



Súmula n. 451

SÚMULA N. 451

É legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial.

Referências:

CC/2002, art. 1.142.

CPC, art. 543-C.

CPC, art. 649, V, com redação dada pela Lei n. 11.382/2006.

Lei n. 6.830/1980, art. 11, § 1º.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

| | | |
|------------------------|---------------------|---|
| (*)REsp | 1.114.767-RS | (CE, 02.12.2009 – DJe 04.02.2010) – acórdão publicado na íntegra |
| REsp | 354.622-SP | (1ª T, 05.02.2002 – DJ 18.03.2002) |
| AgRg no Ag | 723.984-PR | (1ª T, 04.05.2006 – DJ 29.05.2006) |
| REsp | 994.218-PR | (1ª T, 04.12.2007 – DJe 05.03.2008) |
| REsp | 857.327-PR | (3ª T, 21.08.2008 – DJe 05.09.2008) |
| AgRg nos EDcl no Ag | 746.461-RS | (3ª T, 19.05.2009 – DJe 04.06.2009) |

(*) Recurso repetitivo.

Corte Especial, em 2.6.2010

DJe 21.6.2010

RECURSO ESPECIAL N. 1.114.767-RS (2009/0071861-0)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Valdomiro Moreira Carpes
Advogado: Zarur Mariano e outro(s)
Recorrido: Fazenda Nacional
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Interes.: V M Carpes
Advogado: Zarur Mariano e outro(s)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL PROFISSIONAL. BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ARTIGO 649, IV, DO CPC. INAPLICABILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL.

1. A penhora de imóvel no qual se localiza o estabelecimento da empresa é, excepcionalmente, permitida, quando inexistentes outros bens passíveis de penhora e desde que não seja servil à residência da família.

2. O artigo 649, V, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.382/2006, dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.

3. A interpretação teleológica do artigo 649, V, do CPC, em observância aos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV, da CRFB/88) e do direito fundamental de propriedade limitado à sua função social (artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB/88), legitima a inferência de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da

atividade objeto do contrato social, máxime quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual.

4. Ademais, o Código Civil de 2002 preceitua que:

“Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

5. Conseqüentemente, o “estabelecimento” compreende o conjunto de bens, materiais e imateriais, necessários ao atendimento do objetivo econômico pretendido, entre os quais se insere o imóvel onde se realiza a atividade empresarial.

6. A Lei 6.830/80, em seu artigo 11, § 1º, determina que, excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, regra especial aplicável à execução fiscal, cuja presunção de constitucionalidade, até o momento, não restou ilidida.

7. Destarte, revela-se admissível a penhora de imóvel que constitui parcela do estabelecimento industrial, desde que inexistentes outros bens passíveis de serem penhorados [Precedentes do STJ: *AgRg nos EDcl no Ag 746.461/RS*, Rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJ/BA), Terceira Turma, julgado em 19.05.2009, DJe 04.06.2009; *REsp 857.327/PR*, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 21.08.2008, DJe 05.09.2008; *REsp 994.218/PR*, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04.12.2007, DJe 05.03.2008; *AgRg no Ag 723.984/PR*, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 29.05.2006; e *REsp 354.622/SP*, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 05.02.2002, DJ 18.03.2002].

8. *In casu*, o executado consignou que:

“Trata-se de execução fiscal na qual foi penhorado o imóvel localizado na rua Marcelo Gama, n. 2.093 e respectivo prédio de alvenaria, inscrito no Registro de Imóveis sob o n. 18.082, único bem de propriedade do agravante e local onde funciona a sede da empresa individual executada, que atua no ramo de fabricação de máquinas e equipamentos industriais.

(...)

Ora, se o objeto social da firma individual é a fabricação de máquinas e equipamentos industriais, o que não pode ser feito em qualquer local,

necessitando de um bom espaço para tanto, e o agravante não possui mais qualquer imóvel - sua residência é alugada - como poderá prosseguir com suas atividades sem o local de sua sede?

Excelências, como plenamente demonstrado, o imóvel penhorado constitui o próprio instrumento de trabalho do agravante, uma vez que é o local onde exerce, juntamente com seus familiares, sua atividade profissional e de onde retira o seu sustento e de sua família. Se mantida a penhora restará cerceada sua atividade laboral e ferido o princípio fundamental dos direitos sociais do trabalho, resguardados pela Constituição Federal (art. 1º, IV, da CF). Dessa forma, conclusão outra não há senão a de que a penhora não pode subsistir uma vez que recaiu sobre bem absolutamente impenhorável."

9. O Tribunal de origem, por seu turno, assentou que:

"O inc. V do art. 649 do CPC não faz menção a imóveis como bens impenhoráveis. Tanto assim que o § 1º do art. 11 da L. 6.830/1980 autoriza, excepcionalmente, que a penhora recaia sobre a sede da empresa. E, no caso, o próprio agravante admite não ter outros bens penhoráveis.

Ademais, consta na matrícula do imóvel a averbação de outras seis penhoras, restando, portanto, afastada a alegação de impenhorabilidade.

Por fim, como bem salientou o magistrado de origem, o agravante não comprovou a indispensabilidade do bem para o desenvolvimento das atividades, limitando-se a alegar, genericamente, que a alienação do bem inviabilizaria o empreendimento."

10. Conseqüentemente, revela-se legítima a penhora, em sede de execução fiscal, do bem de propriedade do executado onde funciona a sede da empresa individual, o qual não se encontra albergado pela regra de impenhorabilidade absoluta, ante o princípio da especialidade (*lex specialis derogat lex generalis*).

11. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira,

Nilson Naves, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Gilson Dipp.

O Sr. Ministro Gilson Dipp foi substituído pelo Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 4.2.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por VALDOMIRO MOREIRA CARPES, com fulcro nas alíneas “a” e “c”, do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa restou assim vazada:

“EXECUÇÃO FISCAL. BEM IMÓVEL. IMPENHORABILIDADE. ALEGAÇÃO REJEITADA.

1. O inc. V do art. 649 do CPC não faz menção a imóveis como bens impenhoráveis. Tanto assim que o § 1º do art. 11 da L. 6.830/1980 autoriza, excepcionalmente, que a penhora recaia sobre a sede da empresa.

2. A existência de outras seis penhoras averbadas na matrícula do imóvel e a mera alegação, sem prova, de que a alienação do bem inviabilizaria o empreendimento, conduzem à rejeição da alegação de impenhorabilidade.”

Noticiam os autos que VALDOMIRO MOREIRA CARPES interpôs agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, contra decisão que, em sede de execução fiscal, não conheceu dos embargos de declaração opostos, mantendo a decisão que rejeitara exceção de pré-executividade, determinando, por consequência, o prosseguimento do feito executivo.

Em suas razões de agravar, sustentou o agravante que:

“Trata-se de execução fiscal na qual foi penhorado o imóvel localizado na rua Marcelo Gama, n. 2.093 e respectivo prédio de alvenaria, inscrito no Registro de

Imóveis sob o n. 18.082, único bem de propriedade do agravante e local onde funciona a sede da empresa individual executada, que atua no ramo de fabricação de máquinas e equipamentos industriais.

Em razão de que se trata de bem absolutamente impenhorável, nos termos do que determina o art. 649, V, do CPC, apresentou o agravante exceção de pré-executividade, a qual restou rejeitada pelo juízo a quo sob o fundamento de que o referido dispositivo não se refere a bens imóveis, bem como porque não restou demonstrado que a alienação do bem inviabilizaria as atividades da empresa.

Ora Excelências, devendo ser reformada para o fim de declarar a impenhorabilidade absoluta do imóvel constricto nos autos da execução fiscal referida, desconstituindo-se a penhora efetivada.

(...)

*Determina o artigo 649, V, do Código de Processo Civil, inciso VI antes das recentes alterações, que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis **necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.***

*Ao contrário do que restou decidido, a questão da impenhorabilidade dos bens necessários ou úteis ao exercício da profissão **é aplicável também aos bens imóveis,***

...

(...)

Ora, se o objeto social da firma individual é a fabricação de máquinas e equipamentos industriais, o que não pode ser feito em qualquer local, necessitando de um bom espaço para tanto, e o agravante não possui mais qualquer imóvel - sua residência é alugada - como poderá prosseguir com suas atividades sem o local de sua sede?

Excelências, como plenamente demonstrado, o imóvel penhorado constitui o próprio instrumento de trabalho do agravante, uma vez que é o local onde exerce, juntamente com seus familiares, sua atividade profissional e de onde retira o seu sustento e de sua família. Se mantida a penhora restará cerceada sua atividade laboral e ferido o princípio fundamental dos direitos sociais do trabalho, resguardados pela Constituição Federal (art. 1º, IV, da CF). Dessa forma, conclusão outra não há senão a de que a penhora não pode subsistir uma vez que recaiu sobre bem absolutamente impenhorável.

(...)"

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo regimental dirigido contra a decisão que indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo, nos termos da ementa anteriormente transcrita. Na oportunidade, restou assente, no voto-condutor, que:

“O inc. V do art. 649 do CPC não faz menção a imóveis como bens impenhoráveis. Tanto assim que o § 1º do art. 11 da L. 6.830/1980 autoriza, excepcionalmente, que a penhora recaia sobre a sede da empresa. E, no caso, o próprio agravante admite não ter outros bens penhoráveis.

Ademais, consta na matrícula do imóvel a averbação de outras seis penhoras, restando, portanto, afastada a alegação de impenhorabilidade.

Por fim, como bem salientou o magistrado de origem, o agravante não comprovou a indispensabilidade do bem para o desenvolvimento das atividades, limitando-se a alegar, genericamente, que a alienação do bem inviabilizaria o empreendimento.

Os argumentos expostos no agravo regimental não são capazes de alterar essa conclusão.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicado o agravo regimental.”

Opostos embargos de declaração, nos quais se aduziu que o julgado olvidara-se em emitir pronunciamento sobre o disposto no artigo 1º, IV, da Constituição Federal (valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil). De acordo com o embargante, *“a decisão proferida, mantendo a penhora sobre bem que constitui o próprio instrumento de trabalho do agravante, acarreta o cerceamento da atividade laboral, afrontando o dispositivo constitucional citado”*. Outrossim, alegou que o acórdão embargado, *“ao entender que não comprovou o agravante a indispensabilidade do bem para o desenvolvimento das atividades, não analisou as provas constantes dos autos, o que deve ocorrer, sob pena de restar ferido o que determina o art. 485, IX, § 1º, do CPC”*.

O Juízo *a quo* rejeitou os embargos de declaração, por considerar inexistentes quaisquer dos vícios enumerados no artigo 535, do CPC.

Nas razões do especial, sustenta o recorrente que o acórdão hostilizado incorreu em violação: (i) do artigo 485, IX, § 1º, do CPC, *“que estabelece como motivo para propositura de ação rescisória quando a decisão considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”*. No particular, aduz o recorrente que *“inequivocadamente não foram considerados os documentos constantes dos autos uma vez que, ao contrário do que entenderam os doutos Desembargadores, foi plenamente demonstrada a imprescindibilidade do imóvel penhorado para o exercício das atividades da empresa executada”*; e (ii) dos artigos 620, e 649, V, do CPC, ao se *“admitir como penhorável o único imóvel usado como instrumento profissional do devedor”*. De acordo com a recorrente, não há como negar que a *ratio essendi* do artigo 649, V, do CPC, *“é que as coisas ligadas diretamente ao exercício de qualquer trabalho pessoal próprio são absolutamente impenhoráveis porque representam a*

possibilidade de sustento da pessoa que o exerce, conforme entendimento de Antônio Cláudio da Costa Machado". Conclui que "não se está aqui tratando de atividade que pode ser exercida em qualquer local, como um escritório de advocacia, no qual o próprio imóvel não se mostra indispensável para o desenvolvimento das atividades, mas de firma individual que atua no ramo de fabricação de máquinas e equipamentos industriais". Caso não considerados prequestionados os aludidos dispositivos, aponta ofensa ao artigo 535, do CPC, por não ter o Tribunal de origem sanado as omissões apontadas nos embargos de declaração opostos.

Ao final, traz aresto do STJ para confronto, no sentido de que:

"Processual Civil. Recurso especial. Penhora. Imóvel utilizado profissionalmente pelo devedor como pousada. Atividade profissional essencialmente dependente da exploração econômica dos cômodos (quartos) do imóvel. Único imóvel com essa utilização.

Impenhorabilidade nos termos do art. 649, inc. VI, do CPC - Conforme pacífica jurisprudência do STJ, o art. 649, VI, do CPC só se aplica às pessoas jurídicas constituídas como empresas de pequeno porte ou micro-empresa ou, ainda, firma individual, na qual os sócios trabalham pessoalmente.

- Se o devedor tem um único imóvel utilizado profissionalmente por esse como pousada, albergue ou pensão constituída sob a forma de empresa familiar de pequeno porte, referido imóvel é impenhorável, nos termos do art. 649, inc. VI, do CPC. Interpretação em consonância com o art. 620 do CPC e, maxime, com o princípio fundamental dos valores sociais do trabalho (art. 1.º, IV, da Constituição Federal).

Recurso especial não conhecido." (REsp 891703/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007)

Às fls. 94/101, consta recurso extraordinário interposto pelo ora recorrente, inadmitido na origem.

Apresentadas contra-razões ao recurso especial, que recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância ordinária.

Em 24.09.2009, por decisão monocrática desta relatoria, o presente recurso especial foi submetido ao regime dos "recursos representativos de controvérsia" (artigo 543-C, do CPC), tendo sido afetado à Corte Especial (artigo 2º, *caput*, da Res. STJ 8/2008).

O *parquet* federal opinou pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa parte, pelo seu desprovimento, pelos seguintes fundamentos:

"O acórdão recorrido não padece de qualquer omissão (art. 535, II, CPC), pois resolveu a controvérsia com fundamento nos dispositivos legais que lhe são

correlatos, invocando expressamente o 649, V, do Código de Processo Civil, nas razões de decidir. A omissão a respeito do art. 485, IX e § 1º, do CPC, justifica-se porque o mesmo envolve normas pertinentes à ação rescisória, revelando total falta de apuro técnico tê-lo como violado. Com relação ao art. 1º, da Constituição Federal, não é o recurso especial o meio adequado para sanar omissão a seu respeito, na medida em que envolve matéria de índole constitucional.

Com relação à suposta violação ao art. 485, IX e § 1º, do CPC, conforme se disse, o mesmo trata de matéria pertinente à ação rescisória, por isso mesmo não foi prequestionado, inobstante a oposição de embargos declaratórios, ensejando, assim, a aplicação da Súmula 211/STJ ...

Por outro lado, merece ser prestigiada a interpretação que o Tribunal Regional Federal conferiu ao art. 649, V, do Código de Processo Civil, quando decidiu pela validade da penhora do imóvel onde o recorrido exerce a função de empresário individual, fabricando máquinas e equipamentos industriais.

A Lei de Execução Fiscal permite, em caráter excepcional, a penhora sobre o estabelecimento do devedor:

(...)

É certo que existe a regra da impenhorabilidade dos bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão (art. 649, V, CPC), que pode ser elástica para alcançar os bens imóveis das pequenas empresas, empresas de pequeno porte e firma individual.

Todavia, no presente caso, sobre o bem constricto, existem outras 6 (seis) penhoras, conforme revela trecho do acórdão recorrido (fl. 55). (...)

Com efeito, não pode prevalecer a alegação de impenhorabilidade absoluta do bem imóvel, porque já serve de garantia em outras seis execuções, além do que não foram encontrados outros bens passíveis de penhora, sendo de todo razoável a adoção dessa medida.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do recurso especial, uma vez prequestionada a matéria federal ventilada.

A presente controvérsia cinge-se à alegada impenhorabilidade absoluta de bem imóvel, sede da empresa individual executada, por força do disposto no artigo 649, V, do CPC (com a redação dada pela Lei 11.382/2006).

A penhora de imóvel no qual se localiza o estabelecimento da empresa é, excepcionalmente, permitida, quando inexistentes outros bens passíveis de penhora e desde que não seja servil à residência da família.

O artigo 649, V, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.382/2006, dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.

A interpretação teleológica do artigo 649, V, do CPC, em observância aos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV, da CRFB/88) e do direito fundamental de propriedade limitado à sua função social (artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB/88), legitima a inferência de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social, máxime quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual.

Ademais, o Código Civil de 2002 preceitua que:

“Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

Conseqüentemente, o “estabelecimento” compreende o conjunto de bens, materiais e imateriais, necessários ao atendimento do objetivo econômico pretendido, entre os quais se insere o imóvel onde se realiza a atividade empresarial.

Nada obstante, a Lei 6.830/80, em seu artigo 11, § 1º, determina que, excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, regra especial aplicável à execução fiscal, cuja presunção de constitucionalidade, até o momento, não restou ilidida.

Assim é que a jurisprudência do STJ tem perfilhado o entendimento de ser admissível a penhora de imóvel destinado ao uso profissional (parcela do estabelecimento empresarial), desde que inexistentes outros bens passíveis de serem penhorados:

“AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO. PENHORA. IMÓVEL PROFISSIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. REVISÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. IMÓVEL PROFISSIONAL. PENHORABILIDADE. PRECEDENTES.

(...)

II - A orientação adotada pelo Tribunal a quo está em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se orienta no sentido de proclamar a possibilidade de penhora de imóvel destinado ao uso profissional, por não se inserir entre os bens impenhoráveis previstos no art. 649 do CPC e na Lei n. 8.009/90.

III - Se o acórdão recorrido concluiu haver sido o devedor quem validamente indicou à penhora bem imóvel profissional, o exame das questões postas pelo recorrente implicaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento inadmissível em âmbito de especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte.

“Agravo improvido.” (AgRg nos EDcl no Ag 746.461/RS, Rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJ/BA), Terceira Turma, julgado em 19.05.2009, DJe 04.06.2009)

“PROCESSO CIVIL. PENHORA DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO EXECUTADO, NO QUAL ESTÁ INSTALADA SUA CLÍNICA MÉDICA. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM FUNDAMENTADA NO ART. 649, VII, DO CPC. AFASTAMENTO.

- Consoante precedente da 3ª Turma do STJ, o imóvel onde se instala o estabelecimento no qual trabalha o devedor - seja ele um escritório de advocacia, uma clínica médica ou qualquer outra sociedade - não está abrangido pela impenhorabilidade determinada pelo art. 649, VI, do CPC (com a redação anterior à Lei n. 11.382/2006). Tal dispositivo legal somente atribui impenhorabilidade aos livros, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao desempenho de qualquer profissão.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 857.327/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21.08.2008, DJe 05.09.2008)

“EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. ART. 11 DA LEI N. 6.830/80. IMÓVEIS. PRECEDENTE.

I - É assente nesta Corte o entendimento de que a penhora sobre o estabelecimento comercial da empresa ou sobre seu faturamento tem caráter excepcional, admitida somente quando não houver outros bens que possam garantir a dívida.

II - Todavia, a hipótese dos autos deve ser examinada à luz da ponderação feita pelos juízos de primeiro e de segundo graus, pois os bens ofertados à penhora (167 toneladas de cartão 2.101 KWTL, 350 gr/m², ao preço de R\$ 2.404,50 a tonelada, perfazendo um valor total de R\$ 401.551,50) são de difícil alienação, tornando provável a frustração dos fins da execução.

III - Ademais, a constrição recaiu sobre dois imóveis da recorrida, sem que isso signifique o bloqueio de suas atividades. Precedente: REsp n. 153.771/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 10.09.2001.

IV - Recurso especial improvido.” (REsp 994.218/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04.12.2007, DJe 05.03.2008)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE ESTABELECIMENTO COMERCIAL ONDE A EXECUTADA EXERCE SUAS ATIVIDADES. IMPOSSIBILIDADE. ART. 11, § 1º, DA LEI N. 6.830/80. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e deu provimento ao recurso especial da parte agravada.

2. O acórdão a quo, em execução fiscal, considerou cabível a penhora sobre o imóvel onde se localiza a sede das atividades da recorrente.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que “a penhora sobre percentual de caixa da empresa-executada configura penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, hipótese só admitida excepcionalmente, ou seja, após ter sido infrutífera a tentativa de constrição sobre os outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei de Execução Fiscal”. (REsp n. 48.959/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 20/04/1998) 4. Somente em hipóteses excepcionais a penhora pode recair sobre o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, tendo em vista que a constrição deve-se dar de modo menos gravoso para o devedor.

5. Precedentes da 1ª Seção e das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior.

6. A questão não envolve apreciação de matéria de fato, a ensejar o emprego da Súmula n. 07/STJ. Trata-se de pura e simples aplicação da jurisprudência pacificada e da legislação federal aplicável à espécie.

7. Agravo regimental não-provido.” (AgRg no Ag 723.984/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 29.05.2006)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE IMÓVEL ONDE SE LOCALIZA A EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE (ART. 11, § 1º, DA LEI 6.830/80). PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

I - Em execução fiscal, a penhora sobre o estabelecimento comercial do executado só pode recair, excepcionalmente, e deve ser determinada pelo modo menos gravoso para o devedor (art. 11, § 1º, da Lei de Execução Fiscal e art. 620 do CPC).

II - É inadmissível, na espécie, a determinação da penhora sobre imóvel-sede onde se localiza a empresa executada.

III - Recurso provido.” (REsp 354.622/SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 05.02.2002, DJ 18.03.2002)

In casu, o executado consignou que:

“Trata-se de execução fiscal na qual foi penhorado o imóvel localizado na rua Marcelo Gama, n. 2.093 e respectivo prédio de alvenaria, inscrito no Registro de Imóveis sob o n. 18.082, único bem de propriedade do agravante e local onde funciona a sede da empresa individual executada, que atua no ramo de fabricação de máquinas e equipamentos industriais.

(...)

Ora, se o objeto social da firma individual é a fabricação de máquinas e equipamentos industriais, o que não pode ser feito em qualquer local, necessitando de um bom espaço para tanto, e o agravante não possui mais qualquer imóvel - sua residência é alugada - como poderá prosseguir com suas atividades sem o local de sua sede?

Excelências, como plenamente demonstrado, o imóvel penhorado constitui o próprio instrumento de trabalho do agravante, uma vez que é o local onde exerce, juntamente com seus familiares, sua atividade profissional e de onde retira o seu sustento e de sua família. Se mantida a penhora restará cerceada sua atividade laboral e ferido o princípio fundamental dos direitos sociais do trabalho, resguardados pela Constituição Federal (art. 1º, IV, da CF). Dessa forma, conclusão outra não há senão a de que a penhora não pode subsistir uma vez que recaiu sobre bem absolutamente impenhorável.

(...)”

O Tribunal de origem, por seu turno, assentou que:

“O inc. V do art. 649 do CPC não faz menção a imóveis como bens impenhoráveis. Tanto assim que o § 1º do art. 11 da L. 6.830/1980 autoriza, excepcionalmente, que a penhora recaia sobre a sede da empresa. E, no caso, o próprio agravante admite não ter outros bens penhoráveis.

Ademais, consta na matrícula do imóvel a averbação de outras seis penhoras, restando, portanto, afastada a alegação de impenhorabilidade.

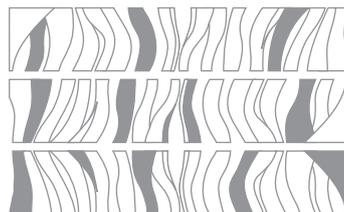
Por fim, como bem salientou o magistrado de origem, o agravante não comprovou a indispensabilidade do bem para o desenvolvimento das atividades, limitando-se a alegar, genericamente, que a alienação do bem inviabilizaria o empreendimento.”

O parecer do *parquet* federal é no sentido de que “*não pode prevalecer a alegação de impenhorabilidade absoluta do bem imóvel, porque já serve de garantia em outras seis execuções, além do que não foram encontrados outros bens passíveis de penhora, sendo de todo razoável a adoção dessa medida*”.

Conseqüentemente, revela-se legítima a penhora, em sede de execução fiscal, do bem de propriedade do executado onde funciona a sede da empresa individual, o qual não se encontra albergado pela regra de impenhorabilidade absoluta, ante o princípio da especialidade (*lex specialis derogat lex generalis*).

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.**

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência e aos demais Ministros do STJ, aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça Estaduais, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do CPC (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).



Súmula n. 452

SÚMULA N. 452

A extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 9.469/1997, arts. 1º e 1º-A.

Lei n. 11.941/2009, art. 31.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

| | | |
|----------------|---------------------|---|
| (*)REsp | 1.125.627-PE | (1ª S, 28.10.2009 – DJe 06.11.2009) – acórdão publicado na íntegra |
| REsp | 860.789-PB | (1ª T, 05.09.2006 – DJ 25.09.2006) |
| REsp | 849.732-PB | (1ª T, 19.08.2008 – DJe 03.09.2008) |
| REsp | 1.100.501- RJ | (5ª T, 21.05.2009 – DJe 29.06.2009) |
| AgRg no Ag | 1.156.347- RJ | (5ª T, 04.12.2009 – DJe 1º.02.2010) |
| REsp | 394.567-DF | (6ª T, 03.06.2003 – DJ 04.08.2003) |

(*) Recurso repetitivo.

Corte Especial, em 2.6.2010

DJe 21.6.2010

RECURSO ESPECIAL N. 1.125.627-PE (2009/0128981-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Maria das Graças de Oliveira Carvalho e outro(s)

Recorrido: Edson Trajano de Melo

Advogado: Etiene Niete de Castro

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 1º DA LEI 9.469/97. COMANDO DIRIGIDO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DO PROCESSO EXECUTIVO: DESCABIMENTO.

1. Nos termos do art. 1º da Lei 9.469/97, “O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar (...) requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, nas condições aqui estabelecidas”.

2. Segundo a jurisprudência assentada pelas Turmas da 1ª Seção, essa norma simplesmente confere uma faculdade à Administração, não se podendo extrair de seu comando normativo a virtualidade de extinguir a obrigação, nem de autorizar o juiz a, sem o consentimento do credor, indeferir a demanda executória.

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

ACÓRDÃO

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

provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 6.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial oriundo de cumprimento de sentença prolatada em demanda objetivando a correção monetária dos saldos de contas vinculadas do FGTS. Nela, o autor foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em favor da ré, a Caixa Econômica Federal. Requerida a execução dessa verba, o juiz a indeferiu, sob o fundamento de que descabe a pretensão executória concernente aos honorários advocatícios de valor abaixo do estipulado no art. 1º da Lei 9.469/97, o que foi confirmado, em grau de apelação, pelo acórdão recorrido. Considerou-se presente hipótese de “ausência de interesse de agir” (fl. 106) da exequente “para a cobrança de verba honorária em valor ínfimo (...), que sequer cobriria as despesas com a execução” (fl. 106).

No recurso especial, além de dissídio jurisprudencial, a recorrente aponta violação aos seguintes dispositivos: (a) arts. 22 e 24, § 3º, da Lei 8.906/94, porque o advogado tem direito aos honorários fixados judicialmente, sendo nula qualquer decisão em contrário, além do que “a quantia a ser recebida não será revertida em seu favor, mas sim de seus advogados” (fl. 112); (b) art. 1º da Lei 9.469/97, que, ao estipular como uma faculdade dos órgãos da administração indireta de decidirem pelo prosseguimento ou não da ação, não autoriza o indeferimento aqui determinado.

Sem contra-razões (fl. 132).

Recurso admitido na origem sob regime do art. 543-C do CPC (fl. 132).

Ouvido o Ministério Público, seu parecer foi pelo provimento do recurso especial (fls. 142/147).

Por petição datada de 15/10/2009 (fls. 161/164) a recorrente pede que o recurso não fique submetido ao regime do art. 543-C do CPC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O pedido para não conferir ao recurso o regime do art. 543-C do CPC não pode ser acolhido. Tal regime foi determinado no juízo de origem, sem qualquer oposição, supondo-se atendidos os requisitos próprios, inclusive o da repetitividade da matéria, pelo menos perante o Tribunal recorrido, fato que não cabe aqui e agora investigar. Desde a origem, portanto, o recurso já vem sendo processado sob o referido regime. Além da extemporaneidade do pedido da CEF, é de ser observado que nenhum prejuízo advém a qualquer das partes pela aplicação ao caso do art. 543-C do CPC.

2. Tem razão a recorrente quando alega violação ao art. 1º da Lei 9.469/97, que assim dispõe:

Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

Trata-se, como se vê, de norma que simplesmente confere uma faculdade à Administração, não criando, por si só, um direito subjetivo do devedor de não ser demandado. Não se pode extrair desse comando normativo a virtualidade de extinguir a obrigação, nem de autorizar o juiz a, sem a concordância do credor, indeferir a demanda executória. Esse tem sido o entendimento de ambas as Turmas da 1ª Seção. Assim, no julgamento do REsp 394.567/DF, 6ª T., DJ de 04.08.2003, o Min. Hamilton Carvalhido, relator, observou:

Trata-se, como se vê, de norma dirigida à Administração Pública, cujo objetivo é o de possibilitar o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias a autorizar a realização acordos ou transações em juízo, a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00, nada justificando a extinção do processo de execução (...).

O acórdão foi assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXTINÇÃO. ARTIGO 20, PARÁGRAFO 2º, DA MP N. 1.863/99. ARTIGO 1º DA LEI N. 9.469/97.

1. “Serão extintas as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a cem Unidades Fiscais de Referência.” (parágrafo 2º do artigo 20 da Medida Provisória n. 1.863/99).

2. As execuções de honorários advocatícios promovidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social não podem ser extintas com base no artigo 20, parágrafo 2º, da Medida Provisória n. 1.863/99, porque a autarquia previdenciária não faz parte da Fazenda Nacional.

3. O artigo 1º da Lei n. 9.469/97 é norma dirigida à Administração Pública, cujo objetivo é o de possibilitar o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias a autorizar a realização de acordos ou transações em juízo, a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00, nada justificando a extinção do processo de execução promovido pela autarquia previdenciária, também sob este prisma.

4. Recurso conhecido e provido.

No mesmo sentido foram os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. EXECUÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 1º DA LEI 9.469/97. COMANDO DIRIGIDO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INAPLICABILIDADE ÀS EXECUÇÕES RELATIVAS A CONTRIBUIÇÕES PARA O FGTS.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282/STF.

2. A norma inserta no art. 1º da Lei 9.469/97 é expressa ao possibilitar ao Advogado-Geral da União e aos dirigentes máximos da Administração Indireta

a desistência ou a não propositura de ações para cobrança de crédito de valor inferior a R\$ 1.000,00, dirigindo-se claramente a tais autoridades, que devem manifestar-se a respeito no âmbito de suas entidades, e não ao julgador dessas causas. Não se trata, portanto, de uma imposição, mas tão-somente de uma faculdade que a entidade credora dispõe para, a seu critério, desistir de seus créditos, quando inferiores ao limite legal. Precedente do STJ: REsp 394.567/DF, 6ª T., Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 04.08.2003.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (REsp 860.789/PB, 1ª T., Min. Teori Zavascki, DJ de 25/09/2006.)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE VALOR REFERENTE A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO, COM BASE NO ART. 1º DA LEI 9.469/97. DESCABIMENTO.

1. Nos termos do art. 20, *caput*, do CPC, “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”. Conforme se infere, a condenação em verba honorária constitui imposição legal, que independe, portanto, de pedido expresso (Súmula 256/STF).

2. Na hipótese, o Tribunal de origem fixou a verba honorária em R\$ 800,00 (oitocentos reais). Contudo, em virtude do disposto no art. 1º da Lei 9.469/97, extinguiu a execução, porquanto entendeu tratar-se de valor ínfimo. Esse artigo estabelece que “o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas”.

3. Todavia, da exegese do artigo destacado, infere-se que não está o Poder Judiciário autorizado a promover a extinção de execução de honorários advocatícios, por considerar tal valor ínfimo.

4. Recurso especial provido. (REsp 849.732/PB, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJE 03/09/2008.)

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL DE VALOR IRRISÓRIO (INFERIOR A R\$ 1.000,00). LEI 9.469/97, ART. 1º. ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO.

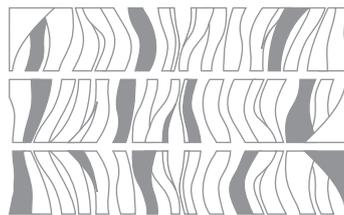
1. Em razão do que determina o art. 1º da Lei n. 9.469/97 é indevida a extinção das execuções de valor irrisório, sem resolução do mérito, com base na suposta ausência de interesse de agir.

2. Arquivadas as execuções, podem os valores devidos ser somados para retomarem o curso em ações cumuladas com valores acima do mínimo.

3. Recurso Especial conhecido e provido. (REsp 933.257/SP, 2ª T, Min. Eliana Calmon, DJe 26/05/2008.)

3. Registre-se, por fim, a existência de regramento específico para a cobrança de honorários advocatícios, autorizando o arquivamento das execuções fiscais de valores ínfimos (até R\$ 1.000,00). É o art. 20 da Lei 10.522/2002, que, todavia, não se aplica às execuções relativas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, conforme estabelece, de modo expreso, o seu parágrafo terceiro.

4. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial, para autorizar o prosseguimento da execução. Tratando-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado: (a) aos Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução STJ 08/08), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC; (b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ 08/08; (c) à Comissão de jurisprudência, com sugestão para edição de súmula nos seguintes termos: “O art. 1º da Lei 9.469/97 não autoriza o juiz a extinguir, sem a concordância do credor, a execução dos créditos nele referidos”. É o voto.



Súmula n. 453

SÚMULA N. 453

Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CPC, arts. 20, *caput*, § 4º, 463 e 535, II.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

| | | |
|----------------|-------------------|---|
| EREsp | 462.742-SC | (CE, 15.08.2007 – DJe 24.03.2008) |
| (*)REsp | 886.178-RS | (CE, 02.12.2009 – DJe 25.02.2010) – acórdão publicado na íntegra |
| AgRg no REsp | 886.559-PE | (1ª T, 24.04.2007 – DJ 24.05.2007) |
| REsp | 237.449-SP | (4ª T, 11.06.2002 – DJ 19.08.2002) |
| REsp | 661.880-SP | (5ª T, 21.09.2004 – DJ 08.11.2004) |
| REsp | 747.014-DF | (5ª T, 04.08.2005 – DJ 05.09.2005) |
| REsp | 352.235-SE | (6ª T, 02.04.2002 – DJ 22.04.2002) |

(*) Recurso repetitivo.

Corte Especial, em 18.8.2010

DJe 24.8.2010

RECURSO ESPECIAL N. 886.178-RS (2006/0198875-6)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: RP Montagens Industriais Ltda

Advogado: Adelmir Pompílio Grendene e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procuradores: Maria da Graça Hahn e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO OMISSO QUANTO AOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA. INADMISSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. A condenação nas verbas de sucumbência decorre do fato objetivo da derrota no processo, cabendo ao juiz condenar, de ofício, a parte vencida, independentemente de provocação expressa do autor, porquanto trata-se de pedido implícito, cujo exame decorre da lei processual civil.

2. *“Omitindo-se a decisão na condenação em honorários advocatícios, deve a parte interpor embargos de declaração, na forma do disposto no art. 535, II, CPC. Não interpostos tais embargos, não pode o Tribunal, quando a decisão passou em julgado, voltar ao tema, a fim de condenar o vencido no pagamento de tais honorários. Se o fizer, terá afrontado a coisa julgada.”* (ACO 493 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11.02.1999, DJ 19.03.1999)

3. *“Se a sentença - omissa na condenação em honorários de sucumbência - passou em julgado, não pode o advogado vitorioso cobrar os honorários omitidos.”* (EREsp 462.742/SC, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJe 24/03/2008)

4. O trânsito em julgado de decisão omissa em relação à fixação dos honorários sucumbenciais impede o ajuizamento de ação própria objetivando à fixação de honorários advocatícios, sob pena de afronta aos princípios da preclusão e da coisa julgada. Isto porque, na hipótese de omissão do julgado, caberia à parte, na época oportuna, requerer a condenação nas verbas de sucumbência em sede de embargos declaratórios, antes do trânsito em julgado da sentença. (Precedentes: AgRg no REsp 886.559/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 24/05/2007; REsp 747.014/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 05/09/2005; REsp 661.880/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 08/11/2004; REsp 237.449/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 19/08/2002)

5. Ressalva do Relator no sentido de que o acórdão, que não fixou honorários em favor do vencedor, não faz coisa julgada, o que revela a plausibilidade do ajuizamento de ação objetivando à fixação de honorários advocatícios. Isto porque a pretensão à condenação em honorários é dever do juiz e a sentença, no que no que se refere a eles, é sempre constitutiva do direito ao seu recebimento, revestindo-o do caráter de executoriedade, por isso, a não impugnação tempestiva do julgado, que omite a fixação da verba advocatícia ou o critério utilizado quando de sua fixação, não se submete à irreversibilidade decorrente do instituto da coisa julgada.

6. *In casu*, verifica-se que houve a prolação de decisão conjunta para a ação principal e para a cautelar, sendo que, no tocante à principal, o pedido foi acolhido parcialmente, para determinar a compensação apenas dos tributos de mesma natureza, ocasião em que estabeleceu o juízo singular a compensação dos honorários, em razão da sucumbência recíproca; a ação cautelar, a seu turno, foi julgada improcedente. Por isso que, tendo a apelação da ora recorrente cingido-se à questão da correção monetária, restou preclusa aparte do julgado referente aos honorários advocatícios. Confira-se excerto do voto condutor, *in verbis*:

"Há, portanto, dois pontos a serem analisados.

O primeiro deles é motivo do reconhecimento da sucumbência pela decisão de primeira instância. Não obstante o dispositivo da sentença tenha dado como procedente o pedido formulado na ação principal, verificando-se a sua fundamentação, percebe-se que na realidade o pedido de compensação não foi integralmente reconhecido, mas somente entre os tributos de mesma natureza (fl. 30):

"(...)

Por fim, resta indeferida a pretensão de compensação entre os valores recolhidos indevidamente e a Contribuição Social Sobre o Lucro, COFINS ou IRPJ, por tratar-se de tributo cujo fato gerador é diverso.

"(...)"

Por outro lado, a ação cautelar foi julgada totalmente improcedente, tendo em vista a ausência do preenchimento dos requisitos do periculum in mora e do fumus boni juris, de forma que não caberia, de qualquer sorte, arbitramento de honorários contra a União.

Dessa forma, era no recurso em relação à ação principal que a parte deveria ter-se irrisignado contra a questão dos honorários. No entanto, em seu recurso adesivo, a autora apenas irrisignou-se contra os critérios de atualização do débito, no que obteve êxito quando seu recurso foi apreciado pelo juízo ad quem."

7. Destarte, a ausência de discussão da matéria no recurso da ação principal e a falta de oposição de embargos de declaração tornam preclusa a questão, por força da coisa julgada, passível de modificação apenas mediante o ajuizamento de ação rescisória.

8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Nilson Naves, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Gilson Dipp.

O Sr. Ministro Gilson Dipp foi substituído pelo Sr. Ministro Castro Meira. Brasília (DF), 02 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 25.2.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por RP Montagens Industriais Ltda., com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TRF da 4ª Região, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. INVIABILIDADE. COISA JULGADA. OCORRÊNCIA.

Mantida a sentença que reconheceu a ocorrência de coisa julgada e extinguiu o feito com base no art. 267, V, do CPC, pois se a ação cautelar foi julgada improcedente, seria incabível, nela, a condenação da União no pagamento de honorários. Dessa forma, a discussão do tópico deveria ter sido objeto do recurso na ação principal, o que não ocorreu.

Noticiam os autos que a recorrente ajuizou ação, objetivando o arbitramento de honorários de advogado, alegando que, omissa o acórdão da ação de conhecimento quanto ao percentual da referida verba, seria viável a sua fixação por meio de outra demanda.

A sentença acolheu a preliminar de coisa julgada e determinou a extinção do feito sem julgamento de mérito, com base no art. 267, V, do CPC. Condenou a parte autora no pagamento de custas e honorários de advogado, fixados em dez por cento sobre valor atualizado da causa.

A autora apelou, sustentando que foram ajuizadas inicialmente duas ações, uma cautelar e outra ordinária, para ver reconhecido o direito ao reconhecimento de equívoco no pagamento do PIS, diante da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n. 2.445/88 e n. 2.449/88. Relatou que a ação cautelar foi julgada improcedente em primeira instância, mas que o TRF teria reformado a decisão,

para considerar que os honorários seriam devidos apenas na ação principal. Esta, por sua vez, foi julgada procedente, sendo que a sentença deixou de impor condenação em honorários, em virtude da sucumbência recíproca. Assim, uma vez reformada a sentença em relação à cautelar, deveriam ter sido fixados honorários na ação principal, o que seria viável. Requereu fosse afastada a incidência da coisa julgada, argumentando que já que nada foi disposto na ação principal acerca dos honorários, não haveria que se falar em coisa julgada, não obstante tenha reconhecido que a questão deveria ter sido objeto de embargos de declaração.

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso, confirmando a sentença em todos os seus fundamentos, nos termos da ementa retrotranscrita.

Foram opostos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados.

Nas razões recursais, alegou-se violação do art. 20, *caput* e § 4º, do CPC, ao argumento de que o acórdão proferido na apelação contra a sentença da ação cautelar deveria ter condenado a Fazenda Nacional ao pagamento dos honorários em seu favor na ação principal, e que, em não o fazendo, legitimou o ajuizamento da presente ação, que restou indevidamente extinta em razão do acolhimento da preliminar de coisa julgada. Asseverou que a omissão não faz coisa julgada. Aventou dissídio jurisprudencial com aresto desta Corte Superior, em que foi decidido que a ausência de fixação de honorários não faz coisa julgada, sendo possível portanto, o ajuizamento de ação de cobrança.

Foram apresentadas contra-razões ao apelo, que recebeu crivo de admissibilidade positivo na instância de origem, tendo sido admitido pela relatoria como recurso representativo de controvérsia, nos moldes do art. 543-C, do CPC.

Parecer do MP às fls. 224/228, opinando pelo desprovimento do recurso, ao argumento de que teria ocorrido a preclusão quanto aos honorários advocatícios, uma vez que a matéria não teria sido objeto de recurso, embora tenha sido questão apreciada pelo acórdão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do presente recurso, porquanto prequestionada a matéria federal

suscitada, não merecendo tal sorte pela alínea “c”, haja vista a ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial nos moldes exigidos pelo RISTJ.

Cinge-se a presente controvérsia à possibilidade de cobrança dos honorários advocatícios em ação própria quando a condenação, em ação trânsita em julgado, omitiu-se em relação à referida verba.

O STF, pronunciando-se sobre o tema, inadmitiu a possibilidade, em aresto recebedor da seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COISA JULGADA.

I. - Omitindo-se a decisão na condenação em honorários advocatícios, deve a parte interpor embargos de declaração, na forma do disposto no art. 535, II, CPC. Não interpostos tais embargos, não pode o Tribunal, quando a decisão passou em julgado, voltar ao tema, a fim de condenar o vencido no pagamento de tais honorários. Se o fizer, terá afrontado a coisa julgada.

II. - Agravo não provido. (ACO 493 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1999, DJ 19-03-1999 PP-00010 EMENT VOL-01943-01 PP-00001)

Outrossim, a matéria não é nova nessa Corte Superior, tendo sido passível de intensa divergência.

Deveras, a condenação nas verbas de sucumbência decorre do fato objetivo da sucumbência no processo, cabendo ao juiz condenar, de ofício, a parte vencida, independentemente de provocação expressa do autor, porquanto trata-se de pedido implícito, cujo exame decorre do art. 20 da lei processual civil.

Não obstante, por ocasião do julgamento do EREsp 462.742/SC, acórdão publicado no DJ de 24/03/2008, a CORTE ESPECIAL firmou o entendimento no sentido de que é inadmissível o ajuizamento de ação objetivando a fixação dos ônus sucumbenciais, em virtude do trânsito em julgado de sentença omissa quanto à fixação dos honorários advocatícios, sob pena de afronta aos princípios da preclusão e da coisa julgada. Isto porque, havendo omissão do julgado, caberia à parte, na época oportuna, requerer a condenação nas verbas de sucumbência em sede de embargos declaratórios.

Confira-se a ementa do referido aresto:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS NÃO FIXADOS. COISA JULGADA. AÇÃO DE COBRANÇA POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

- Se a sentença - omissa na condenação em honorários de sucumbência - passou em julgado, não pode o advogado vitorioso cobrar os honorários omitidos.

(REsp 462.742/SC, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/08/2007, DJe 24/03/2008)

Corroborando a tese, outros julgados deste Tribunal Superior:

PROCESSUAL CIVIL. CRUZADOS BLOQUEADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ACÓRDÃO OMISSO NESSE PONTO. TRÂNSITO EM JULGADO. FIXAÇÃO EM EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. AFRONTA.

I - A condenação nas verbas de sucumbência decorre do fato objetivo da derrota no processo, cabendo ao juiz condenar, de ofício, a parte vencida, independentemente de provocação. O pedido de tal condenação encontra-se compreendido na petição inicial como se fosse um pedido implícito, pois seu exame decorre da lei, prescindindo de alegação expressa do autor.

II - Entretanto, é inadmissível a fixação dos ônus sucumbenciais na fase de execução da sentença proferida na ação ordinária já transitada em julgado, sob pena de afronta aos princípios da preclusão e da coisa julgada.

III - Havendo omissão do julgado, caberia à parte, na época oportuna, requerer a condenação nas verbas de sucumbência em sede de embargos declaratórios, antes do trânsito em julgado da sentença, sendo incabível imposição posterior já na fase de execução.

IV - Precedentes: REsp n. 665.805/PE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 30.05.2005; REsp n. 747.014/DF, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 05.09.2005; REsp n. 661.880/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 08.11.2004; REsp n. 631.321/SP, Rel. Min. CASTRO FILHO, DJ de 20.09.2004; REsp n. 237.449/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 19.08.2002.

V - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 886.559/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 24/05/2007 p. 329)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS. OMISSÃO. FIXAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRECEDENTES.

Havendo omissão no julgado no que tange à fixação dos honorários advocatícios, caberia à parte opor os necessários embargos declaratórios, sob pena de afronta à coisa julgada.

Precedentes análogos.

Recurso desprovido.

(REsp 747.014/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 05/09/2005 p. 486)

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ACÓRDÃO OMISSO NESSE PONTO. TRÂNSITO EM JULGADO. FIXAÇÃO EM EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. EXAME. COMPETÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO.

I - Impossibilidade de se condenar a parte vencida, já em fase de execução, em honorários relativos ao processo de conhecimento, em vista do trânsito em julgado da decisão, sob pena de afronta ao princípio da coisa julgada. (Precedentes)

II - Havendo, no processo de conhecimento, omissão do julgado quanto à fixação dos honorários advocatícios, caberia à parte a oposição de embargos declaratórios a fim de supri-la.

III - A violação a dispositivo constitucional não pode ser objeto de recurso especial, porquanto matéria própria de apelo extraordinário para a Augusta Corte.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 661.880/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 08/11/2004 p. 297)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COBERTURA MÉDICA JULGADA PROCEDENTE. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NÃO ESTABELECIDOS. TRÂNSITO EM JULGADO. PRETENSÃO DE INCLUSÃO DA VERBA NA FASE DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO.

I. A determinação constante do art. 20 do CPC, para que o órgão judicial fixe a sucumbência devida pela parte vencida, importa em que deve fazê-la de ofício, sem necessidade de provocação. Mas isso não significa que, em caso de omissão, a falta possa ser suprida em fase de execução, incumbindo ao vitorioso exigi-la do Juízo ou Tribunal, antes do trânsito em julgado, sob pena de preclusão do tema, nos termos do art. 463 da mesma lei adjetiva civil.

II. Precedentes do STJ.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 237.449/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 19/08/2002 p. 169)

Ainda que outro fosse o entendimento desta Corte Superior, o presente recurso não mereceria provimento, porquanto se verifica que houve a prolação de decisão conjunta para a ação principal e para a cautelar, sendo que, no tocante à principal, o pedido foi acolhido parcialmente, para determinar a compensação apenas dos tributos de mesma natureza, ocasião em que estabeleceu o juízo singular a compensação dos honorários, em razão da sucumbência recíproca; a ação cautelar, a seu turno, foi julgada improcedente. Por isso que, tendo a apelação da ora recorrente cingido-se à questão da correção monetária, restou

preclusa aparte do julgado referente aos honorários advocatícios. Confira-se excerto do voto condutor, *in verbis*:

“Para definir-se acerca da ocorrência ou não da coisa julgada, no caso em análise, deve-se inicialmente verificar como foram julgadas as ações anteriormente interpostas.

A sentença de primeira instância foi lavrada conjuntamente para ação cautelar e para a ação ordinária. E contém o seguinte dispositivo (fls. 24/33):

“ (...)

ISTO POSTO, reconhecendo a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449, de 1988, conforme acima exposto, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO PRINCIPAL para o fim de autorizar a compensação, nos termos do art. 66 da Lei n. 8.383/91, dos valores pagos sob a égide dos decretos antes mencionados com os futuros valores devolvidos a título de PIS, por serem da mesma espécie, observando-se que as Autoras deverão recolher as contribuições vencidas e vincendas destinadas ao PIS nos moldes previstos pela Lei Complementar n. 07/70, que o instituiu, tudo devidamente corrigido segundo os critérios utilizados pela Receita Federal para atualizar seus créditos, desde a data do recolhimento indevido.

Outrossim, JULGO IMPROCEDENTE A AÇÃO CAUTELAR pela inocorrência dos pressupostos autorizadores à sua concessão.

Deixo de condenar a União em custas e honorários em razão da sucumbência recíproca.” (NA AÇÃO PRINCIPAL)

(...)

Ambas as partes apelaram, e os autos vieram a esta Corte, agora com julgamentos distintos. Na ação principal, n. 97.04.06968-5/RS, o apelo da União e a remessa oficial foi improvidos, mas o recurso adesivo da parte autora foi provido, para reconhecer-se que os juros de mora são devidos conforme o art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95.

Na ação cautelar, AC n. 97.04.06967-7/RS, negou-se provimento ao apelo da parte autora, que versava exatamente sobre o arbitramento de honorários.

Há, portanto, dois pontos a serem analisados.

O primeiro deles é motivo do reconhecimento da sucumbência pela decisão de primeira instância. Não obstante o dispositivo da sentença tenha dado como procedente o pedido formulado na ação principal, verificando-se a sua fundamentação, percebe-se que na realidade o pedido de compensação não foi integralmente reconhecido, mas somente entre os tributos de mesma natureza (fl. 30):

“ (...)

Por fim, resta indeferida a pretensão de compensação entre os valores recolhidos indevidamente e a Contribuição Social Sobre o Lucro, COFINS ou IRPJ, por tratar-se de tributo cujo fato gerador é diverso.

(...)”

Por outro lado, a ação cautelar foi julgada totalmente improcedente, tendo em vista a ausência do preenchimento dos requisitos do periculum in mora e do fumus boni juris, de forma que não caberia, de qualquer sorte, arbitramento de honorários contra a União.

Dessa forma, era no recurso em relação à ação principal que a parte deveria ter-se irrisignado contra a questão dos honorários. No entanto, em seu recurso adesivo, a autora apenas irrisignou-se contra os critérios de atualização do débito, no que obteve êxito quando seu recurso foi apreciado pelo juízo ad quem.

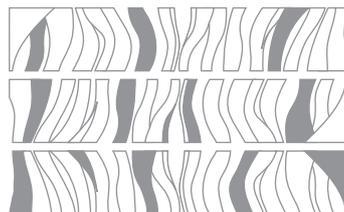
A ausência de discussão da matéria no recurso da ação principal, e a ausência de interposição de embargos de declaração, portanto, fez com que a sentença esteja, no tópico, abrangida pelo instituto da coisa julgada, sendo passível de modificação apenas mediante o ajuizamento de ação rescisória. Saliente-se, ainda, que a fixação de honorários contra a União por esta Corte em face do reexame necessário seria inviável, pois caracterizaria reformatio in pejus, vedada pelo ordenamento jurídico.

Destarte, a ausência de discussão da matéria no recurso da ação principal, e a ausência de oposição de embargos de declaração, fizeram com que a sentença restasse, nesse tópico, abrangida pelo instituto da coisa julgada, sendo passível de modificação apenas mediante o ajuizamento de ação rescisória.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É o voto.



Súmula n. 454

SÚMULA N. 454

Pactuada a correção monetária nos contratos do SFH pelo mesmo índice aplicável à caderneta de poupança, incide a taxa referencial (TR) a partir da vigência da Lei n. 8.177/1991.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 8.177/1991.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

| | | |
|----------------|-------------------|---|
| AgRg nos EREsp | 725.917-DF | (CE, 22.05.2006 – DJ 19.06.2006) |
| EREsp | 752.879-DF | (CE, 19.12.2006 – DJ 12.03.2007) – acórdão publicado na íntegra |
| (*)REsp | 969.129-MG | (2ª S, 09.12.2009 – DJe 15.12.2009) – acórdão publicado na íntegra na Súmula 473 |
| REsp | 721.806-PB | (1ª T, 18.03.2008 – DJe 30.04.2008) |
| AgRg no REsp | 772.065-RS | (2ª T, 14.10.2008 – DJe 27.11.2008) |
| REsp | 976.272-SP | (2ª T, 05.05.2009 – DJe 21.05.2009) |
| AgRg no REsp | 577.209-RS | (2ª T, 26.05.2009 – DJe 21.08.2009) |
| AgRg no Ag | 844.440-SP | (3ª T, 14.06.2007 – DJ 29.06.2007) |
| AgRg no Ag | 1.043.901-SP | (3ª T, 18.09.2008 – DJe 03.10.2008) |
| AgRg no REsp | 534.525-DF | (3ª T, 20.10.2009 – DJe 09.11.2009) |
| REsp | 717.633-PR | (3ª T, 03.11.2009 – DJe 13.11.2009) |
| AgRg no Ag | 984.064-DF | (4ª T, 12.05.2009 – DJe 25.05.2009) |
| AgRg no REsp | 1.028.827-DF | (4ª T, 02.06.2009 – DJe 29.06.2009) |
| AgRg no Ag | 696.606-DF | (4ª T, 08.09.2009 – DJe 21.09.2009) |
| AgRg no REsp | 1.046.885-SP | (4ª T, 15.10.2009 – DJe 09.11.2009) |

(*) Recurso repetitivo.

Corte Especial, em 18.8.2010

DJe 24.8.2010

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 752.879-
DF (2006/0076514-1)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargante: Josué de Sousa e Silva e outros

Advogado: Sebastião Moraes da Cunha e outros

Embargado: Associação de Poupança e Empréstimo Poupex

Advogada: Flávia Almeida da Fonseca Gildino e outros

EMENTA

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SALDO DEVEDOR. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TR.

1. Não é inconstitucional a correção monetária com base na Taxa Referencial - TR. O que é inconstitucional é sua aplicação retroativa. Foi isso o que decidiu o STF da ADI 493/DF, Pleno, Min. Moreira Alves, DJ de 04.09.1992, ao estabelecer o âmbito de incidência da Lei 8.177, de 1991.

2. Aos contratos de mútuo habitacional firmados no âmbito do SFH que prevejam a correção do saldo devedor pela taxa básica aplicável aos depósitos da poupança aplica-se a Taxa Referencial, por expressa determinação legal. Precedentes da Corte Especial: AGEREsp 725.917/DF, Min. Laurita Vaz, DJ 19.06.2006; DEREsp 453.600/DF, Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 24.04.2006.

3. Embargos de divergência a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e negar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp,

Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Cesar Asfor Rocha, Jorge Scartezzini e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 19 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 12.3.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de divergência (fls. 404/417) em face de acórdão da 3ª Turma que, em demanda visando à inexigibilidade da TR como indexador dos contratos de mútuo habitacional, decidiu que “é possível a utilização da TR como índice de correção monetária do saldo devedor em contrato de financiamento imobiliário (fl. 383).

Defendem os embargantes a tese de que é indevida a adoção da TR como critério de reajuste do saldo devedor nos contratos de mútuo habitacional regidos pelo SFH. Para tanto, colacionam como paradigma acórdão da 2ª Turma, proferido no REsp 209.466/BA, Min. Peçanha Martins, DJ de 17.06.2002, cuja ementa, na parte em que guarda relação com o tema abordado no recurso, é a seguinte:

SFH. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. VANTAGENS PESSOAIS. INCLUSÃO. CORREÇÃO PELA TR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

(*omissis*)

4. Inaplicável a TR como fator de correção monetária. Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação traçada pelo STF.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Às fls. 432/434, a embargada apresentou impugnação, aduzindo que a decisão embargada encontra apoio da orientação sedimentada nesta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. As razões dos embargos de divergência permitem a adequada identificação da divergência jurisprudencial indicada, mediante a transcrição de trechos de ementas de julgados em que se adotou posição antagônica à do acórdão recorrido. Decidiu-se, no acórdão embargado, pela legitimidade da aplicação da TR para correção do saldo devedor, diante da previsão expressa do contrato de mútuo habitacional regido pelo SFH. No paradigma oriundo da 2ª Turma, ao contrário, consta que é indevida a adoção do referido índice. Conheço, pois, dos embargos de divergência.

2. Quanto à utilização da Taxa Referencial como parâmetro no cálculo da correção monetária, o STF vedou que isso ocorresse de modo retroativo, mas a admitiu de modo expresso para o futuro, ou seja, a partir da entrada em vigor da Lei 8.177, de 1º.03.1991. A ADI 493/DF, Pleno, Min. Moreira Alves, DJ de 04.09.1992, que enfrentou a matéria, restou assim ementada:

“Ação direta de inconstitucionalidade.

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que e um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem publica e lei dispositiva. Precedente do S.T.F..

- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna.

- Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, *caput* e parágrafos 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991.”

Não é certo, portanto, ser a TR imprestável como índice de correção monetária. O STF, ao julgar a ADI 493/DF, não a extirpou do ordenamento jurídico pátrio, mas apenas limitou seu âmbito de incidência ao período posterior ao advento da Lei 8.177/91. É o que ficou expressamente declarado no RE 175.678/MG, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 04.08.1995:

“CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE INDEXAÇÃO.

I. - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, e que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente a Lei 8.177, de 1º.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. C.F., art. 5º, XXXVI.

II. - No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo índice de indexação e que estivesse esse índice sendo substituído pela TR. E dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR.

III. - R.E. não conhecido.”

Ora, no contrato em exame, firmado em 05.01.1991, havia ajuste expresse prevendo correção monetária segundo o índice aplicável ao reajuste dos depósitos em poupança, como se vê na cláusula vigésima segunda (fl. 27). O art. 12 da Lei 8.177/91, que não foi declarado inconstitucional pelo STF, alterou critérios de correção da poupança, que passaram a ser os seguintes:

Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;

II - como adicional, por juros de meio por cento ao mês.

(omissis)

Desta forma, sendo a TR sucessora legal do índice até então utilizado para corrigir os depósitos da poupança, é legítima a sua utilização para cálculo do saldo devedor do contrato. É essa a orientação esposada pela Corte Especial deste STJ nos julgados cujas ementas abaixo se transcrevem:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SHF. MÚTUO HIPOTECÁRIO. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO. INCIDÊNCIA DA TR MESMO ANTES DA LEI N. 8.177/91, QUANDO PACTUADO A UTILIZAÇÃO DO MESMO ÍNDICE APLICÁVEL À CADERNETA DE POUPANÇA. O ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DAS CORRESPONDENTES PRESTAÇÕES DE ABRIL DE 1990 É O IPC, E NÃO O BTNF. PRECEDENTES DESTA CORTE. QUESTÕES PACIFICADAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 168 DO STJ.

1. É legítima a utilização da TR para correção do saldo devedor nos contratos imobiliários do Sistema Financeiro da Habitação, quando tiver sido pactuado a utilização do mesmo índice aplicável à caderneta de poupança. E, ainda, é o IPC, e não o BTNF, o índice de atualização das correspondentes prestações de abril de 1990. Precedentes do STJ.

2. Agravo regimental desprovido. (AGEREsp 725.917/DF, Min. Laurita Vaz, DJ 19.06.2006)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MÚTUO. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. ADMISSIBILIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE.

I. Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do contrato sob exame, ainda que anterior à Lei n. 8.177/1991, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança, critério este avençado.

II. Não basta à configuração da divergência a mera enunciação de tese genérica, mas que haja rigorosa similitude fático-jurídica entre as espécies.

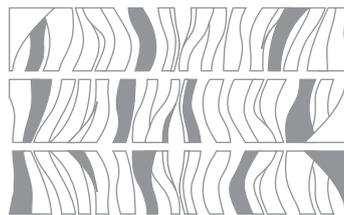
III. Ausente qualquer contradição, rejeitam-se os aclaratórios. (DEREsp 453.600/DF, Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 24.04.2006)

3. Pelo exposto, conheço dos embargos de divergência e nego-lhes provimento. É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, peço vênias para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator. O meu posicionamento sobre a matéria é conhecido desde há muito tempo na linha em que votou o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Conheço dos embargos de divergência, mas nego-lhes provimento.



Súmula n. 455

SÚMULA N. 455

A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.

Referência:

CPP, art. 366.

Precedentes:

| | | |
|--------------|-------------------|--|
| EREsp | 469.775-SP | (3ª S, 24.11.2004 – DJ 02.03.2005) – acórdão publicado na íntegra |
| HC | 67.672-SP | (5ª T, 28.05.2008 – DJe 04.08.2008) |
| HC | 111.984-SP | (5ª T, 17.02.2009 – DJe 29.06.2009) |
| HC | 132.852-DF | (5ª T, 14.05.2009 – DJe 08.06.2009) |
| HC | 45.873-SP | (6ª T, 17.08.2006 – DJ 25.09.2006) |
| HC | 103.451-PB | (6ª T, 05.06.2008 – DJe 22.09.2008) |
| RHC | 21.173-DF | (6ª T, 19.11.2009 – DJe 07.12.2009) |

Terceira Seção, em 25.8.2010

DJe 8.9.2010

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 469.775-
SP (2004/0131924-1)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Embargante: Arlindo Neves Soares

Procurador: Waldir Francisco Honorato Junior - Procuradoria da
Assistência Judiciária

Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CPP. PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. CARÁTER DE URGÊNCIA INDEMONSTRADO.

1. A produção antecipada de provas está adstrita àquelas consideradas de natureza *urgente* pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto.

2. Não serve como justificativa do pedido a alusão abstrata e especulativa no sentido de que as testemunhas podem se esquecer dos fatos ou que poderão mudar de endereço ou até vir a falecer durante o tempo em que perdurar a suspensão do processo. Muito embora sejam assertivas passíveis de concretização, não passam, no instante presente, de mera conjectura, já que desvinculadas de elementos objetivamente deduzidos.

3. A afirmação de que a passagem do tempo propicia um inevitável esquecimento dos fatos, se considerada como verdade absoluta, implicaria a obrigatoriedade da produção antecipada da prova testemunhal em todos os casos de suspensão do processo, na medida em que seria reputada de antemão e inexoravelmente de caráter urgente, retirando do Juiz a possibilidade de avaliá-la no caso concreto.

4. Embargos de Divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, dar provimento ao agravo regimental interposto e, assim, desprover o recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, acolher os embargos de divergência, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Arnaldo Esteves Lima, Nilson Naves e Gilson Dipp.

Vencido o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca e Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 2.3.2005

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de Embargos de Divergência opostos pela Procuradoria de Assistência Judiciária de São Paulo, com vistas a reformar o acórdão proferido pela Eg. Sexta Turma, relatado pelo eminente Ministro Hamilton Carvalhido, nos autos do REsp 469.775/SP, ementado nos seguintes termos, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. ARTIGOS 92 E 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *“1. O tempo é determinante da produção antecipada da prova testemunhal, porque nele se exaure a memória dos fatos, reconhecendo o próprio sistema de direito positivo a natureza urgente dessa espécie de prova (Código de Processo Penal, artigos 92 e 93).*

(...)

3. *Em havendo ordenado o juízo a produção antecipada de prova testemunhal, ao contrário de violar o direito federal, deu-lhe exato cumprimento, autorizando, como autoriza, a lei que, em suspendendo o processo do réu que não atende ao seu chamamento editalício, pode o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do*

disposto no artigo 312 (artigo 366 do Código de Processo Penal).” (HC 25.871/MS, da minha Relatoria, in DJ 30/6/2003).

2. *Agravo regimental improvido.” (fl. 124)*

Argúi dissídio com julgado da Eg. Quinta Turma nos autos do HC 27.241/SP, de minha relatoria, assim ementado:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. REVELIA DA ACUSADA. PROCESSO SUSPENSO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. CARÁTER URGENTE. EXAME DO CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ.

1. *Indeferido o pedido ministerial de antecipação de produção de provas por decisão judicial motivada, expondo de forma concreta a desnecessidade da medida acautelatória, o simples fato de tratar-se de prova testemunhal não evidencia, de plano, o seu caráter urgente, o qual deve ser aferido pelo julgador, no caso concreto.*

2. *Ordem concedida.”*

Aponta o Embargante divergência jurisprudencial quanto à solução da controvérsia acerca da possibilidade, ou não, de produção antecipada de prova testemunhal na hipótese de suspensão do processo com a revelia do réu. Sustenta que enquanto o acórdão embargado entendeu que *“o tempo é determinante da produção antecipada da prova testemunhal, porque nele se exaure a memória dos fatos, reconhecendo o próprio sistema de direito positivo a natureza urgente”*, o acórdão paradigma consignou que *“suspensão o processo pela revelia do acusado, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, compete ao Juiz, dentro de sua discricionariedade regrada, decidir, fundamentadamente, sobre a produção antecipada de provas”*.

Os embargos foram admitidos nos termos da decisão de fls. 146/147, abrindo-se vista ao *Parquet* Federal para o oferecimento de contra-razões.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 150/157 pelo provimento dos embargos de divergência, consignando que *“o simples fato de ter sido decretada a revelia do réu não autoriza, por si só, seja a prova testemunhal antecipadamente produzida”*.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): *Data maxima venia* do entendimento esposado no acórdão embargado, ao que se me afigura, merece reforma.

Consoante tenho manifestado em diversos julgados perante a Eg. Quinta Turma, nos termos da Lei Processual Penal vigente, a produção antecipada de provas está adstrita àquelas consideradas de natureza *urgente* pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto.

Não serve como justificativa do pedido a alusão abstrata e especulativa no sentido de que as testemunhas podem se esquecer dos fatos ou que poderão mudar de endereço ou até vir a falecer durante o tempo em que perdurar a suspensão do processo. Muito embora sejam assertivas passíveis de concretização, não passam, no instante presente, de mera conjectura, já que desvinculadas de elementos objetivamente deduzidos.

A afirmação de que a passagem do tempo propicia um inevitável esquecimento dos fatos, se considerada como verdade absoluta, implicaria a obrigatoriedade da produção antecipada da prova testemunhal em todos os casos de suspensão do processo, na medida em que seria reputada de antemão e inexoravelmente de caráter urgente, retirando do Juiz a possibilidade de avaliá-la no caso concreto. Não parece ser esse o espírito da Lei Processual Penal.

Corroboram com esse entendimento os seguintes precedentes da Eg. Quinta Turma:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CPP. PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. CARÁTER DE URGÊNCIA INDEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A produção antecipada de provas está adstrita àquelas consideradas de natureza urgente pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto. Precedentes da Quinta Turma do STJ.

2. Não serve como justificativa do pedido a alusão abstrata e especulativa no sentido de que as testemunhas podem se esquecer dos fatos ou que poderão mudar de endereço ou até vir a falecer durante o tempo em que perdurar a suspensão do processo. Muito embora sejam assertivas passíveis de concretização, não passam, no instante presente, de mera conjectura, já que desvinculadas de elementos objetivamente deduzidos.

3. A afirmação de que a passagem do tempo propicia um inevitável esquecimento dos fatos, se considerada como verdade absoluta, implicaria a obrigatoriedade da produção antecipada da prova testemunhal em todos os casos de suspensão do processo, na medida em que seria reputada de antemão e inexoravelmente de caráter urgente, retirando do Juiz a possibilidade de avaliá-la no caso concreto.

4. Indemonstrado direito líquido e certo a amparar o pedido deduzido.

5. *Recurso desprovido.* (RMS 16.580/SP, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 13/09/2004.)

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO (ART. 366 DO CPP). REVELIA. PRODUÇÃO DE PROVA PESSOAL.

I – Se, fundamentadamente, sem qualquer arbitrariedade, o juiz entender que não é hipótese de produção antecipada da prova pessoal, incabível asseverar ofensa a direito líquido e certo.

II – O art. 366 deve ser interpretado considerando-se o disposto no art. 225 do CPP. A hipótese do art. 92 do CPP, totalmente diversa da suspensão, por não trazer, em regra, probabilidade de prejuízo para o réu, de regra presente, não pode ser tomada como referencial.

Recurso desprovido. (REsp 551.329/SP, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 08/03/2004.)

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ART. 366 DO CPP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. NÃO CONHECIMENTO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. MEDIDA FACULTATIVA COM POSSIBILIDADE DE SER URGENTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. A mera transcrição ou juntada de ementas não é suficiente para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, sendo necessária a explicitação dos pontos que assemelham ou diferenciam os acórdãos confrontados.

II. A determinação de produção antecipada de prova testemunhal, nos termos do art. 366 do CPP, é faculdade legal do Julgador, e medida que pode ser considerada urgente diante das peculiaridades do caso concreto.

III. Recurso parcialmente conhecido e desprovido, nos termos do voto do relator. (REsp 443.327/SP, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU de 16/06/2003.)

“PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. ATO DISCRICIONÁRIO DO MAGISTRADO. PRECEDENTES.

Suspensão o processo pela revelia do acusado, conforme o disposto no art. 366 do CPP, a decisão sobre a produção antecipada de provas é ato discricionário do magistrado.

Na hipótese vertente, tal ato negando a pretensão ministerial foi devidamente fundamentado.

Precedentes.

Recurso desprovido. (REsp 469.777/SP, 5ª Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU de 02/06/2003.)

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DO PROCESSO (ART. 366 DO CPP). REVELIA. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL.

I – Se, fundamentadamente, sem qualquer arbitrariedade, o juiz entender que não é hipótese de produção antecipada da prova testemunhal, incabível asseverar ofensa a direito líquido e certo.

II – O art. 366 deve ser interpretado considerando-se o disposto no art. 225 do CPP. A hipótese do art. 92 do CPP, totalmente diversa da suspensão, por não trazer, em regra, probabilidade de prejuízo para o réu, presente, não pode ser tomada como referencial. Precedentes.

Recurso desprovido.” (ROMS 14464/SP, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 16/12/2002.)

Ante o exposto, ACOLHO os embargos de divergência para, reformando o acórdão embargado, dar provimento ao agravo regimental interposto e, assim, desprover o recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nilson Naves: Tive vista destes autos na sessão do dia 10.11.04. Discute-se neles tema referente à produção antecipada de provas. Não fora o requerimento de antecipação de depoimento acolhido em primeiro grau, donde o recurso do Ministério Público sustentando, em resumo, o seguinte: “Outro aspecto de relevo é a possibilidade de produção antecipada de prova. A lei não cuidou de estabelecer os requisitos e condições para tanto, limitando-se apenas a garantir o contraditório (art. 366, § 1º), deixando ao critério judicial a conveniência da urgência na produção da prova. Porém, o prudente critério judicial não pode ficar à mercê do arbítrio, havendo a necessidade de assentar-se o poder discricionário à inteligência de disposições semelhantes na processualística penal (arts. 92, 93 e 225, Código de Processo Penal) e civil (art. 846, Código de Processo Civil). Deste modo, havendo razoável prognóstico de que a instrução criminal que se desenvolverá com o futuro e incerto comparecimento do réu revel citado por edital...”

Ao recurso em sentido estrito o Tribunal de Alçada Criminal negou provimento em acórdão de seguinte ementa: “O pedido de produção antecipada de prova, nos termos do art. 366, do CPP, deve ser devidamente justificado, pois sendo faculdade do julgador somente pode ser deferido se considerado urgente diante das peculiaridades do caso concreto.”

Foi o recurso especial admitido pelo indicado dissídio jurisprudencial: “A inconformidade merece ter seu processamento deferido, pois o alegado dissídio jurisprudencial foi comprovado na forma legalmente exigida conforme os artigos 541, par. único, do Código de Processo Civil, e 255, par. 1º e 2º, do Regimento Interno Superior Tribunal de Justiça, com a juntada de cópia autenticada do paradigma, além da demonstração analítica das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.”

Monocraticamente, conheceu-se do especial e a ele se deu provimento “... para determinar a produção antecipada da prova oral”. Seguiu-se-lhe agravo, que foi tirado pela Assistência Judiciária (Procuradoria-Geral do Estado), ao qual a 6ª Turma negou provimento.

Os embargos de divergência estão sendo acolhidos para, “reformado o acórdão embargado, dar provimento ao agravo regimental interposto e, assim, desprover o recurso especial”.

Como a questão de fundo está colocada, impõe-se saber se, suspenso o processo, o juiz há de determinar a produção antecipada de provas, tudo de acordo com as referências insertas no art. 366. Segundo o Ministério Público, como vimos de ver, “o prudente critério judicial não pode ficar à mercê do arbítrio”. Ao que me pareceu, o que se quer é dar total imperatividade a uma norma processual que tem boa dose de permissividade. Não é que a norma em questão esteja assentada em total discricionariedade (isto é, a produção antecipada é assunto sujeito à simples discricção do juiz), não, não é bem essa a roupagem da dita norma, porém a acusação, para que se imponha a antecipação, há de, satisfatoriamente, justificá-la, tanto que, no texto, a referência é a provas consideradas urgentes. Por isso é que reputo pertinentes as observações do Juiz do processo, colhendo delas os seguintes tópicos:

“Portanto, nesta linha de raciocínio, verifica-se incabível a utilização incondicionada da antecipação probatória, eis que, se assim fosse, a aplicação prática do novo diploma legal estaria desvirtuando sua própria finalidade. Ademais, deve-se recordar também que, tratando-se de providência cautelar, sua utilização indiscriminada iria contra a própria natureza do instituto, posto que, como é sabido, a concessão de uma medida cautelar se subordina sempre à existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.”

No entanto, nada obsta que, havendo excepcional necessidade, a ser verificada em cada caso concreto, seja deferida pelo Juiz a antecipação probatória, situação que, ademais, já conta com previsão expressa no Código de Processo Penal (art. 225).

.....
No caso dos autos, verifica-se que o requerimento do Ilustre Representante do Ministério Público, no que tange à produção antecipada da prova acusatória, não se faz acompanhar de motivos concretos a autorizar a concessão de tal medida excepcional, referindo-se, apenas, à limitação da memória humana. Destarte, tal pedido não pode ser acolhido.”

Dessarte, reputo melhor a orientação do acórdão paradigma, *data venia* do acórdão embargado. Em outras palavras, compete ao Ministério Público fazer a demonstração de que o caso está a requerer sejam antecipadamente produzidas as provas. Se presentes, portanto, os requisitos fundamentais do requerimento de antecipação, impenderá ao juiz, no uso da mesma discricção, conceder a tutela. O caso de que estamos cuidando, porém, é diferente.

O que não sei é se, provendo o agravo (porquanto os embargos estão sendo acolhidos e recebidos), podemos, aqui e agora, ir desde logo ao mérito do recurso especial. Isso porque, quando o agravo é provido, o recurso, conforme o § 1º do art. 557, “terá seguimento”. O que significa ter seguimento? Significa que, distribuído o recurso, ao ver do art. 256 do Regimento, “o relator, após vista ao Ministério Público, se necessário, pelo prazo de vinte dias, pedirá dia para julgamento, sem prejuízo da atribuição que lhe confere o art. 34, parágrafo único”. A questão seria relevantíssima se fosse a Turma que tivesse examinado o agravo, mas, aqui e agora, já estamos em grau de embargos de divergência. Por ora, deixo a questão para reflexão da Seção.

Acompanho a Relatora.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Senhor Presidente, tenho precedente em sentido contrário e participei do julgamento cujo acórdão é embargado. Tenho como bastante ponderáveis as razões que foram aqui deduzidas, mas, *data venia*, dirijo do voto da Ministra Relatora, me comprometendo a uma nova reflexão sobre o tema.

Sustento, em princípio, que a urgência a que se refere o artigo 366, em tese, estaria na necessidade de se produzir a prova testemunhal, em razão de que o decurso do tempo pode prejudicar o depoimento pela falibilidade da memória humana.

Há precedentes da Quinta e Sexta Turmas - não há realmente da Seção - no sentido de que era possível antecipar a prova. A decisão é importante, mas eu fico vencido.