sua natureza, todos os bens jurídicos estão sob a tutela do direito. Assim, quem, por ato ou omissão ilícita, violar o direito, causando prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. É o que estabelece o Código Civil, nos artigos 186 e 927, reproduzindo a norma do art. 159 do Código de 1916. Trata-se, portanto, como bem observaram Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (*Comentários ao Novo Código Civil, volume XIII*, RJ, Forense, 2004, p. 49), de obrigação de natureza legal, insuscetível de conformação ou condicionamento por vontade das partes. Hoje, com a expressa previsão do Código Civil (art. 186) e da Constituição (art. 5º, X) a respeito, já não se põe dúvida quanto à obrigação de reparar financeiramente também os danos morais, que, aliás, podem ser cumulados com os danos materiais decorrentes do mesmo ilícito ("São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato", diz a súmula 37/STJ). Há casos em que a indenização não decorre necessariamente de ato ilícito, como, v.g., as decorrentes de rescisão de contrato de trabalho. Mesmo nesses casos, ela se destina a compensar a perda de um bem (que, no exemplo, é o vínculo empregatício), bem de natureza

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

imaterial), eis que, conforme salientou o Ministro José Delgado, em sede doutrinária, "*dano tem forte vinculação com o estado de perda, de destruição, de prejuízo (...)*" (*Regime Tributário das Indenizações*, obra coletiva, coordenador Hugo de Brito Machado, SP, Dialética, 2000, p. 152).

Pois bem, do ponto de vista da efetividade do direito, o ideal seria que, ocorrido o dano, a sua reparação fosse feita por prestação específica e *in natura*, isto é, mediante a exata recomposição do *status quo ante*. Segundo a conhecida lição de Chiovenda, deve-se garantir a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito (*Instituições de Direito Processual Civil*, tradução de J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1969, vol. I, p. 46). Todavia, isso nem sempre é possível: os danos morais, por natureza, não comportam reparação específica e *in natura*; os danos materiais a comportam, mas nem sempre (é possível refazer um muro destruído, mas não é possível recompor a autenticidade da Taça Jules Rimet transformada em barra de ouro ou um quadro de Di Cavalcanti transformado em cinzas). Mesmo quando possível, nem sempre a prestação *in natura* é a solução adequada, permitindo a lei a conversão em pecúnia (v.g., arts. 627 e 633 do CPC).

Ora, aquilo que geralmente se entende por indenização é a prestação em dinheiro, substitutiva da prestação específica, destinada a reparar ou recompensar o dano causado a um bem jurídico, quando não é possível ou não é adequada a restauração *in natura*. Não tem natureza indenizatória, sob esse aspecto, o pagamento, ainda quando feito por força de sentença judicial, correspondente a uma prestação que originalmente (= antes e independentemente de ocorrência de lesão) era devida em dinheiro (v.g., pagamento por horas extras trabalhadas, de adicional noturno, de gratificações, 13º salário). Em tal caso, o que há, simplesmente, é o adimplemento *in natura* da obrigação, ainda que fora do prazo ou mediante execução forçada.

4. Todavia, ainda quando se trata de prestação tipicamente indenizatória, o seu pagamento não está, só por isso, automática e necessariamente fora do campo da tributação. Conforme decorre do art. 43 do CTN, não apenas as rendas, genericamente consideradas, mas também os acréscimos patrimoniais de qualquer natureza configuram fato gerador do imposto de renda. Portanto, quando se trata de valores de natureza indenizatória, a configuração ou não de hipótese de incidência tributária tem como pressuposto fundamental o da existência ou não de acréscimo patrimonial. "A chave", diz James Marins, "está na existência jurídica (constitucional e legal) de incremento patrimonial, i. é, acréscimo consubstanciado em renda ou proventos de qualquer natureza" (*Regime Tributário das Indenizações*, obra coletiva, coordenador Hugo de Brito Machado, SP, Dialética, 2000, pp. 142/3). Nesse sentido, é praticamente unânime a doutrina, assim resumida por Hugo de Brito Machado:

"É possível, portanto, afirmar-se que a indenização, quando não consubstancie um acréscimo patrimonial, não enseja a incidência do imposto de renda, nem da contribuição social sobre o lucro. Certamente a incidência, ou não, desses tributos, depende da natureza do dano a ser reparado, pois é a partir da natureza desse dano que se pode concluir pela ocorrência, ou não, de acréscimo patrimonial. (...) A indenização por dano patrimonial pode ensejar, ou não, um acréscimo patrimonial. Isto depende do critério de sua fixação. Se fixada a indenização mediante a avaliação do dano, evidentemente não se pode falar em acréscimo patrimonial. A indenização neste caso apenas repara, restabelecendo a integridade do patrimônio. É possível, porém, que em se tratando de indenização cujo valor seja previamente fixado em lei, ou em contrato, ou resulte de acordo de vontades, ou de arbitramento, termine por implicar um acréscimo patrimonial. Neste caso, sobre o que seja efetivamente um acréscimo

Superior Tribunal de Justiça

patrimonial incidirão os tributos que tenha neste o respectivo fato gerador". (Hugo de Brito Machado, *Regime Tributário das Indenizações*, obra coletiva, coordenador Ilugo de Brito Machado, SP, Dialética, 2000, p. 108).

No mesmo sentido, na mesma obra: Gisele Lemke, p. 83; Hugo de Brito Machado Segundo e Paulo de Tarso Vieira Ramos, p. 124; Fábio Junqueira de Carvalho e Maria Inês Murgel, p. 74. Também nesse sentido: Leandro Paulsen, *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 655.

5. Ao se referir a acréscimo patrimonial, o CTN, no seu art. 43, está se referindo ao patrimônio material apenas, e não ao patrimônio moral. Esclarece, a propósito, Hugo de Brito Machado:

"No âmbito do imposto de renda, em nosso sistema jurídico-tributário, os conceitos de patrimônio e de renda são rigorosamente conceitos econômicos, de natureza *material*. Não há patrimônio *moral*, para fins tributários, nem o imposto de renda incide sobre algo que tenha apenas valor moral. O tributo é prestação pecuniária e incide sobre riqueza expressa em moeda. (...) O patrimônio, em sentido amplo, compõe-se de elementos *materiais* e pecuniários, e de elementos *imateriais*, ou de valor apenas *moral* (...). Em sentido estrito, porém, como é concebido no Direito Tributário, o patrimônio compõe-se apenas de elementos *materiais*, de valor pecuniário. Não integram o patrimônio, para fins tributários, os elementos de valor exclusivamente moral, ainda que eventualmente possam ser convertidos em elementos de valor econômico. (...) O direito ao lazer, do qual é manifestação o direito à licença prêmio, ou às férias, é direito que não integra o patrimônio, no sentido estrito que lhe atribui o Direito Tributário. Direito de conteúdo moral pode, é certo, ter esse conteúdo convertido em pecúnia, pelo recebimento da indenização, que neste caso é indubitavelmente auferimento de renda, vale dizer, acréscimo patrimonial, ou acréscimo do patrimônio, no sentido que lhe atribui o Direito Tributário." (*Temas de Direito Tributário*, RT, 1994, p. 197/199).

Considerado o sentido estrito de patrimônio, o pagamento de indenização, já se percebe, pode ou não acarretar acréscimo patrimonial, dependendo da natureza do bem jurídico a que se refere. Quando se indeniza dano causado ao patrimônio material, o pagamento em dinheiro simplesmente reconstitui a perda patrimonial ocorrida. Nesses casos, evidentemente, a indenização não tipifica fato gerador de imposto de renda, já que não acarreta aumento no patrimônio. Todavia, ocorre inegavelmente acréscimo patrimonial quando a indenização por dano material se destina, não apenas a recompor um prejuízo já ocorrido (= dano emergente), mas também a compensar o ganho que deixou de ser auferido (= lucro cessante). Da mesma forma, há acréscimo patrimonial quando o valor pago a título de indenização é maior do que o dos danos ocorridos (v.g., quando, além da indenização propriamente dita, há pagamento de multa).

Por outro lado, quando a indenização se refere a dano causado a bem jurídico imaterial (= dano que não importou redução do patrimônio material), o pagamento (= entrega de dinheiro, bem material) acarreta, natural e necessariamente, um acréscimo ao patrimônio material e, portanto, configura fato gerador do imposto de renda.

Em suma: a indenização que não acarreta acréscimo patrimonial é apenas aquela que se destina a recompor o dano material efetivamente causado pela lesão (= dano emergente ao patrimônio material). Relativamente a ela, não se configura fato gerador do imposto de renda. Todavia, acarreta acréscimo patrimonial (e, portanto, constitui fato gerador do imposto de renda) a indenização (a) por danos ao patrimônio imaterial (= moral), ou (b) referente a lucros cessantes ou (c) em valor que exceda o da redução patrimonial causada pela lesão.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

Veja-se o que, a propósito, ensina a doutrina especializada:

"É preciso distinguir a indenização por dano material da indenização por dano moral. Nesta, parece difícil deixar-se de reconhecer a existência de acréscimo patrimonial. É que, ainda que se fale em indenização, ingressa no patrimônio montante (normalmente em dinheiro) que nele não existia. O patrimônio, já se viu, contém apenas relações jurídicas de caráter econômico e suscetíveis de avaliação pecuniária. A indenização por dano moral, apesar de feita em dinheiro, diz respeito à lesão de bens sem caráter econômico e insuscetíveis de avaliação pecuniária. Os valores que ingressam em razão desse tipo de indenização, não vêm recompor o patrimônio, mas somente compensar ou minorar o sofrimento da pessoa 'indenizada'. Se assim não fosse, estar-se-ia diante de indenização por dano material. Por conseguinte, esses valores constituem acréscimo patrimonial para a pessoa que os recebe, já que não constavam antes de seu patrimônio. Isso não significa que não possam existir outros valores constitucionais que os resguardem de tributação. Muitas vezes, isso acontece. Mas, de qualquer forma, esses valores constituem acréscimo patrimonial, do que se conclui que eles só não serão tributados se houver outros princípios ou valores constitucionais que o impeçam. Quanto à indenização por dano material, há que se distinguir o dano emergente do lucro cessante. Ensina Orlando Gomes que 'O dano emergente é representado pela diminuição patrimonial, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo. Lucro cessante é a frustração da expectativa de ganho.' (Obrigações, p. 86). Verifica-se, então, que somente a indenização por dano emergente recompõe o patrimônio. Aquela por lucro cessante representa o pagamento daquilo que presumivelmente teria sido ganho pela vítima, se o dano não houvesse ocorrido. Essa parcela de indenização não recompõe o patrimônio, uma vez que tal valor ainda não existia ainda no patrimônio do indenizado no momento do dano. Em outras palavras, se o dano não houvesse ocorrido, esse ganho provavelmente teria sido acrescido ao patrimônio da vítima. Nesse caso, ela teria pago IR sobre ele (o ganho), porque se trataria de acréscimo patrimonial. Ora, se esse ganho é recebido a título de indenização por lucros cessantes, não se vê como possa deixar de ser considerado acréscimo patrimonial. Trata-se do mesmo ganho, apenas recebido por outra via." (Gisele Lenke, *Imposto de Renda – Os Conceitos de Renda e de Disponibilidade Econômica e Jurídica*, São Paulo, Dialética, 1998, p.75.)

"Se o objeto da indenização é o elemento moral, porque a ação danosa atingiu precisamente o patrimônio moral, não há dúvida de que o recebimento de indenização implica evidente crescimento do patrimônio econômico e, assim, enseja a incidência dos tributos que tenham como fato gerador esse acréscimo patrimonial. (...) Também em se tratando de indenização por lucro cessante é inegável a ocorrência do crescimento patrimonial. Os lucros são acréscimos patrimoniais, e como tais são tributáveis." (Hugo de Brito Machado, *Regime Tributário das Indenizações*, cit., p. 109.)

"Nos termos do art. 43 do CTN constituem hipóteses de incidência do imposto de renda a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de: I - renda, assim entendida o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. Em todas essas hipóteses o elemento nuclear é o acréscimo patrimonial, sem o qual não se há de cogitar da incidência de tal imposto,

Superior Tribunal de Justiça

pois inexistiria renda a tributar. Pelo próprio conceito de indenização tem esta a finalidade de recompor o patrimônio lesado na mesma proporção dos danos sofridos, de sorte a devolvê-lo ao estado em que se encontrava antes da lesão. Em assim ocorrendo, resulta evidente que nenhum acréscimo patrimonial se verifica de modo a tornar mais rico o titular da indenização. Nenhuma renda recebe ele com os valores respectivos. Isso sempre ocorre quando se trata de indenização por dano material, excluídos os lucros cessantes que, estritamente considerados, representam acréscimo patrimonial, por serem diferença entre o que teria sido despendido e o que teria sido recebido pela vítima, não fosse o dano sofrido. Por outro lado, é de se ponderar que a incidência do imposto de renda sobre os valores representativos da indenização por danos materiais reduziria o seu montante, frustrando sua precípua finalidade, que é tornar indene o patrimônio, isto é, cabalmente reparado. Esse entendimento, aliás, já norteava as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal, logo que chamado a manifestar-se sobre a incidência do imposto de renda nas desapropriações (...). Diversamente se passa em se tratando de indenização por dano moral sem repercussão econômica, porque, nesse caso, o favorecido com seus valores terá aumentado seu patrimônio. Já se do dano moral adveio alguma repercussão econômica, outra coisa não sendo esta que danos materiais emergentes daquele, a reparação pecuniária que os ressarcir, não significando acréscimo patrimonial, deverá ficar ao largo da incidência do imposto de renda, sempre que for possível quantificá-lo ou indenizar em separado. Se, porém, não é possível a quantificação da repercussão econômica e da correspondente indenização, e sendo esta estabelecida unitariamente por arbitramento, como reparadora do dano moral apenas, o imposto de renda será devido, pois, nesse caso, o reflexo econômico da ofensa à honra tem a feição de lucros cessantes presumidos." (Hugo de Brito Machado Segundo e Paulo de Tarso Vieira Ramos, *Regime Tributário das Indenizações*, cit., pp. 124-125)

"Partindo-se, assim, do conceito de indenização como reparação pecuniária pelo dano sofrido em seu patrimônio material ou moral, resta analisar os efeitos tributários gerados por este pagamento. Assim, se uma pessoa é indenizada pela perda material causada por outrem, não estará adquirindo patrimônio ou riqueza novos, mas tão-somente recompondo aquele patrimônio lesado. Portanto, não há que se falar em tributação dessa quantia pelo imposto de renda, porquanto não representa lucro, ou rendimento. Tal posição, que é aceita com tranquilidade pela Doutrina e pela Jurisprudência, decorre da definição do fato gerador do imposto de renda, que entendemos ser o acréscimo patrimonial, assim considerado os ingressos que venham a representar riqueza nova, ou seja, aumento de patrimônio. A situação diverge quando se trata de indenização por lucro cessante. Nesse caso, a indenização visa ressarcir o lesado pela impossibilidade de o mesmo obter ganhos aos quais faria jus não fosse pelo dano havido. Assim, caso não sofresse o dano moral ou material, a vítima do dano iria auferir danos patrimoniais que, naquela condição, seriam tributados. Ora, a indenização pelo lucro cessante consiste, justamente, em proporcionar ao lesado o benefício a que teria direito. Por tal razão, essa quantia deverá ser tributada pelo imposto de renda, da mesma forma que seria caso a ofensa não sobreviesse. A indenização por dano moral, embora não se assemelhe à indenização por lucros cessantes, não visa recompor patrimônio, mas amenizar o constrangimento moral. Portanto, trata-se de ingresso novo, que irá crescer ao patrimônio da vítima e, por conseguinte, deverá ser tributado, a menos que outros princípios ou valores

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

constitucionais impeçam a tributação." (Fábio Junqueira de Carvalho e Maria Inês Murgel, *Regime Tributário das Indenizações*, cit., pp. 74-76)

6. Compõem o patrimônio imaterial não apenas os bens e valores de natureza estritamente moral (= os relacionados à dignidade humana), mas todos os bens e direitos cuja satisfação *in natura* é realizada mediante prestação não-patrimonial. São dessa natureza, entre outros, os direitos do patrimônio físico e intelectual, os de imagem, e, em geral, todos os direitos do patrimônio profissional cuja satisfação é representada por prestações não pecuniárias (direito a férias, a licença-prêmio, a descanso, a estabilidade). Lesados tais direitos e não sendo possível, material ou juridicamente, a sua restauração específica e *in natura*, dá-se a reparação mediante indenização pecuniária, com o que o bem lesado, originalmente integrante do patrimônio imaterial, é substituído por prestação em dinheiro, que vai agregar-se ao patrimônio material, acarretando-lhe, como demonstrado, um natural e necessário acréscimo. Tipifica-se, conseqüentemente, o fato gerador do imposto de renda, nos termos do art. 43 do CTN.

7. Tipificado o fato gerador, enseja-se, teoricamente, o nascimento da obrigação e do crédito tributário. Atento a essa circunstância, o legislador tratou de criar normas de isenção para várias espécies de prestações indenizatórias, que, segundo seu juízo político, mereciam tal benefício. Assim, no art. 39 do Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto 3.000, de 31.03.99, que arrola os rendimentos isentos e os não tributáveis, vários dos incisos reproduzem hipóteses de indenizações beneficiadas por isenção, a saber:

"(...)

Indenização Decorrente de Acidente

XVI - a indenização reparatória por danos físicos, invalidez ou morte, ou por bem material danificado ou destruído, em decorrência de acidente, até o limite fixado em condenação judicial, exceto no caso de pagamento de prestações continuadas;

Indenização por Acidente de Trabalho

XVII - a indenização por acidente de trabalho (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso IV);

(...)

Indenização por Desligamento Voluntário de Servidores Públicos Civis

XIX - o pagamento efetuado por pessoas jurídicas de direito público a servidores públicos civis, a título de incentivo à adesão a programas de desligamento voluntário (Lei nº 9.468, de 10 de julho de 1997, art. 14);

Indenização por Rescisão de Contrato de Trabalho e FGTS

XX - a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso V, e Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, art. 28);

(...)

Indenização Reparatória a Desaparecidos Políticos

XXIII - a indenização a título reparatório, de que trata o art. 11 da Lei nº 9.140, de 5 de dezembro de 1995, paga a seus beneficiários diretos"; (...).

Em todos esses casos, é indevido o imposto de renda, não pela inexistência de fato gerador (eis que acréscimo patrimonial ocorreu), e sim porque há hipótese de exclusão do crédito

Superior Tribunal de Justiça

tributário por via de isenção.

8. No caso concreto, há três espécies de verbas sobre as quais se pretende ver reconhecida a não-incidência do IR: as férias vencidas e não gozadas (abrangendo o alegado "saldo de férias") convertidas em pecúnia; as férias proporcionais e o adicional sobre 1/3 de férias.

9. O pagamento relativo a adicional de 1/3 sobre férias sujeita-se à incidência do referido imposto, não apresentando caráter indenizatório, mas tipicamente salarial. Aliás, tal natureza está assentada de modo expreso no art. 7º, XVII, da Constituição:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Todayvia, é diferente a situação quando tal adicional integra o valor pago a título de conversão em pecúnia de férias não gozadas, ou de férias proporcionais, em virtude de rescisão do contrato de trabalho. Nesse caso, o adicional assume a mesma natureza do pagamento principal.

10. Ora, o pagamento feito pelo empregador a seu empregado em decorrência de rescisão do contrato de trabalho, relativamente às férias vencidas e não gozadas (abrangendo o alegado "saldo de férias") e às férias proporcionais, não se sujeita à cobrança do imposto de renda, pois está abrangido na regra de isenção referente à indenização paga por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, prevista no art. 6º, V, da Lei 7.713/88 e repetida no art. 39, XX, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000/99. Os dispositivos têm a seguinte redação :

"Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

V - a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores, ou respectivos beneficiários, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço;"

"Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

(...)

Indenização por Rescisão de Contrato de Trabalho e FGTS

"XX - a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso V, e Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, art. 28);"

Com efeito, a conversão em pecúnia das férias devidas (a) tem natureza indenizatória (é pagamento substitutivo do direito a descanso) e (b) decorre da cessação do contrato de trabalho. É o que se depreende do art. 146 da CLT:

Art. 146 - Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido.

Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias.

Assim, não há que se falar em interpretação extensiva da regra de isenção.

11. Ademais, o entendimento jurisprudencial sobre a matéria encontra-se expresso no enunciado da Súmula 125/STJ, plenamente aplicável ao caso concreto:

O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda.

Portanto, deve ser confirmada a isenção pleiteada pela impetrante quanto às férias vencidas e não gozadas (abrangendo o alegado saldo de férias) e às férias proporcionais.

12. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto.

Julgados Selecionados

Recurso Especial nº 885.152-RS

RECURSO ESPECIAL Nº 885.152 - RS (2006/0195913-3)

RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : VERA LÚCIA BICCA ANDÚJAR E OUTROS
RECORRIDO : ALCINDO PAVAN E OUTROS
ADVOGADO : ANTONIO CARLOS SCHAMANN MAINERI E OUTROS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal contra acórdão do TRF da 4ª Região que negou provimento à sua apelação, em aresto assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. FGTS. EXTRATOS. EXECUÇÃO DEFINITIVA. CAUÇÃO.

1. Na condição de gestora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, a CEF tem sob sua guarda todos os EXTRATOS das contas vinculadas ao FGTS, assim, deve apresentá-los em juízo, pois necessários à elaboração da conta de liquidação, imprescindível à execução da sentença exequiênda.

2. Tratando-se de execução definitiva, fundada em título judicial transitado em julgado, é desnecessária a prestação de caução." (fl. 39)

À consideração de que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 604, § 1º, do CPC e 23 do Decreto 99.684/90, bem como divergiu da jurisprudência de outros Tribunais, sustenta a recorrente que (a) "inexiste previsão legal que determine à Caixa a apresentação desses extratos" (fl. 58); (b) não detém o poder de polícia necessário a comandar aos bancos depositários que cumpram as determinações da LC 110/2001; (c) "o detentor da conta vinculada do FGTS pode obter os extratos pela *internet*" (fl. 61). Aponta, ainda, ofensa ao art. 535 do CPC, aduzindo omissão no julgado. Em *contra-razões* (fls. 83-90), sustentam os recorridos, preliminarmente, ausência de prequestionamento e, no mérito, pedem a manutenção do julgado, ao argumento de que "cabe à parte demonstrar, de forma articulada, ao Juízo o eventual excesso na execução, de forma tempestiva e acompanhada da memória de cálculo dos valores devidos" (fl. 87).

É o relatório.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 885.152 - RS (2006/0195913-3)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : VERA LÚCIA BICCA ANDÚJAR E OUTROS
RECORRIDO : ALCINDO PAVAN E OUTROS
ADVOGADO : ANTONIO CARLOS SCHAMANN MAINERI E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE, SUPERADO O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, SE VERIFICAR QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO EMITIU JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA.

1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem.

2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma *causa* e, portanto, a uma situação em *espécie* (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ).

3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, o regular processamento da *causa*, é cabível, uma vez superado o juízo de admissibilidade do recurso especial, conhecer, mesmo de ofício, a matéria prevista no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial.

4. No caso dos autos, o acórdão recorrido não tem relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Decidiu sobre a responsabilidade pela apresentação dos extratos das contas vinculadas ao FGTS em Juízo, enquanto a pretensão recursal posta na apelação discute a possibilidade de o magistrado rejeitar liminarmente embargos à execução cuja inicial venha desacompanhada dos cálculos dos valores que a embargante entende devidos, sem que lhe seja oportunizada a apresentação de emenda.

5. Recurso especial conhecido para, de ofício, declarar a nulidade do acórdão que julgou a apelação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à

Superior Tribunal de Justiça

matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no Tribunal de origem. Questiona-se, por isso mesmo, a existência, nessa espécie recursal, do chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública, conforme permitem o art. 267, § 3º, e o art. 301, § 4º, do CPC. Há respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial que nega tal efeito aos recursos extraordinário e especial, à consideração de que ele seria incompatível com a exigência do prequestionamento, insita à natureza dos recursos excepcionais. Tese contrária, defendida por também importante corrente de pensamento, adverte, todavia, que, apesar de seus estreitos limites de devolutividade, o recurso especial tem por finalidade, ainda assim, julgar uma "causa" e, como tal, não está inteiramente alheio ao caso concreto ou à relação jurídica efetivamente questionada. Nessas circunstâncias, não pode a instância extraordinária simplesmente ignorar eventuais defeitos ou nulidades que impeçam a prestação da tutela jurisdicional na hipótese em julgamento, ainda quando o empecilho não tenha sido objeto de exame na origem e nem tenha sido suscitado pela parte interessada. Ilustrativa síntese da polêmica foi desenvolvida por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, em seu *Recurso Especial* (São Paulo, RT, 2002, p.336-342).

2. Embora destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é, entretanto, uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Não se pode desconhecer a sua condição de instrumento para julgar uma causa determinada. Era assim na sua gênese, o recurso extraordinário, ainda submetido ao disposto na Súmula 456/STF: "*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*". E é o que está no Regimento Interno do STJ: "*Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*". Bem se vê, portanto, que também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma *causa*, a uma situação em *espécie*. Ora, isso não pode ser ignorado quando se examina o requisito do prequestionamento. Há de se atribuir a esse requisito um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie. Assim, nos casos em que eventual nulidade ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que, uma vez superado o juízo de admissibilidade (inclusive o do prequestionamento das matérias atacadas no recurso), o tribunal conheça e enfrente de ofício as relevantes matérias acima referidas, enquadráveis no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites, portanto, também o efeito translativo é inerente ao recurso especial.

3. No caso dos autos, a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, que é também a enfrentada no recurso especial (cumprindo assim, no particular, o requisito do prequestionamento) não guarda nenhuma compatibilidade com a controvérsia original a ser dirimida. Os embargos à execução apresentados pela ora recorrente visam à declaração do excesso de execução e foram liminarmente rejeitados, ao argumento de que a inicial não veio "acompanhada de memória de cálculo do valor que entende correto" (fl. 07). Na apelação, a recorrente alegou que deveria ter sido intimada para emendar a inicial (fl. 17). O acórdão recorrido, entretanto, decidiu questão diversa, relativa à responsabilidade da CEF pela apresentação do extratos das contas vinculadas ao FGTS, matéria essa que foi atacada pelo recurso especial. Assim, presentes as condições de admissibilidade (inclusive quanto ao prequestionamento da matéria atacada), impõe-se o conhecimento de ofício da nulidade processual, por afronta aos arts. 128 e 460 do CPC, a fim de

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

que o Tribunal de origem renove o julgamento do recurso submetido à sua apreciação, atentando para os termos da controvérsia originalmente posta.

4. Pelas razões expostas, conheço do recurso especial para, de ofício, anular o acórdão recorrido, a fim de que outro seja proferido. É o voto.



Julgados Selecionados

AI nos Embargos de Divergência

em Recurso Especial nº 644.736-RS

EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : IANA NARA SÁ MACIEL CAVALCANTE E OUTROS
EMBARGADO : CAXANGÁ VEÍCULOS LTDA
ADVOGADO : GLÁUCIO MANOEL DE LIMA BARBOSA E OUTROS

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI(Relator):

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05, suscitado em decorrência de decisão do STF, em circunstâncias a seguir explicitadas.

Apreciando recurso especial em ação de repetição de indébito, a 2ª Turma, seguindo orientação pacificada na 1ª Seção, decidiu que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo prescricional, para efeito do art. 168, I do CTN, deve observar "a sistemática dos cinco mais cinco", ou seja: o termo *a quo* desse prazo não é a data do recolhimento do tributo indevido, nem do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, mas sim a data da homologação expressa ou tácita do lançamento, pois somente então é que ocorre a extinção do crédito tributário (fls. 592/605).

A Fazenda interpôs embargos de divergência, sustentando, quanto ao ponto, o seguinte:

" (...) Ocorre que, em 09.02.2005, foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei Complementar nº 118, que promove alterações no Código Tributário Nacional e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 do mesmo diploma legal. Assim reza o art. 3º da citada lei:

"Art. 3º. Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 10 do art. 150 da referida Lei."

Para melhor compreensão da questão, convém transcrever os artigos 150, § 1º e 168, I, *verbis*:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento."

"Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário."

Vê-se, portanto, que, com o advento do art. 3º da Lei Complementar nº 118, cujo caráter é de lei interpretativa, findou-se a controvérsia jurisprudencial e doutrinária que girava em torno da questão do termo inicial a partir do qual deve ser contado o prazo prescricional de cinco anos para pleitear a repetição do indébito, porquanto o artigo em questão dispõe expressamente que, para efeito de

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

interpretação do inciso I do artigo 168 do Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei e, portanto, é a partir daí que começa a fluir o prazo quinquenal para que o contribuinte pleiteie a repetição do indébito. Logo, não há qualquer razão para que subsista a tese dos "cinco mais cinco". O legislador, através de interpretação autêntica, tratou de dissipar as dúvidas e apaziguar a questão.

Cabe, desde logo, uma breve digressão para que se reafirme que o art. 3º da LC n. 118 é um dispositivo interpretativo e, nesta qualidade, deve se aplicar não apenas imediatamente, mas também retroativamente. Senão, vejamos o que dispõe o art. 106, I do CTN acerca das chamadas leis interpretativas.

"Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;"

Lei interpretativa, como é de todos sabido, é aquela que não inova, que se limita a esclarecer dúvida surgida com o dispositivo anterior. Excepcionalmente o ordenamento jurídico permite sua aplicação a fatos pretéritos, porquanto a lei primitiva trazia em seu seio dúvida e insegurança; A lei nova visa a espantar a dúvida e restabelecer a segurança na aplicação da lei.

A Fazenda Nacional, reiteradamente, tem defendido a tese da prescrição quinquenal contada a partir do pagamento indevido. Isto porque esta é a tese que melhor se coaduna com a correta exegese dos artigos 150, § 1º e 168, I do CTN, este agora devidamente aclarado pelo dispositivo da LC n. 118, que dado seu caráter interpretativo deve ter seus efeitos projetados inclusive sobre fatos ocorridos antes de sua vigência. Tal entendimento é reforçado pelo disposto no art. 4º da LC n. 118, verbis:

"Art. 4º - Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional" (fls.616/618).

A 1ª Seção negou provimento aos embargos em acórdão por mim relatado e assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ NA APRECIÇÃO DO ERESP 435.835/SC. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO CONSIGNADO NO VOTO DO ERESP 327.043/DF.

1. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, Rel. para o acórdão Min. José Delgado, sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador, sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo *a quo* do prazo ao universal princípio da *actio nata* (voto-vista proferido nos autos do ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003).

Superior Tribunal de Justiça

2. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1º, 160, I, do CTN, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Portanto, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

3. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Ressalva, no particular, do ponto de vista pessoal do relator, no sentido de que cumpre ao órgão fracionário do STJ suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, nos termos do art. 97 da CF.

4. Embargos de divergência a que se nega provimento. (fl.667)

Houve embargos de declaração, visando a obter a manifestação sobre a indispensabilidade da instauração do incidente previsto no art. 97 da CF, ao fundamento de que a Seção não poderia deixar de aplicar o art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 sem que a sua inconstitucionalidade tivesse sido previamente declarada pela Corte Especial (fls. 683/689). Os embargos foram rejeitados, à consideração de que não havia omissão a ser sanada (fls. 691/695).

A Fazenda Nacional interpôs recurso extraordinário, alegando ofensa ao princípio da reserva de plenário, previsto no art. 97 da Constituição (fls 702/708). O STF deu provimento ao recurso, nos seguintes termos:

“Este Tribunal reputa declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicar - afasta a incidência de norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sobre critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição (v.g. RE 240.096, Pertence, RTJ 169/756), sendo esta a hipótese dos autos.

Portanto, está caracterizada a violação do princípio constitucional de reserva de plenário, haja vista que o acórdão recorrido que declarou a inconstitucionalidade da lei, resultou de julgamento de órgão fracionário, e não consta nos autos notícia de declaração de inconstitucionalidade proferida por órgão especial ou plenário.

Procede o presente RE, a, baseado no permissivo constitucional da alínea a, por violação ao art. 97 da Constituição (v.g. RE 273.672 - AgR, 03.09.2002, 1ª T, Ellen).

Dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, C. Pr. Civil) para reformar o acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja realizado novo julgamento nos termos do artigo 97 da Constituição Federal” (fl. 419).

Assim, cumprindo a decisão do STF, a 1ª Seção determinou o processamento de incidente de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Complementar n. 118/05, na parte que determina a aplicação retroativa do disposto no art. 3º da mesma Lei.

Em atendimento ao disposto no § 1º do art. 200 do RISTJ, o Ministério Público Federal emitiu parecer de fls. 741/750 pela declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/2005, e do não acolhimento dos embargos.

É o relatório.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : IANA NARA SÁ MACIEL CAVALCANTE E OUTROS
EMBARGADO : CAXANGÁ VEÍCULOS LTDA
ADVOGADO : GLÁUCIO MANOEL DE LIMA BARBOSA E OUTROS

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

Superior Tribunal de Justiça

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI(Relator):

I - Objeto do incidente de inconstitucionalidade

1. Para adequada compreensão do tema, importa ter presente o teor dos seguintes dispositivos:

LC 118/2005:

"Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional".

CTN:

"Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados"

O que aqui se questiona é, fundamentalmente:

(a) a natureza – se interpretativa ou não - do art. 3º da LC 118/05, e, conseqüentemente,

(b) a legitimidade constitucional do art. 4º, segunda parte, da mesma Lei, que determina a aplicação retroativa do artigo 3º, tal como prevê o art. 106, I, do CTN.

Em voto proferido perante a 1ª Seção, no julgamento dos ERESP 327.043/DF, sustentei que o citado art. 3º tem natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) e, conseqüentemente, não pode ter aplicação retroativa, sendo inconstitucional, portanto, a parte final do art. 4º. As razões de tal entendimento são as que seguem.

II - Lei interpretativa no sistema constitucional brasileiro

2. Em nosso sistema constitucional, as funções legislativa e jurisdicional estão atribuídas a Poderes distintos, autônomos e independentes entre si (CF, art; 2º). Legislar, função essencialmente conferida ao Parlamento, é criar os preceitos normativos, é impor modificação no plano do direito positivo. Já a função jurisdicional - de assegurar o cumprimento da norma, que pressupõe também a de interpretá-la previamente -, é atribuída ao Poder Judiciário. A atividade legislativa está submetida à cláusula constitucional do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI), razão pela qual as modificações do ordenamento jurídico, impostas pelo Legislativo, têm, em princípio, apenas eficácia prospectiva, não podendo ser aplicadas retroativamente. A função jurisdicional, ao contrário, atua, em regra, sobre fatos já ocorridos ou em via de ocorrer. Só excepcionalmente pode o Legislativo atuar sobre o passado, assim como só excepcionalmente pode Judiciário produzir sentenças com efeitos normativos futuros.

Todos sabemos que essa bipartição não tem caráter absoluto, comportando algumas exceções. Mas a regra geral é essa: o Legislativo produz o enunciado normativo, que vai ter

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

aplicação para o futuro; produzido o enunciado, ele assume vida própria, cabendo ao Judiciário, daí em diante, zelar pelo cumprimento da norma que dele decorre, o que comporta a função de, mediante interpretação, descobri-la e aplicá-la aos casos concretos. São atividades complementares. Como dizia Calamandrei, “O Estado defende com a jurisdição sua autoridade de legislador” (CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, vol. I, p. 175).

3. Interpretar um enunciado normativo é buscar o seu sentido, o seu alcance, o seu significado. “A interpretação”, escreveu Eros Grau, “é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. (...) Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto (preceito, disposição)” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2ª ed., SP, Malheiros, 2003, p. 78). E observa, mais adiante: “As disposições são dotadas de um significado, a elas atribuído pelos que operaram no interior do procedimento normativo, significado que a elas desejaram imprimir. Sucede que as disposições devem exprimir um significado para aqueles aos quais são endereçadas. Daí a necessidade de bem distinguirmos os significados imprimidos às disposições (enunciados, textos), por quem as elabora e os significados expressados pelas normas (significados que apenas são revelados através e mediante a interpretação, na medida em que as disposições são transformadas em normas)” (op. cit., p. 79).

Prossegue o autor: “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação – uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. Observa Celso Antônio Bandeira de Mello (...) que (...) é a interpretação que especifica o conteúdo da norma. Já houve quem dissesse, em frase admirável, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que resulta da interpretação. De resto, Kelsen já ensinara que a norma é uma moldura. Deveras, quem outorga, afinal, o conteúdo específico é o intérprete, (...). As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. (...) As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem (...)” (op. cit., p. 80).

4. Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador, o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu

Superior Tribunal de Justiça

intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.

5. Nesse contexto, a edição, pelo legislador, de lei interpretativa, com efeitos retroativos, somente é concebível em caráter de absoluta excepcionalidade, sob pena de atentar contra os dois postulados constitucionais já referidos: o da autonomia e independência dos Poderes (art. 2º, da CF) e o do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Lei interpretativa retroativa só pode ser considerada legítima quando se limite a simplesmente reproduzir (= produzir de novo), ainda que com outro enunciado, o conteúdo normativo interpretado, sem modificar ou limitar o seu sentido ou o seu alcance. Isso, bem se percebe, é hipótese de difícil concreção, quase inconcebível, a não ser no plano teórico, ainda mais quando se considera que o conteúdo de um enunciado normativo reclama, em geral, interpretação sistemática, não podendo ser definido isoladamente. “Interpretar uma norma”, escreveu Juarez Freitas, “é interpretar um sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito” (FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, SP, Malheiros, 1995, p. 47). Ora, lei que simplesmente reproduz a já existente, ainda que com outras palavras, seria supérflua; e lei que não é assim, é lei que inova e, portanto, não pode ser considerada interpretativa e nem, conseqüentemente, ser aplicada com efeitos retroativos.

III - Natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do art. 3º da LC 118/05

6. Ainda que se admita a possibilidade de edição de lei interpretativa, como prevê o art. 106, I, do CTN, mas considerando o que antes se disse sobre o processo interpretativo e seus agentes oficiais (= a norma é aquilo que o Judiciário diz que é), evidencia-se como hipótese paradigmática de lei inovadora (e não simplesmente interpretativa) aquela que, a pretexto de interpretar, confere à norma interpretada um conteúdo ou um sentido diferente daquele que lhe foi atribuído pelo Judiciário ou que limita o seu alcance ou lhe retira um dos seus sentidos possíveis.

É o que ocorre no caso em exame. Com efeito, sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

Essa jurisprudência certamente não tem a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes. Em muitos casos, eu mesmo já manifestei minha discordância pessoal em relação a ela, como, v.g., no voto vista proferido no ERESP 423.994, 1ª Seção, rel. Min. Peçanha Martins, onde apontei sua fragilidade por desconsiderar inteiramente “um princípio universal em matéria de prescrição: o princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Bookseller Editora, 2.000, p. 332)”. “Realmente”, sustentei, “ocorrendo o pagamento indevido, nasce desde logo o direito a haver a repetição do respectivo valor, e, se for o caso, a pretensão e a correspondente ação para a sua tutela jurisdicional. Direito, pretensão e ação são incondicionados, não estando subordinados a qualquer ato do Fisco ou a decurso de tempo. Mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o direito, a pretensão e a ação nascem tão pronto ocorra o fato

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

objetivo do pagamento indevido. Sob este aspecto, pareceria mais adequado ao princípio da *actio nata* aplicar, inclusive em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o disposto art. 168, I, combinado com o art. 156, I, do CTN, ou seja: o prazo prescricional (ou decadencial) para a repetição do indébito conta-se da extinção do crédito (art. 168, I), que, por sua vez, ocorre com o pagamento (art. 156, I). Observe-se que, mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o pagamento antecipado também extingue o crédito, ainda que sob condição resolutória (CTN, 150, § 1º).”

Todavia, inobstante as reservas e críticas que possa merecer, o certo é que a jurisprudência do STJ, em inúmeros precedentes, definiu o conteúdo dos enunciados normativos em determinado sentido, e, bem ou mal, a interpretação que lhes conferiu o STJ é a interpretação legítima, porque emanada do órgão constitucionalmente competente para fazê-lo. Ora, o art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele atribuído pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições normativas interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Se, como se disse, a norma é aquilo que o Judiciário, como seu intérprete, diz que é, não pode ser considerada simplesmente interpretativa a lei que atribui a ela outro significado. Em outras palavras: não pode ser considerada interpretativa a lei que tem o evidente objetivo de modificar a jurisprudência dos Tribunais. Somente a jurisprudência é que pode, legitimamente, alterar a jurisprudência.

IV - Inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05

7. Não se nega ao Legislativo o poder de alterar a norma (e, portanto, se for o caso, também a interpretação formada em relação a ela). Pode, sim, fazê-lo, mas não com efeitos retroativos. Admitir a aplicação do art. 3º da LC 118/2005, sobre os fatos passados, nomeadamente os que são objeto de demandas em juízo, seria consagrar verdadeira invasão, pelo Legislativo, da função jurisdicional, comprometendo a autonomia e a independência do Poder Judiciário. Significaria, ademais, consagrar ofensa à cláusula constitucional que assegura, em face da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Portanto, o referido dispositivo, por ser inovador no plano das normas, somente pode ser aplicado legitimamente a situações que venham a ocorrer a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005, que ocorreu 120 dias após a sua publicação (art. 4º), ou seja, no dia 09 de junho de 2005.

Tratando-se de norma que reduz prazo de prescrição, cumpre observar, na sua aplicação, a regra clássica de direito intertemporal, afirmada na doutrina e na jurisprudência em situações dessa natureza: o termo inicial do novo prazo será o da data da vigência da lei que o estabelece, salvo se a prescrição (ou, se for o caso, a decadência), iniciada na vigência da lei antiga, vier a se completar, segundo a lei antiga, em menos tempo. São precedentes do STF nesse sentido:

"Prescrição Extintiva. Lei nova que lhe reduz prazo. Aplica-se à prescrição em curso, mas contando-se o novo prazo a partir da nova lei. Só se aplicará a lei antiga, se o seu prazo se consumir antes que se complete o prazo maior da lei nova, contado da vigência desta, pois seria absurdo que, visando a lei nova reduzir o prazo, chegasse a resultado oposto, de ampliá-lo" (RE 37.223, Min. Luiz Gallotti, julgado em 10.07.58).

"Ação Rescisória. Decadência. Direito Intertemporal. Se o restante do prazo de decadência fixado na lei anterior for superior ao novo prazo estabelecido pela lei nova, despreza-se o período já transcorrido, para levar-se em conta, exclusivamente, o prazo da lei nova, a partir do início da sua vigência" (AR 905/DF, Min. Moreira Alves, DJ de 28.04.78).

Superior Tribunal de Justiça

No mesmo sentido: RE 93.110/RJ, Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 05.11.80; AR 1.025-6/PR, Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 13.03.81.

É o que se colhe, também, de abalizada doutrina, como, v.g., a de Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1998, Tomo VI, p. 359), Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1976, volume V, p. 205-207) e Galeno Lacerda, este com a seguinte e didática lição sobre situação análoga (redução do prazo da ação rescisória, operada pelo CPC de 1973):

“A mais notável redução de prazo operada pelo Código vigente incidiu sobre o de propositura da ação rescisória. O velho e mal situado prazo de cinco anos prescrito pelo Código Civil (art. 178, § 10, VIII) foi diminuído drasticamente para dois anos (art. 495). Surge, aqui, interessante problema de direito transitório, quanto à situação dos prazos em curso pelo direito anterior. A regra para os prazos diminuídos é inversa da vigente para os dilatados. Nestes, como vimos, soma-se o período da lei antiga ao saldo, ampliado, pela lei nova. Quando se trata de redução, porém, não se podem misturar períodos regidos por leis diferentes: ou se conta o prazo, todo ele pela lei antiga, ou todo, pela regra nova, a partir, porém, da vigência desta. Qual o critério para identificar, no caso concreto, a orientação a seguir? A resposta é simples. Basta que se verifique qual o saldo a fluir pela lei antiga. Se for inferior à totalidade do prazo da nova lei, continua-se a contar dito saldo pela regra antiga. Se superior, despreza-se o período já decorrido, para computar-se, exclusivamente, o prazo da lei nova, na sua totalidade, a partir da entrada em vigor desta. Assim, por exemplo, no que concerne à ação rescisória, se já decorreram quatro anos pela lei antiga, só ela é que há de vigorar: o saldo de um ano, porque menor ao prazo do novo preceito construa a fluir, mesmo sob a vigência deste. Se, porém, passou-se, apenas, um ano sob o direito revogado, o saldo de quatro, quando da entrada em vigor da regra nova, é superior ao prazo por esta determinado. Por este motivo, a norma de aplicação imediata exige que o cômputo se proceda, exclusivamente, pela lei nova, a partir, evidentemente, de sua entrada em vigor, isto é, os dois anos deverão contar-se a partir de 1º de janeiro de 1974. O termo inicial não poderia ser, nesta hipótese, o do trânsito em julgado da sentença, operado sob lei antiga, porque haveria, então, condenável retroatividade” (O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes, Forense, 1974, pp. 100-101).

Câmara Leal tem pensamento semelhante:

“Estabelecendo a nova lei um prazo mais curto de prescrição, esse começará a correr da data da nova lei, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo, segundo essa lei, que, nesse caso, continuaria a regê-la, relativamente ao prazo” (Da Prescrição e da Decadência, Forense, 1978, p.90).

Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

8. Ocorre que o art. 4º da Lei Complementar 118/2005, em sua segunda parte, determina, de modo expresso, que, relativamente ao seu art. 3º, seja observado “o disposto no art. 106, I, da

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”, vale dizer, que seja aplicada inclusive aos atos ou fatos pretéritos. Ora, conforme antes demonstrado, a aplicação retroativa do dispositivo importa, nesse caso, ofensa à Constituição, nomeadamente ao seu art. 2º (que consagra a autonomia e independência do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo) e ao inciso XXXVI do art. 5º, que resguarda, da aplicação da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

9. Ante o exposto, acolho o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005. É o voto.



Julgados Selecionados

Ação de Improbidade

Administrativa nº 30-AM

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
REQUERENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
REQUERIDO : **SOLANGE MARIA SANTIAGO MORAIS**
ADVOGADO : **IRINEU DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**
REQUERIDO : **BENEDITO CRUZ LYRA**
ADVOGADO : **IRINEU DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trata-se de ação de improbidade administrativa originária (fls. 03-11), proposta pelo Ministério Público Federal contra Solange Maria Santiago Morais e Benedito Cruz Lyra, juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, objetivando a imposição das sanções previstas no art. 12, III, da Lei 8.429/92. Proposta perante a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas, a ação veio a este Tribunal por força de decisão da Corte Especial, proferida no julgamento do AgRg na Rcl 2.115/AM (Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 16/12/2009 - fls. 907-915). Com a subida dos autos a esta Corte, o Ministério Público Federal em sua manifestação de fls. 931/946, suscitou, (a) preliminarmente, a incompetência desta Corte Superior para o julgamento originário da demanda; (b) e, subsidiariamente, seu regular prosseguimento. No julgamento do AgRg na AIA 30 (DJe de 10/02/2011), a Corte Especial indeferiu o pedido relativo à declaração de incompetência deste Tribunal. Foi interposto recurso extraordinário pelo Ministério Público Federal (fls. 996/1.015), o qual foi inadmitido (fls. 1.029/1.030). Essa decisão transitou em julgado em 09 de maio de 2011 (fl. 1.033).

Afirmada a competência originária do STJ, cumpre proferir o juízo inicial de recebimento da ação, nos termos do art. 17, § 8º e 9º da Lei 8.429/92.

A petição inicial descreve os fatos nos seguintes termos:

(...)

III - DOS FATOS

Trata-se de Representação 1.13.000.000750/2004-18 instaurada para apurar atos ilegais praticados pela Presidente do Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região que caracterizam a ingerência indevida da requerida na atividade dos juízes de 1ª grau do TRT/11ª Região.

Consta da mencionada representação que a MM. Juíza Presidente e Corregedora do TRT/11ª Região, Dra. Solange Maria Santiago Morais, editou a portaria 202 (fls. 322), com a finalidade de afastar do exercício de suas funções o Dr. Joaquim Oliveira de Lima, Juiz do Trabalho Substituto, no período de 06 a 12.3.2003, para que prolatasse quatro sentenças atrasadas relativas a processos da 3ª Vara do Trabalho de Manaus.

No dia 08.9.2003, nova Portaria de 722 (fl. 322) foi editada, designando um auxiliar instituído para prolatar as sentenças que se encontravam atrasadas, uma vez que o Dr. Joaquim Oliveira de Lima não havia cumprido determinação da Portaria 202. E, ainda, editou uma terceira Portaria 814 (fl. 334) determinando o afastamento do Juiz do Trabalho Substituto, do dia 8/10/2003 ao dia 15/10/2003, para que o mesmo cumprisse definitivamente

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

as pendências relativas aos processos das 3ª e 8ª Varas.

Novamente, através da Portaria 855 (fl. 333) editada pelo MM. Juiz Benedito Cruz Lyra - Presidente em exercício do TRT da 11ª Região em 16/10/2003, foi prorrogado até o dia 19/10/2003 o afastamento do juiz substituto mencionado. E, pela quinta vez, a MM. Juíza Solange Maria Santiago Morais prorrogou até o dia 20/10/2003, por intermédio da Portaria 862 (fl. 332), os efeitos da supracitada Portaria 855.

De acordo com a documentação apresentada, constata-se que o Juiz substituto mencionado foi afastado das suas funções por cinco Portarias, sendo quatro emitidas pela MM. Juíza Presidente e Corregedora do TRT da 11ª Região, e uma emitida pelo então Presidente do TRT/AM em exercício, MM. Juiz Benedito Cruz Lyra, sem a observância do princípio do devido processo legal, princípio este previsto na Constituição Federal.

Houve, ainda, conforme consta na Representação, o afastamento sumário, do dia 7/10/2003 até 09/10/2003, da Juíza Substituta Ana Eliza Oliveira Praciano, em decorrência da Portaria 803 (fl. 18), motivada pelo fato de a magistrada ter deixado de prolatar 10 (dez) sentenças, relativas a processos da 13ª Vara do Trabalho de Manaus.

Quando informada pela magistrada que as referidas sentenças já haviam sido prolatadas, ou seja, os motivos ensejadores da referida Portaria eram inexistentes, a Juíza Corregedora exigiu a emissão de uma certidão da Secretaria da 13ª Vara do Trabalho de Manaus, que atestasse a inexistência de sentenças a serem prolatadas.

Somente no dia 09/10/2003, quando de posse do ofício enviado pela Secretaria da referida Vara, que atestava a inexistência do motivo que ensejou o afastamento da Juíza Substituta, a MM. Juíza Corregedora fez com que se publicasse nova Portaria revogando os efeitos da Portaria 803, ordenando a permanência da magistrada Ana Eliza Praciano como auxiliar da 2ª Vara do Trabalho de Manaus, conforme portaria 780/2003 (fl. 19).

Mais uma vez, no dia 20/01/2004, através da Portaria 51 (fl. 19), resolveu a Juíza Presidente e Corregedora afastar a Juíza Substituta Ana Eliza de Oliveira Praciano de suas funções, nos dias 21 e 22/01/2004, para que prolatasse quatro sentenças de embargos à execução, referentes a processos da 2ª Vara do Trabalho de Manaus.

Não conformada com aquele afastamento, a MM. Juíza apenas interpôs recurso ordinário perante o Col. TST, obtendo em julgamento de cautelar incidental, o deferimento de medida liminar de suspensão do ato, em decisão do Min. José Luciano Castilho Pereira, que encontrava-se no exercício da Presidência.

É de grande valia observar que, em seu despacho, o Ministro José Luciano argumentou que 'como se observa pela leitura do artigo 42 da LOMAN, as únicas penas disciplinares admitidas são as de advertência, censura, remoção compulsória, disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, aposentadoria compulsória e demissão', concluindo que 'verifica-se num exame apriorístico, como é próprio das liminares, que a citada Portaria sustentada na Resolução do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, impôs à magistrada, ora requerente, penalidade sem respaldo legal, tornando-se dessa maneira, passível de reparos'.

Na documentação apresentada, constata-se a intenção punitiva da magistrada ao emitir portarias de suspensão, uma vez que utilizou a expressão 'puxão de orelha' para designá-las, conforme fl. 64.

Superior Tribunal de Justiça

Tais irregularidades evidenciam a prática de atos de improbidade administrativa que violam princípios constitucionais da Administração Pública (...) (fls. 07/09).

Os requeridos apresentaram suas manifestações por escrito (fls. 968/982), em conformidade com art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92. Alegam que: (a) não há amparo legal para aplicação da lei de improbidade administrativa em face de integrantes de Tribunal Regional do Trabalho, já que, por serem agentes políticos, somente podem ser "acusados de crime de responsabilidade"; (b) os atos não foram praticados com dolo, má-fé ou desonestidade, pois não tiveram qualquer intenção de contrariar a lei, bem assim, os princípios que regem a administração pública, tampouco objetivaram prejudicar, de qualquer maneira, os juízes. "Ao revés, (...) ficaram temporariamente desobrigados de exercer as tarefas burocráticas da vara onde atuavam para se dedicar apenas a atualizar o seu trabalho de prolação de sentenças atrasadas"; (c) as Portarias foram editadas com base nos arts. 38, IX, do Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região e 656, § 2º, da CLT, já que os juízes Ana Eliza e Joaquim Oliveira "estavam com diversas sentenças atrasadas, descumprindo expressamente o disposto no art. 35, II, da LOMAN". Pedem, assim, a rejeição da petição inicial.

O Ministério Público (fl. 1.035), por sua vez, reitera o pedido de recebimento da inicial nos termos do art. 17, § 9º, da Lei 8.429/92.
É o relatório.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Nº 30 - AM (2010/0157996-6) (f)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
REQUERENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
REQUERIDO : SOLANGE MARIA SANTIAGO MORAIS
ADVOGADO : IRINEU DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
REQUERIDO : BENEDITO CRUZ LYRA
ADVOGADO : IRINEU DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE.

1. A jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza (Rcl 2.790/SC, DJe de 04/03/2010).

2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10.

3. No caso, aos demandados são imputadas condutas capituladas no art. 11 da Lei 8.429/92 por terem, no exercício da Presidência de Tribunal Regional do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juízes de primeiro grau do exercício de suas funções, para que proferissem sentenças em processos pendentes. Embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, a petição inicial não descreve nem demonstra a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa dos demandados.

4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92).

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Sem razão os requeridos quando sustentam que, por serem agente políticos - membros do

Superior Tribunal de Justiça

Tribunal Regional do Trabalho -, não estão submetidos ao regime da Lei 8.429/92, mas unicamente ao da Lei 1.079/1950, que trata de crimes de responsabilidade. Essa Corte Especial, na Rcl 2.790/SC, de que fui relator (DJe de 04/03/2010), deixou assentado que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, não há norma constitucional alguma que imunize os agentes públicos de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Na oportunidade, proferi voto nos seguintes termos:

1. Não está inteiramente pacificada no STF a questão relacionada com a legitimidade ou não do duplo regime sancionatório dos agentes políticos em decorrência de atos de improbidade. Em julgamento pioneiro sobre a aplicação ou não da Lei 8.429/92 a Ministro de Estado, vingou no Supremo Tribunal Federal, por escassa maioria, o entendimento de que "o sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4.º (regulado pela Lei 8.429/1992), e o regime fixado no art. 102, I, c (disciplinado pela Lei 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4.º) pudesse abranger também atos praticados por agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição", razão pela qual "somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos" (STF, Recl. 2.138, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ* 10.04.2008).

A corrente contrária sustentou que a Constituição não impede, mas, ao contrário, admite expressamente (no § 4.º do art. 37) a duplicidade de regime (civil e penal) para os ilícitos de improbidade. Ademais, nem todos os atos de improbidade previstos na Lei 8.429/92 estão tipificados como crimes de responsabilidade pela Lei 1.079/50, razão pela qual o duplo regime somente se configuraria, se proibido fosse, em relação às tipificações coincidentes, não quanto às demais. Mesmo para essa corrente, todavia, a aplicação da Lei 8.429/92 deve ser mitigada em relação aos agentes políticos, para os quais não é admissível a imposição da sanção de perda do cargo ou de suspensão dos direitos políticos, ao menos em juízo de primeiro grau ou antes do trânsito em julgado. Relativamente a esses agentes, a referida Lei deve, portanto, ser adotada, mas com ablação dessas sanções. São ilustrativos desta polêmica, além dos votos proferidos naquele precedente e em outros julgados do STF, os que constam da ADI 2.860-0, Min. Pertence, *DJ* 19.12.2006.

2. Um ponto comum pode ser identificado nas duas correntes: implícita ou explicitamente, ambas reconhecem e procuram superar a perplexidade de submeter agentes políticos detentores dos cargos de maior nível institucional e de responsabilidade política do País (que, em matéria penal, têm foro por prerrogativa de função, mesmo por crimes que acarretam simples pena de multa pecuniária) à possibilidade de sofrerem sanção de perda do cargo ou de suspensão de direitos políticos em processo de competência de juiz de primeiro grau. Ainda quando subordinada a aplicação da pena ao trânsito em julgado, o processo nem sempre teria condições de ser apreciado pelos Tribunais Superiores, cuja competência é restrita a hipóteses de ofensa à Constituição (STF) ou às leis federais (STJ), sendo-lhes vedado o reexame dos fatos da causa. Cada corrente dá a esse problema solução a seu modo: uma simplesmente imuniza os agentes políticos da aplicação da Lei de Improbidade e a outra afasta ou mitiga a aplicação das sanções mais graves, acima indicadas.

Certamente por influência dessa preocupação comum, há nas duas correntes a invocação cumulativa de elementos argumentativos de natureza substancialmente diferente: fundamentos de ordem instrumental (regime de competência para julgar a ação de improbidade ou o crime de responsabilidade) são trazidos para sustentar conclusões de natureza material (duplicidade

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

do regime jurídico do ilícito, sua tipificação e seus agentes). Percebe-se, outrossim, que disposições normativas infraconstitucionais, especialmente as da Lei 1.079/50, são reiteradamente invocadas como elementos de argumentação para interpretar o sistema sancionador constitucional, invertendo, de certo modo, o sentido da hierarquia das normas, que deve ser vertical, mas de cima para baixo, e não o contrário.

3. Olhada a questão sob o ângulo exclusivamente constitucional e separados os elementos de argumentação segundo a sua natureza própria, é difícil justificar a tese de que todos os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade (nos termos da Lei 1.079/50 ou do Decreto-Lei 201/67) estão imunes, mesmo parcialmente, às sanções do art. 37, § 4.º, da Constituição. É que, segundo essa norma constitucional, qualquer ato de improbidade está sujeito às sanções nela estabelecidas, inclusive à da perda do cargo e à da suspensão de direitos políticos. Ao legislador ordinário, a quem o dispositivo delegou competência apenas para normatizar a "forma e gradação" dessas sanções, não é dado limitar o alcance do mandamento constitucional. Somente a própria Constituição poderia fazê-lo e, salvo em relação a atos de improbidade do Presidente da República adiante referidos, não se pode identificar no texto constitucional qualquer limitação dessa natureza.

4. Realmente, as normas constitucionais que dispõem sobre crimes de responsabilidade podem ser divididas em dois grandes grupos: um que trata exclusivamente de competência para o processo e julgamento de tais crimes, estabelecendo foro por prerrogativa de função; e outro que dispõe sobre aspectos objetivos do crime, indicando condutas tipificadoras. Situado no primeiro grupo, o art. 52 estabelece que "compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade". Nos termos do art. 96, III, compete privativamente "aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes (...) de responsabilidade (...)". Segundo o art. 102, I, c, compete ao Supremo Tribunal Federal "processar e julgar, originariamente, (...) nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente". Nos termos do art. 105, I, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos crimes de responsabilidade, "os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais". E, nos termos do art. 108, I, aos Tribunais Regionais Federais compete processar e julgar, originariamente, nos crimes de responsabilidade, "os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, (...) e os membros do Ministério Público da União (...)".

Ora, não se pode identificar nessas normas do primeiro grupo – de natureza exclusivamente *instrumental* – qualquer elemento que indique sua incompatibilidade *material* com o regime do art. 37, § 4.º, da Constituição. O que elas incitam é um problema de natureza *processual*, concernente à necessidade de compatibilizar as normas sobre prerrogativa de foro com o processo destinado à aplicação das sanções por improbidade administrativa, nomeadamente as que importam a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos.

Superior Tribunal de Justiça

5. O segundo grupo de normas constitucionais é o das que indicam o elemento objetivo da conduta caracterizadora do crime de responsabilidade. A teor do § 2.º do art. 29-A, "constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal: I – efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo; II – não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou III – enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária". E, nos termos do § 3.º do mesmo artigo, "constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1.º deste artigo", segundo o qual "a Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores". No *caput* do art. 50 tipifica-se como "crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada" de comparecimento de Ministro de Estado ou de "quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República" quando convocados pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, para "prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado". Essas mesmas autoridades, a teor § 2.º do mesmo art. 50, cometem crime de responsabilidade com "a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas", em face de pedidos de informações feitos pelas Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. No art. 85, estabelece a Constituição que "são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV – a segurança interna do País; V – a probidade na administração; VI – a lei orçamentária; VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais". Segundo o § 6.º do art. 100, "o Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade". E, finalmente, no § 1.º do art. 167 está determinado, "sob pena de crime de responsabilidade", que "nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão (...)".

Como se percebe, a única alusão a improbidade administrativa como crime de responsabilidade, nesse conjunto normativo do segundo grupo, é a que consta do inciso V do art. 85, ao considerar crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República contra a "probidade na administração", dando ensejo a processo e julgamento perante o Senado Federal (art. 86). Somente nesta restrita hipótese, conseqüentemente, é que se identifica, no âmbito *material*, uma concorrência de regimes, o geral do art. 37, § 4.º, e o especial dos arts. 85, V, c 86.

É certo que não se pode negar ao legislador ordinário a faculdade de dispor sobre aspectos *materiais* dos crimes de responsabilidade, tipificando outras condutas além daquelas indicadas no texto constitucional. É inegável que essa atribuição existe, especialmente em relação a condutas de autoridades que a própria Constituição, sem tipificar, indicou como possíveis agentes do crime. Todavia, no desempenho de seu mister, ao legislador cumpre observar os limites próprios da atividade normativa infraconstitucional, que não o autoriza a afastar ou a restringir injustificadamente o alcance de qualquer preceito constitucional. Por isso mesmo, não lhe será lícito, a pretexto de tipificar crimes de responsabilidade, excluir os respectivos agentes das sanções decorrentes do comando superior do art. 37, § 4.º.

6. O que se conclui, em suma, é que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (sujeitos, por força da própria Constituição, a regime especial), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria igualmente incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. O que há, inegavelmente, é uma situação de natureza estritamente *processual*, que nem por isso deixa de ser sumamente importante no âmbito institucional, relacionada com a competência para o processo e

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

juízo de improbidade, já que elas podem conduzir agentes políticos da mais alta expressão a sanções de perda do cargo e à suspensão de direitos políticos. Essa é a real e mais delicada questão institucional que subjaz à polêmica sobre atos de improbidade praticados por agentes políticos. Ora, a solução constitucional para o problema, em nosso entender, está no reconhecimento, também para as ações de improbidade, do foro por prerrogativa de função assegurado nas ações penais.

Cumpra registrar, ademais, que o fato aqui imputado aos requeridos, Juizes de Tribunal Regional do Trabalho, não encontra tipificação como crime de responsabilidade. A disposição normativa de tipificação de membro de tribunal de segundo grau é a do art. 39-A, parágrafo único da Lei 1.079, de 10 de abril de 1950, que se refere a desembargador como sujeito ativo e que remete aos crimes contra lei orçamentária, os quais, por sua vez, somente podem ser praticados pelo Presidente e respectivo substituto quando no exercício da Presidência do Tribunal.

2. Todavia, no caso, não há como superar positivamente o juízo de admissibilidade da ação. A jurisprudência pacificada no âmbito da 1ª Seção, que julga recursos da espécie, acompanhando entendimento maciço da doutrina especializada (v.g.: "*Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*", Fábio Medina Osório, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; "*Improbidade Administrativa*", Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 296-299), enfatiza o entendimento de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, razão pela qual é indispensável, para a sua caracterização, que a conduta do agente seja dolosa (condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92), ou pelo menos evitada de culpa grave (condutas do artigo 10). Nesse sentido: ERes 479.812, 1ª Seção, de minha relatoria, DJ de 27/09/10; EResp 917.437, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 22/10/10; REsp 827.445, 1ª T., de minha relatoria, DJ de 08/03/10; REsp 734.984/SP, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 16.06.2008; AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006; e REsp 604.151/RS, de que fui relator para o acórdão, DJ de 08.06.2006, com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 8.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.

(...)

2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa.

3. Recurso especial provido.

Em voto de relator nos ERes 479.812, 1ª Seção, DJ de 27/09/10, acompanhado por unanimidade, registrei:

Realmente, o princípio da legalidade impõe que a sanção por ato de improbidade esteja associada ao princípio da tipicidade. Reflexo da aplicação desses princípios é a descrição, na Lei 8.429, de 1992, dos atos de improbidade administrativa e a indicação das respectivas

Superior Tribunal de Justiça

penas. Tais atos estão divididos em três grandes 'tipos', cujos núcleos centrais estão assim enunciados: '(...) auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei' (art. 9.º); ensejar, por 'qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa (...)', a 'perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei' (art. 10); e violar, por 'qualquer ação ou omissão (...)', 'os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições' (art. 11).

Apenas para as condutas do art. 10 está prevista a forma culposa, o que significa dizer que, nas demais, o tipo somente se perfectibiliza mediante dolo. A tal conclusão se chega por aplicação do princípio da culpabilidade, associado ao da responsabilidade subjetiva, por força dos quais não se tolera responsabilização objetiva nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas. O silêncio da lei, portanto, tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11.

Deve-se considerar, a propósito, que o § 6.º do art. 37 da Constituição, ao estatuir a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado, preservou, quanto a seus agentes causadores do dano, a responsabilidade de outra natureza, subordinada a casos de dolo ou culpa. Sua responsabilidade objetiva, em consequência, demandaria, no mínimo, previsão normativa expressa, que, ademais, dificilmente se compatibilizaria com a orientação sistemática ditada pelo preceito constitucional. Não é por acaso, portanto, que, no âmbito da Lei 8.429/92 (editada com o objetivo de conferir maior efetividade aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inscritos no *caput* do mesmo dispositivo da Constituição), há referência a 'ação ou omissão, dolosa ou culposa' no art. 5.º, que obriga ao ressarcimento do dano, em caso de lesão ao patrimônio público, e no art. 10, que descreve uma das três espécies de atos de improbidade, qual seja a dos atos que causam prejuízo ao erário. O silêncio da lei com respeito ao elemento subjetivo na descrição dos outros dois tipos de atos de improbidade - os que importam enriquecimento ilícito (art. 9.º) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) - certamente não pode ser interpretado como consagração da responsabilidade objetiva, diante de sua excepcionalidade em nosso sistema. Trata-se de omissão a ser colmatada a luz do sistema e segundo o padrão constitucional, que é o da responsabilidade subjetiva.

3. Pois bem. A presente ação de improbidade administrativa imputa a membros do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (Solange Moraes e Benedito Lyra) a prática do ilícito previsto no art. 11, I da Lei 8.429/92 ("*Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência*"). Alegou-se que a requerida Solange Maria editou a Portaria 202 de 25 de fevereiro de 2003 (fl. 636), do seguinte teor:

A PRESIDENTE E CORREGEDORA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 11ª REGIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e

CONSIDERANDO que compete ao Presidente do Tribunal, na qualidade de Corregedor, exercer vigilância sobre o cumprimento dos deveres e sobre os prazos para prolação da sentença (art. 22, X, do Regimento Interno);

CONSIDERANDO, ainda, que o Exmº Sr. Dr. Joaquim Oliveira de Lima, Juiz do Trabalho Substituto, deixou de prolatar sentenças em 4 (quatro) processos, cujas publicações encontram-se em atraso;

RESOLVE

DETERMINAR o afastamento do Exmº Sr. Dr. Joaquim Oliveira de Lima, Juiz do Trabalho Substituto, de suas funções, no período de 6 a 12.3.2003, especificamente para prolatar as 4

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

(quatro) sentenças atrasadas e relativas a processos da 3ª Vara do Trabalho de Manaus.

Dê-se ciência.

Publique-se.

SOLANGE MARIA SANTIAGO MORAIS

Juíza Presidente do TRT da 11ª Região.

Nessa linha, alegou-se que foram editadas as demais Portarias, de conteúdo semelhante, indicadas na inicial. À exceção da Portaria 855, assinada pelo requerido Benedito Lyra (no exercício da Presidência do TRT), todas foram editadas pela requerida Solange Moraes, então presidente e corregedora daquele Tribunal, a saber:

(a) Portaria 722 de 08 de setembro de 2003 (fl. 638): designa o magistrado Joaquim Oliveira para *"auxiliar na 8ª Vara de Manaus, no período de 9 a 18.9.2003, especificamente para prolatar as sentenças atrasadas e relativas a processos da 8ª Vara do Trabalho de Manaus"* (fls. 638/642);

(b) Portaria 814 de 08 de outubro de 2003 (fl. 645): determina o afastamento do juiz Joaquim Oliveira, *"de suas funções, a partir das 9h30min do dia 8.10, até o dia 15.10.2003, para solucionar definitivamente as pendências relativas a processos das MM 8ª e 3ª Vara do Trabalho de Manaus"*;

(c) Portaria 855 de 16 de outubro de 2003 (fl. 646): prorrogou até o dia 19.10.2003 os efeitos da portaria 814, *"para solucionar definitivamente as pendências relativas a processos das MM 8ª e 3ª Varas do Trabalho de Manaus"*;

(d) Portaria 862 de 20 de outubro de 2003 (fl. 648): prorrogou até o 20.10.2003, mais uma vez, os efeitos da portaria 814, *"para solucionar definitivamente as pendências relativas a processos das MM 3ª Vara do Trabalho de Manaus"*.

(e) Portaria 803 (fl. 32): determina o afastamento da magistrada Ana Eliza Oliveira Praciano, *"de suas funções, no período de 7. a 9.10.2003, especificamente para prolatar as 10 (dez) sentenças atrasadas e relativas a processos a 13ª Vara do Trabalho de Manaus"*; e

(f) Portaria 51 de 20 de janeiro de 2004 (fl. 33-34): também determina o afastamento da juíza Ana Eliza, *"de suas funções, nos dias 21.01 e 22.01.2004, especificamente para prolatar as 4 (quatro) sentenças de embargos à execução atrasadas e relativas a processos da 2ª Vara do Trabalho de Manaus"*.

Ora, a petição inicial, embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, em nenhum momento afirma ter havido conduta dolosa de parte dos demandados. No concernente ao elemento subjetivo da conduta, limitou-se o Ministério Público a referir que, ao editarem essas Portarias *"para prolação de sentenças atrasadas"*, os demandados intencionalmente aplicaram uma pena disciplinar - *"uma vez que foi utilizada a expressão 'puxão de orelha'"* - não prevista no rol taxativo do art. 42 da LC 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) e, assim agindo, *"os magistrados ampliaram o rol de espécies de sanção punitiva para magistrados que porventura possuam pendências processuais"*, com esses atos, *"violaram um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o da legalidade, uma vez que não observaram a determinação contida na lei (...) esse princípio significa que todo o*

Superior Tribunal de Justiça

administrador está, no exercício de sua atividade funcional, vinculado aos dispositivos legais, sob pena de prática de ato inválido" (fl. 10).

Como se percebe, o fundamento da demanda tem relação com juízo sobre a legalidade do ato praticado, não com a improbidade da conduta de quem o praticou. Na verdade, cumpria ao autor da ação descrever de forma clara e verossímil que a conduta dos agentes foi movida, não com a intenção indicada nas Portarias, mas com a má intenção de desvirtuar dolosamente os princípios constitucionais que regem a administração da justiça. Nada disso consta da inicial, nem se pode deduzir da narrativa dos fatos.

Pelo contrário, cumpre registrar que o próprio Pleno do Tribunal editou a Resolução Administrativa 129-A de 21 de outubro de 2003 (posterior à edição de algumas das Portarias objeto da ação de improbidade), *"por unanimidade de votos"*, em que resolveu manter *"as providências tomadas pela Exma. Juíza Solange Maria Santiago Morais, Presidente e Corregedora do Tribunal, com relação ao atraso de sentenças e andamentos de processos, até que se esgotem suas funções como Corregedora"* (fl. 616). Posteriormente, na sessão administrativa ocorrida no dia 13 de janeiro de 2004, o Pleno do Tribunal - considerando *"o que ficou estabelecido na Resolução Administrativa 129-A/2003"*, *"que a Exma. Sra. Juíza Ana Eliza Oliveira Praciano se encontra com 8 (oito) sentenças em atraso desde o dia 19/12/2003, conforme informações da 2ª VI de Manaus"* e *"que a Exma. Sra. Juíza Presidente deu conhecimento ao Tribunal Pleno que a prolação das referidas sentenças vem sendo adiada desde o dia 30/10/2003 e que foi adiada mais uma vez para o dia 16/01/2004"* (...) -, resolveu *"autorizar que a Presidência tome as medidas cabíveis, quanto à regularização das aludidas sentenças"* (Resolução Administrativa 13/2004 - fl. 719). Em suma: os atos praticados pelos demandados foram, direta ou indiretamente, cancelados pelos membros do TRT da 11ª Região que participaram das referidas sessões administrativas. Sinalc-sc que não foi colocada em dúvida a idoneidade da conduta desses demais integrantes daquele Tribunal.

Em suma: o que a petição inicial descreve é, simplesmente, a prática de atos eivados de ilegalidade, não a prática de atos de improbidade. Ora, a ilegalidade, ainda que existente, por si só não autoriza a instauração de ação destinada a aplicar as severas sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 para condutas eivadas de improbidade.

4. Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a ação, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92. É o voto.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2010/0157996-6

AIA 30 / AM

Número Origem: 200432000072197

PAUTA: 21/09/2011

JULGADO: 21/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
REQUERIDO : SOLANGE MARIA SANTIAGO MORAIS
ADVOGADO : IRINEU DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
REQUERIDO : BENEDITO CRUZ LYRA
ADVOGADO : IRINEU DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos - Improbidade Administrativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

Esteve presente, dispensada a sustentação oral, o Dr. Rodrigo Alves Chaves.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, rejeitou a ação de improbidade, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão e João Otávio de Noronha, e, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi e o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Convocados os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Raul Araújo e a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti para compor quórum.