



Súmula n. 418

SÚMULA N. 418 (Cancelada)*

É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

Referências:

CF/1988, art. 105, III.

CPC, art. 538.

Precedentes:

| | | |
|----------------------|------------|-------------------------------------|
| AgRg no Ag | 479.830-SP | (3ª T, 22.05.2003 – DJ 30.06.2003) |
| AgRg no Ag | 643.825-MG | (3ª T, 29.11.2005 – DJ 19.12.2005) |
| AgRg no Ag | 896.558-CE | (2ª T, 14.08.2007 – DJ 21.09.2007) |
| AgRg no Ag | 906.352-SP | (5ª T, 20.11.2007 – DJ 10.12.2007) |
| AgRg no Ag | 948.303-RS | (4ª T, 27.11.2007 – DJ 17.12.2007) |
| AgRg no Ag | 949.677-SP | (4ª T, 18.12.2007 – DJ 11.02.2008) |
| AgRg no Ag | 992.922-MG | (2ª T, 15.04.2008 – DJe 29.04.2008) |
| AgRg no AgRg no REsp | 989.043-SP | (1ª T, 21.02.2008 – DJe 07.04.2008) |
| AgRg no REsp | 573.080-RS | (6ª T, 17.02.2004 – DJ 22.03.2004) |
| AgRg nos EREsp | 877.640-SP | (1ª S, 10.06.2009 – DJe 18.06.2009) |
| EREsp | 796.854-DF | (CE, 20.06.2007 – DJ 06.08.2007) |
| REsp | 673.601-RS | (5ª T, 17.12.2007 – DJ 07.02.2008) |
| REsp | 681.227-RS | (4ª T, 16.08.2007 – DJ 12.11.2007) |
| REsp | 706.998-RS | (4ª T, 15.03.2005 – DJ 23.05.2005) |
| REsp | 776.265-SC | (CE, 18.04.2007 – DJ 06.08.2007) |
| REsp | 852.069-SC | (1ª T, 06.09.2007 – DJ 1º.10.2007) |
| REsp | 854.235-SP | (2ª T, 08.04.2008 – DJe 18.04.2008) |
| REsp | 877.106-MG | (2ª T, 18.08.2009 – DJe 10.09.2009) |

| | | |
|------|--------------|-------------------------------------|
| REsp | 939.436-SC | (5ª T, 11.12.2007 – DJ 07.02.2008) |
| REsp | 984.187-DF | (1ª T, 11.03.2008 – DJe 07.04.2008) |
| REsp | 1.000.710-RS | (1ª T, 06.08.2009 – DJe 25.09.2009) |

Corte Especial, em 3.3.2010
DJe 11.3.2010, ed. 535

(*) A Corte Especial, na sessão de 1º de julho de 2016, determinou o CANCELAMENTO da Súmula n. 418-STJ.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 479.830-SP
(2002/0136992-3)**

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Agravante: Maria Nelci Alves

Advogado: Paulo César Valle de Castro Camargo

Agravado: Paulo Nader

Advogado: José Eduardo Pauletto

Agravado: Mauro Augusto de Oliveira

Advogado: Cornélio de Andrade Noronha e outro

EMENTA

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Recurso especial interposto antes da publicação do Acórdão recorrido.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça está consolidado no sentido de que não pode ser conhecido o recurso interposto anteriormente à publicação do Acórdão recorrido, salvo se houver pedido de renovação do recurso após a publicação, o que não ocorreu no caso presente.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 22 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Maria Nelci Alves ingressa com agravo regimental inconformada porque neguei provimento ao agravo de instrumento em despacho assim fundamentado:

Vistos.

Maria Nelci Alves interpõe agravo de instrumento contra o despacho que não admitiu recurso especial assentado na alínea a) do permissivo constitucional.

Decido.

No caso em tela, os fatos e a prática dos atos processuais ocorreram na seguinte ordem: proposta ação de indenização pela ora recorrente, foi julgada improcedente. Inconformada, a autora interpôs apelação, desprovida, havendo, no entanto, voto vencido que a provia em parte. Opostos embargos infringentes, foram rejeitados. Houve embargos de declaração, também rejeitados, publicado o Acórdão em 15.4.2002. Em 4.2.2002, a recorrente interpôs recurso especial. Esse recurso, assim, foi interposto antes da publicação do Acórdão rejeitando os embargos de declaração. Quanto ao tema, há decisões desta Corte, até mesmo da Corte Especial, no sentido de que, interposto o recurso antes da publicação do Acórdão, deve-se renová-lo após esse ato, sob pena de não conhecimento. Anote-se: EDclAgRgAg n. 184.019-RJ, 4ª Turma, Relator o Senhor Ministro *Aldir Passarinho Junior*, DJ de 20.11.2000; EDclAPn n. 101-ES, Corte Especial, Relator o Senhor Ministro *William Patterson*, DJ de 15.12.1997; EDclREsp n. 210.522-MS, 6ª Turma, Relator o Senhor Ministro *Hamilton Carvalho*, DJ de 25.2.2002; EDclREsp n. 298.073-AL, 5ª Turma, Relator o Senhor Ministro *Gilson Dipp*, DJ de 4.2.2002; REsp n. 254.135-SP, 6ª Turma, Relator o Senhor Ministro *Hamilton Carvalho*, 6ª Turma, DJ de 27.8.2001. Vejam-se, ainda, julgados do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: AgRgAg n. 255.654-MG, 1ª Turma, Relator o Senhor Ministro *Sydney Sanches*, DJ de 25.9.2001; EDclAgRgAg n. 315.030-PB, 1ª Turma, Relator o Senhor Ministro *Ilmar Galvão*, DJ de 18.12.2001; AgRgAg n. 321.071-SP, 1ª Turma, Relator o Senhor Ministro *Ilmar Galvão*, DJ de 27.11.2001; EDclAgRgRE n. 169.094-RS, 1ª Turma, Relator o Senhora Ministra *Ellen Gracie*, DJ de 29.5.2001; EDclHC n. 73.662-MG, 2ª Turma, Relator o Senhor Ministro *Marco Aurélio*, DJ de 11.6.1996.

A recorrente, no caso presente, não renovou o especial, que, portanto, não tem passagem.

Ante o exposto, nego seguimento ao agravo.

Intime-se. (fls. 134-135)



Alega a agravante que “se os Embargos foram rejeitados e não houve qualquer manifestação do Recorrente quanto à desistência ou modificação dos termos do Recurso Especial, este deverá valer, independentemente de renovação de protocolo” (fls. 144).

Questiona “qual o sentido de se repetir uma peça idêntica à anterior, somente com data modificada, que só viria avolumar os autos, gerar maiores controles de prazos, causar ansiedades desnecessárias, aumento de custos (...)” (fls. 145).

Afirma que tal “entendimento só poderá ser interpretado como uma ferramenta negativa de acesso à Justiça” e que como “são precedentes e ainda não se trata de matéria sumulada, havendo entendimentos em sentido contrário, o presente Agravo Regimental busca reformar o despacho para permitir à Recorrente, o acesso à Justiça máxima do País” (fls. 145).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O inconformismo não prospera.

Como demonstrado no despacho agravado, no “caso em tela, os fatos e a prática dos atos processuais ocorreram na seguinte ordem: proposta ação de indenização pela ora recorrente, foi julgada improcedente. Inconformada, a autora interpôs apelação, desprovida, havendo, no entanto, voto vencido que a provia em parte. Opostos embargos infringentes, foram rejeitados. Houve embargos de declaração, também rejeitados, publicado o Acórdão em 15.4.2002. Em 4.2.2002, a recorrente interpôs recurso especial. Esse recurso, assim, foi interposto antes da publicação do Acórdão rejeitando os embargos de declaração” (fls. 134).

Em que pesem as alegações recursais, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça está consolidado no sentido de que não pode ser conhecido o recurso interposto anteriormente à publicação do Acórdão recorrido, salvo se houver pedido de renovação do recurso após a publicação, o que não ocorreu no caso presente. Vejamos:

Processual Civil. Agravo de instrumento. Agravo regimental. Embargos declaratórios. Interposição. Oportunidade.

I. Somente após a publicação do acórdão ou da decisão que se quer aclarar, torna-se oportuna a oposição de embargos declaratórios.

Opostos antes da aludida publicidade, deve-se renovar o recurso após este ato.

II. Precedente da Corte Especial (APN n. 101-ES - EDcl, Rel. Min. William Patterson, DJ de 15.12.1997).

III. Embargos não conhecidos. (EDclAgRgAg n. 184.019-RJ, 4ª Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 20.11.2000)

Embargos de declaração. Recurso especial. Interposição antes da publicação do acórdão. Intempestividade. Efeito infringente.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme quanto ao cabimento dos embargos declaratórios para a correção de erro referente ao cômputo de prazo recursal (cf. REsp n. 229.085-ES, Relator Ministro Barros Monteiro, *in* DJ 21.8.2000 e EDclEDclREsp n. 45.779-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 2.5.2000).

2. A extemporaneidade do recurso ocorre não apenas quando é interposto além do prazo legal, mas também quando vem à luz aquém do termo inicial da existência jurídica do decisório alvejado.

3. Embargos acolhidos. Recurso especial não conhecido. (EDclREsp n. 210.522-MS, 6ª Turma, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 25.2.2002)

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão e contradição. Extemporaneidade.

I - A par de os embargos de declaração não serem a via adequada à suscitação de contrariedade a jurisprudência e, tampouco, a pedido de manifestação sobre matéria constitucional, os embargos se mostram extemporâneos, vez que impetrados antes da publicação do acórdão embargado.

II - Consoante reiterada jurisprudência do Col. Supremo Tribunal Federal e desta Eg. Corte, a intempestividade de recurso pode ocorrer antes de aberto o prazo ou depois do seu encerramento. Precedentes.

III - Embargos rejeitados. (EDclREsp n. 298.073-AL, 5ª Turma, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 4.2.2002)

Recurso especial. Interposição antes da publicação do acórdão. Intempestividade.

1. O acórdão, enquanto ato processual, tem na publicação o termo inicial de sua existência jurídica, que em nada se confunde com aqueloutro com que se dá ciência às partes do conteúdo, intimação, que marca a lei como inicial do prazo para a impugnação recursal.

2. A extemporaneidade do recurso ocorre não apenas quando é interposto além do prazo legal, mas também quando vem à luz aquém do termo inicial da existência jurídica do decisório alvejado. Precedente do STF.

3. Constatado que o recurso especial foi interposto sem que o acórdão da Corte estadual sequer tivesse sido publicado, não se constituindo, portanto, o *dies a quo* do termo legal para a interposição do recurso, deve-se tê-lo como extemporâneo.

4. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 254.135-SP, 6ª Turma, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 27.8.2001)

O Supremo Tribunal Federal também adota o mesmo posicionamento. Confira-se:

Direito Processual Civil.

Recurso: oportunidade para a interposição.

1. O agravo foi interposto antes da publicação da decisão agravada.
2. Prematuro, portanto.

3. Agravo não conhecido. (AgRg n. 255.654-MG, 1ª Turma, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 8.3.2002)

Embargos de declaração manifestados antes da publicação das conclusões do acórdão embargado no Diário da Justiça.

De acordo com o entendimento predominante nesta Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação do acórdão no órgão oficial.

Embargos não conhecidos. (EDclAgRg n. 315.030-PB, 1ª Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 14.6.2002)

Recurso extraordinário interposto antes do julgamento dos embargos de declaração sem posterior ratificação.

Hipótese em que o apelo extremo se revela insuscetível de apreciação, por não haver, ainda, decisão de última instância, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

Agravo desprovido. (AgRg n. 321.071-SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 22.2.2002)

Não são admissíveis embargos de declaração opostos antes da publicação do Acórdão impugnado.

Embargos não conhecidos. (EDclAgRgRE n. 169.094-RS, 1ª Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 29.6.2001)

Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 643.825-MG
(2004/0168834-4)**

Relator: Ministro Castro Filho
Agravante: BANERJ Seguros S/A

Advogados: Evandro Sérgio Lopes da Silva
Juçara Freire de Souza Cruz e outros
Agravado: Décio Nogueira da Silva
Advogado: Luiz Martins Netto e outros

EMENTA

Agravo interno. Recurso especial. Interposição anterior ao julgamento dos embargos de declaração. Extemporaneidade. Reiteração.

I - É extemporâneo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, em face de sua natureza integrativa do acórdão que lhe deu origem, salvo se houver reiteração posterior.

II - A extemporaneidade do apelo excepcional impede o conhecimento de quaisquer das matérias nele ventiladas.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.
Brasília (DF), 29 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ 19.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de agravo interno interposto pela *BANERJ Seguros S/A* contra a decisão que negou provimento ao seu agravo de

instrumento, em razão da extemporaneidade do recurso especial, protocolizado antes do julgamento dos embargos declaratórios opostos ao acórdão recorrido.

Alega, em síntese, a admissibilidade da interposição de recurso antes da publicação da decisão, conforme precedente da Corte Especial e, ainda, que a prescrição é matéria de ordem pública.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): O agravo não merece prosperar, porquanto a agravante não trouxe argumento capaz de infirmar a decisão agravada.

Como se verifica do ato ora impugnado, o recurso especial é extemporâneo, tendo em vista que foi interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Com efeito, o apelo extremo foi protocolizado em 7.6.2004 (f. 262), sendo que os embargos declaratórios foram julgados em 9.6.2004 (f. 257), com publicação do acórdão em 30.6.2004.

Nesse sentido, merecem destaque os seguintes precedentes deste Tribunal:

Recursos especiais. Ação revisional. Embargos de declaração. Não esgotamento da instância ordinária. (...)

- É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

(...)

- Recurso especial da instituição financeira não conhecido. Recurso especial da autora parcialmente conhecido e provido.

(REsp n. 701.699-RS, ac. de 5.4.2005, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20.6.2005);

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Recurso especial interposto antes do julgamento e da publicação do acórdão dos embargos de declaração. (...)

1. O próprio recorrente optou por opor os embargos de declaração. Nessa hipótese, o especial somente poderia ser interposto após o esgotamento da prestação jurisdicional pelo órgão colegiado, ou seja, quando julgados os embargos de declaração.

2. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça está consolidado no sentido de que não pode ser conhecido o recurso interposto anteriormente à

publicação do acórdão recorrido, salvo se houver reiteração após a publicação, o que não ocorreu no caso presente. (...)

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 583.040-RS, ac. de 3.8.2004, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 25.10.2004);

Agravo regimental em recurso especial. Recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Necessidade de ratificação.

1. O julgamento dos embargos de declaração, tenha ele, ou não, efeito modificativo, complementa e integra o acórdão recorrido, formando um todo indissociável ao qual se denomina decisão de última instância. Esta, sim, passível de recurso especial e extraordinário, nos termos dos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

2. Impõe-se o não conhecimento da insurgência especial interposta antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pelo ora recorrente, sem que ocorra a posterior e necessária ratificação.

3. Precedentes do STF.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 573.080-RS, ac. de 17.2.2004, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 22.3.2004).

Outra não é a orientação do egrégio Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

Recurso extraordinário interposto antes do julgamento dos embargos de declaração sem posterior ratificação.

Hipótese em que o apelo extremo se revela insuscetível de apreciação, por não haver, ainda, decisão de última instância, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

Agravo desprovido.

(AI n. 329.359 AgR-SC, ac. de 23.10.2001, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 14.12.2001);

Agravo regimental a que se nega provimento porquanto não ratificado o recurso extraordinário interposto antes do julgamento dos embargos de declaração.

(AI n. 278.591 AgR-SP, ac. de 20.2.2001, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 23.3.2001);

1. É extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes do julgamento do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AI n. 402.716, ac. de 14.2.2004, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 18.2.2005).

É de se ter presente que, antes de ser julgado o pedido declaratório, a decisão atacada pelo recurso especial é inapta a produzir efeitos jurídicos, uma vez que o acórdão dos embargos de declaração é integrativo do julgamento do recurso que lhe deu origem, com este formando decisão de última instância.

A propósito, dispõe o artigo 538 do Código de Processo Civil que a oposição dos embargos declaratórios interrompe o prazo para a interposição de outros recursos. No caso, não consta ter havido reiteração do especial em referência, após o julgamento dos embargos e a publicação do acórdão, conforme orientação dos tribunais superiores.

É de se ressaltar que o julgado da Corte Especial (EAG n. 522.249), citado neste agravo, não se aplica à hipótese em exame, porquanto naquele se trata de embargos de declaração já julgados, porém ainda sem publicação o respectivo acórdão; aqui, refere-se a embargos ainda não julgados e, portanto, ainda sem manifestação do colegiado *a quo*.

Por fim, a intempestividade do apelo excepcional impede o conhecimento de quaisquer das matérias nele ventiladas, sejam ou não de ordem pública.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 896.558-CE
(2007/0129124-9)**

Relator: Ministro Herman Benjamin

Agravante: Mercantil São José S/A Comércio e Indústria

Advogado: Walbene Graça Ferreira Filho e outro(s)

Agravado: Fazenda Nacional

Procurador: Raquel Gonçalves Mota e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Interposição do recurso especial antes da publicação do acórdão dos embargos declaratórios. Não-exaurimento da instância ordinária. Intempestividade reconhecida.

1. “A Corte Especial do STJ, na sessão de 18.4.2007, firmou entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal.” (AgRg no Ag n. 832.567-PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 24.5.2007 p. 349).

2. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Castro Meira (Presidente) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2007 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJ 21.9.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão (fl. 282) que não conheceu do Agravo de Instrumento nos seguintes termos:

Vistos, etc.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto de decisão que negou seguimento a recurso especial.

Nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial é cabível de decisão de última ou única instância. Desse modo, afigura-se prematuro o especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ainda que estes tenham sido opostos pela parte contrária. Nesse sentido, o REsp n. 706.998-RS, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJ de 23.5.2005.

Ante o exposto, não conheço do agravo.

Publique-se. Intimem-se.

Alega a agravante que: *a)* “a situação em comento é excepcional. Caso em que uma das partes interpõe recurso antes da parte contrária manejar os embargos. Fato que ocorreu no processo em tela” (fl. 287); *b)* “tinha 15 (quinze) dias para a interposição do recurso especial ou extraordinário. No dia 27.3.2006, termo final do prazo de 15 (quinze) dias, a Agravante interpôs o recurso especial e extraordinário” (fl. 287) e, *c)* “o acórdão recorrido foi publicado em 10.3.2006 e desde esta data começou a correr o prazo para a Agravante. A Fazenda Nacional somente foi intimada pessoalmente do acórdão em 27.3.2007, data limite para a interposição de recurso pela Agravante comprovando, cabalmente que a interposição de recurso jamais poderia ocorrer quando pendente o julgamento de embargos de declaração da Fazenda Nacional, já que esta foi intimada no próprio dia 27.3.2007” (fl. 288 - *sic*).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Não merece guarida a irresignação da Agravante quanto à decisão proferida no Agravo de Instrumento.

Recentemente, a Corte Especial deste Tribunal, na sessão do dia 18 de abril do corrente ano, ao apreciar o Recurso Especial n. 776.265-SC (acórdão ainda não publicado), decidiu que “por não estarem esgotadas as vias ordinárias, é intempestivo o Recurso Especial interposto antes dos Embargos de Declaração, tenham sido opostos pelo próprio recorrente do Recurso Especial ou mesmo pelo recorrido” e “Assim, ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opôr embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do recurso especial, pois, com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Logo, caberia ao recorrente, nesse prazo recursal, ratificar o recurso especial interposto prematuramente a fim de viabilizar a via eleita”.

Porquanto, é inadmissível, por intempestividade, o Recurso Especial apresentado anteriormente à publicação do acórdão dos Embargos de Declaração opostos contra o acórdão recorrido, isso porque somente após a decisão da “última instância” ordinária é cabível a interposição do Apelo extremo (art. 105, I, da CF/1988).

Vê-se, portanto, que o atual posicionamento dominante do STJ sobre a matéria é contrário à pretensão da recorrente.

Com o mesmo entendimento confirmam-se outros julgados deste Sodalício:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial. Interposição anterior ao julgamento dos embargos declaratórios. Intempestividade.

1. A Corte Especial do STJ, na sessão de 18.4.2007, firmou entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 832.567-PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 24.5.2007 p. 349)

Agravo regimental em agravo de instrumento. Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Ausência de reiteração das razões recursais. Extemporaneidade. Precedentes.

1. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração é intempestivo, salvo reiteração posterior, porquanto o prazo para recorrer só começa a fluir após a publicação do acórdão integrativo.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 789.041-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19.4.2007, DJ 14.5.2007 p. 409)

Processual Civil. Recurso especial. Extemporaneidade. Interposição antes do julgamento dos embargos de declaração. Precedentes.

- É intempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, salvo se houver reiteração posterior, porquanto o prazo para recorrer só começa a fluir após a publicação do acórdão integrativo.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 867.789-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21.6.2007, DJ 29.6.2007 p. 611)

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Interposição do apelo nobre antes do julgamento dos embargos de declaração no Tribunal *a quo*. Ausência de posterior ratificação. Intempestividade. Precedentes STF do STJ. Honorários advocatícios. Revisão do percentual. Vedação. Análise do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

1. É intempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração anteriormente opostos, sem a indispensável ratificação posterior. Precedentes.

2. (...).

3. (...).

4. (...).

5. Recursos especial da União não conhecido. Recurso especial da Federação Nacional dos Policiais Federais - FENAPEF conhecido e desprovido. (REsp n. 577.015-AL, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.5.2007, DJ 25.6.2007 p. 279)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Processual Civil. Interposição do recurso especial antes da publicação do acórdão dos embargos de declaratórios. Intempestividade caracterizada. Recurso improvido.

(AgRg no Ag n. 617.242-PR, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 20.3.2007, DJ 23.4.2007 p. 271).

Agravo. Recurso especial. Interposição anterior ao julgamento de embargos de declaração.

1. Descabe a interposição de recurso especial antes de julgados os embargos declaratórios opostos pela própria recorrente, já que não esgotada a instância ordinária, contrariada a regra do art. 105, inciso III, *caput*, da Constituição Federal.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 767.981-RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 16.4.2007).

Ausente a comprovação da necessidade de correções a serem promovidas na decisão agravada, proferida, ademais, correta e integralmente, com lastro em fundamentos suficientes e na consonância do entendimento pacífico deste Tribunal, não há que se prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Diante do exposto, *nego provimento ao Agravo Regimental*.

É como *voto*.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 906.352-SP
(2007/0119922-4)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procuradora: Karina Teixeira de Azevedo e outro(s)
Agravado: Máximo Jerônimo Nogueira
Advogado: Alzira Dias Sirota Rotbande e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Interposição anterior ao julgamento dos embargos declaratórios. Ausência de reiteração. Intempestividade.

1. É intempestivo o Recurso Especial interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, salvo se for reiterado posteriormente no prazo recursal.

2. Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental. Os Srs. Ministros Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJ 10.12.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. *Instituto Nacional de Seguro Social - INSS* agrava de decisão por mim proferida nos seguintes termos:

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que negou trânsito a Recurso Especial, tendo em vista o não exaurimento das instâncias ordinárias.

Incensurável o decisório agravado.

O art. 105, III da Magna Carta prevê a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar, em Recurso Especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

No caso em comento, o Apelo Nobre foi interposto em 23.2.2006 e os Embargos de Declaração opostos pelo ora agravado foram julgados somente em 9.5.2006. Dessa forma, o Recurso Especial não transpõe a barreira da admissibilidade, porquanto interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, ou seja, antes do exaurimento das instâncias ordinárias, em desconformidade com o disposto no referido dispositivo legal.

Cito, por oportuno, o seguinte precedente:

Recurso especial. Ação revisional. Embargos de declaração. Não esgotamento da instância ordinária.

- É prematura a interposição de Recurso Especial antes do julgamento dos Embargos de Declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

- Recurso Especial não conhecido. (REsp n. 706.998-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 23.5.2005).

Diante do exposto, com fundamento no art. 557 do CPC, nega-se provimento ao agravo (fls. 300-301).

2. O agravante afirma que a *ratificação das razões do Recurso Especial interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, tão somente é necessária quando há acolhimento, ainda que parcial, dos referidos Embargos. Nesse passo, quando o acórdão embargado é rejeitado in totum não há que se falar em renovação (ou nova interposição) do Apelo Extremo* (fls. 305).

3. Assim, alega que o Recurso Especial não restou prejudicado, visto que os Embargos Declaratórios foram rejeitados, não influenciando na matéria tratada pelo Apelo Nobre.

4. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Maia Nunes Filho (Relator): 1. A despeito das alegações lançadas pelo agravante, tenho que razão não lhe assiste.

2. O Apelo Nobre foi interposto, de forma prematura, antes do julgamento, pela Corte *a quo*, dos Embargos de Declaração. Assim, considerando a ausência

de ratificação no prazo recursal, forçoso reconhecer que o recurso foi manejado antes de esgotada a jurisdição pelo Tribunal de origem. Confira-se, a respeito, o seguinte precedente:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial. Interposição anterior ao julgamento dos embargos declaratórios. Intempestividade.

1. A Corte Especial do STJ, na sessão de 18.4.2007, firmou entendimento de que o Recurso Especial interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal.

2. Agravo Regimental improvido (AgRg no Ag n. 832.567-PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 24.5.2007).

3. Diante do exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental.

4. É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 948.303-RS
(2007/0214437-2)**

Relator: Ministro Massami Uyeda

Agravante: Krishna Salen Branco e outro

Advogado: Michel Aveline de Oliveira e outro(s)

Agravado: TVSBT Canal 5 de Porto Alegre S/A e outro

Advogado: Frederico Azambuja Lacerda e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial. Interposição anterior ao julgamento dos embargos declaratórios. Caracterização de intempestividade.

I - O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de exaurida a jurisdição

prestada pelo Tribunal de origem, caracteriza-se como extemporâneo e incabível, devendo ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Precedentes do STJ e do STF.

II - *Agravo regimental improvido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJ 17.12.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de agravo regimental interposto por *Krishna Salen Branco e outro* em face da decisão de fl. 737, assim consignada:

Vistos, etc.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto de decisão que negou seguimento a recurso especial.

Nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial é cabível de decisão de última ou única instância. Desse modo, afigura-se prematuro o especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ainda que estes tenham sido opostos pela parte contrária. Nesse sentido, o REsp n. 706.998-RS, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJ de 23.5.2005.

Ante o exposto, não conheço do agravo.

Publique-se. Intimem-se.

Buscam os ora agravantes a reforma da r. decisão, sustentando, em síntese, que a interposição do recurso especial não foi prematura, porquanto ocorreu no

sétimo dia do prazo. Aduzem, ainda, a desnecessidade de ratificação do recurso, pois o mesmo foi protocolado entre o *dies a quo* e o *dies ad quem* (fls. 740-749).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O recurso não merece ser provido.

Com efeito.

In casu, observa-se que, de fato, o apelo especial foi interposto extemporaneamente em 8.1.2007 (fl. 630), enquanto o acórdão dos embargos declaratórios, que integra o acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal *a quo*, foi publicado no dia 7.3.2007 (fl. 627).

Nesses termos, o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de exaurida a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, é extemporâneo e incabível, e, nesses termos, o apelo nobre deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Destaque-se que a CF/1988, no art. 105, inciso III, prevê o cabimento do recurso especial em causas decididas em última Instância, e, nos julgamentos de embargos declaratórios, é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão ou erro material, ou, ainda, se não houve nenhuma modificação, o aresto dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando a última decisão prevista na Constituição.

Ressalte-se que, nos termos do art. 538 do CPC, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes, e, nesses termos, ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se pode afastar a intempestividade do recurso especial, uma vez que, com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Assim sendo, caberia ao recorrente, nesse prazo recursal, ratificar o recurso especial interposto prematuramente a fim de viabilizar a via eleita.

A propósito, confira-se:

Processual Civil. Recurso especial. Prematuro. Esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento.

– É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

– Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 776.265-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, j. 18.4.2007, DJ 6.8.2007, p. 445)

Com o mesmo entendimento: STJ, AgRg no Ag n. 832.567-PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, v.u., j. 3.5.2007, DJ 24.5.2007, p. 349; REsp n. 721.708-ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, v.u., j. 14.11.2006, DJ 12.2.2007, p. 264.

A jurisprudência do augusto Pretório Excelso também tem a mesma ressonância:

1. É extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes do julgamento e da publicação do aresto proferido nos embargos declaratórios, sem posterior ratificação. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (STF, AI-AgR n. 624.059-PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, v.u., j. 4.6.2007, DJ 24.8.2007, p. 26, Ementário 2286-19/3576)

Na mesma linha de raciocínio: STF, AI-AgR n. 620.417-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, v.u., j. 2.3.2007, DJ 13.4.2007, p. 98, *Ementário* 2271-28/5858; AI-AgR n. 601.837-RJ, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, v.u., j. 24.10.2006, DJ 24.11.2006, p. 85, *Ementário* 2257-9/1795.

Assim sendo, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 949.677-SP
(2007/0213214-1)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Agravante: Instituto de Resseguros do Brasil - IRB

Advogado: Antônio Penteadó Mendonça e outro(s)

Agravado: Armando Salum Abdalla e outro

Advogado: Eduardo Bachir Abdalla

Interessado: Banco Safra S/A

Advogado: Getúlio Hisaiaki Suyama e outro(s)

Interessado: Bradesco Seguros S/A

Advogado: Alfredo Barbosa Migliore e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Súmula n. 182 do STJ. Recurso especial. Interposição anterior ao julgamento dos embargos declaratórios. Intempestividade.

1. É inviável agravo regimental que deixa de impugnar integralmente a decisão recorrida, quando o fundamento não infirmado é por si só suficiente para mantê-la. Inteligência da Súmula n. 182 do STJ.

2. A Corte Especial do STJ, na sessão de 18.4.2007, firmou entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 11.2.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Instituto de Resseguros do Brasil (IRB)* contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento sob os seguintes fundamentos: a) incidência da Súmula n. 115-STJ; e, b) configura-se prematuro o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ainda que estes tenham sido opostos pela parte contrária.

Em suas razões, a agravante alega o seguinte:

Data vênia, a decisão é equivocada, visto que às fls. 115 e 116 dos autos consta a procuração da Agravante (IRB - Brasil Resseguros S/A) à Dra. Sílvia Helena Martineli de Matos e o substabelecimento dela ao Dr. Antônio Penteadó Mendonça.

Assim, a Agravante atendeu perfeitamente às exigências do artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil (fl. 504).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O recurso não reúne condições de êxito.

O recorrente, no agravo regimental ora em comento, não infirmou todos os fundamentos do *decisum* ora impugnado. Com efeito, não atacou especificamente a inviabilidade do recurso em face do não-exaurimento das vias ordinárias considerando que foi interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pelos agravantes.

Incide, portanto, a Súmula n. 182 do STJ - “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”.

Ademais é orientação assente no STJ a impossibilidade do conhecimento de recurso especial por falta de exaurimento das vias ordinárias, quando interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pelos agravantes, sem que houvesse posterior reiteração.

Em recente sessão, datada de 18 de abril de 2007, publicada no Informativo de Jurisprudência (16 a 20 de abril de 2007) número 317, assim se pronunciou a Corte Especial deste Tribunal:

Trata-se de processo remetido da Terceira Turma diante da existência de divergência, no âmbito deste Superior Tribunal, quanto à tempestividade do recurso especial interposto na pendência de julgamento de embargos declaratórios opostos pela parte contrária ao acórdão da apelação. Note-se que, no caso, o REsp foi interposto na pendência dos embargos de declaração opostos em fac-símile e registrados bem depois de interposto o REsp. Para o Min. Cesar Asfor Rocha, condutor da tese vencedora, o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Explicou, citando precedente de sua relatoria, que a CF/1988, no art. 105, III, prevê o cabimento do recurso especial em causas decididas em última instância e, nos julgamentos de embargos declaratórios, é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão ou erro material ou, ainda, se não houve nenhuma modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando a última decisão prevista na Constituição. Observou que, nos termos do art. 538 do CPC, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. Assim, ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do recurso especial, pois, com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Logo, caberia ao recorrente, nesse prazo recursal, ratificar o recurso especial interposto prematuramente a fim de viabilizar a via eleita. Para o Min. Relator, tese vencida, a exigência de ratificar o recurso especial somente faria sentido quando os embargos de declaração fossem recebidos com alteração do acórdão embargado ou quando fossem recebidos com alteração do acórdão embargado ou quando fossem opostos os aclaratórios pelo próprio recorrente, do contrário, permanecendo íntegro o aresto, não fazia sentido exigir-se ratificação. De acordo com o voto-vista do Min. Cesar Asfor Rocha, a Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, não conheceu do recurso especial. Precedentes citados do STF: AgRg no RE n. 447.090-SC, DJ 24.6.2005, e AgRg no Ag n. 601.837-RJ, DJ 24.11.2006; do STJ: REsp n. 498.845-PB, DJ 13.10.2003; REsp n. 778.230-DF, DJ 25.4.2006, e REsp n. 643.825-PB, DJ 24.6.2004 (REsp n. 776.265-SC, relator p/ o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 18.4.2007).

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 992.922-MG
(2007/0281285-0)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Agravante: Telemar Norte Leste S/A

Advogado: Decio Flavio Gonçalves Torres Freire e outro(s)

Agravado: Sônia Guarnieri Teixeira

Advogado: Gilsara Frauches Lima

EMENTA

Administrativo. Prestação de serviço. Telefonia. Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Acórdão integrativo do julgamento. Necessidade de reiteração. Inteligência do *caput* do art. 538 do CPC. Interrupção de prazos para quaisquer recursos. Precedentes.

1. Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de quaisquer outros recursos que, porventura, venham a ser interpostos pelas partes. Não se admite, na lógica processual, que se proporcione às partes dois prazos recursais, sob pena de violação do supracitado artigo, que impõe a interrupção do prazo para outros recursos.

2. Não há como se admitir o recurso especial, uma vez que a agravante interpôs o recurso especial em 12.12.2006, antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, que ocorreu em 31.3.2007, e que é parte integrativa do acórdão principal, sem que houvesse a necessária ratificação posterior do recurso especial.

3. O recurso especial não poderá ser conhecido pois interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, e não existiu reiteração. Precedente da Corte Especial.

4. Quanto à alegação de que existe entendimento divergente, não é passível de apreciação pois o entendimento isolado trazido pelo recorrente não pode suplantar aquele pacificado na Corte Especial.

5. Não procede também a alegação de que em 2006 não havia entendimento pacificado desta Corte a respeito da suspensão do prazo para a interposição de qualquer outro recurso, pois a alteração do Código de Processo Civil, neste particular, ocorreu em 1994, com a redação dada pela Lei n. 8.950/1994 e que passou a regular o processamento dos recursos a partir de sua vigência.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de abril de 2008 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 29.4.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo regimental contra decisão, de minha lavra, que não conheceu do agravo de instrumento pela extemporaneidade do recurso especial, pois interposto em data anterior ao julgamento dos embargos de declaração. A decisão monocrática ficou assim ementada: (fl. 230)

Administrativo. Prestação de serviços telefônicos. Recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração. Extemporaneidade. Precedentes. Agravo não-conhecido.

Nas razões recursais, a agravante assevera que “pela Embargante foi publicado no dia 25.11.2006 e o protocolo do ser recurso especial ocorreu no dia 5.12.2006 e o Acórdão do julgamento dos Embargos Declaratórios só veio ocorrer em 31.3.2007, ou seja, dentro do prazo legal” (fl. 240). Mais adiante, ainda, assevera que “esta Egrégia Corte não tinha firmado entendimento de esgotamento da jurisdição prestada pelo Tribunal *a quo* e da necessidade de reiteração e ratificação, para afastar a intempestividade do recurso especial interposto (...)” (fl. 240).

Por fim, bate-se a agravante pela absoluta tempestividade do recurso especial e pela desnecessidade de sua reiteração.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Não merece guarida a pretensão recursal.

Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de quaisquer outros recursos que, porventura, venham ser interpostos pelas partes, independentemente se quem opôs os embargos não foi a mesma parte que interpôs o recurso especial.

Depreende-se do *caput* do artigo 498 do Código de Processo Civil que, quando opostos embargos de declaração, o prazo para recurso especial fica sobrestado até a intimação da decisão nos embargos. Não se admite, na lógica processual, que se proporcione às partes dois prazos recursais, sob pena de violação do supracitado artigo, que impõe a interrupção do prazo para outros recursos.

Segundo o mestre Nelson Nery Junior, “o acórdão que contiver parte unânime e parte não unânime (desde que de reforma de sentença de mérito ou de julgamento de procedência de ação rescisória - CPC 530) é impugnável apenas pelo recurso de embargos infringentes” (*in*, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 7ª ed., rev., ampl., Revista dos Tribunais, SP, 2003, p. 859).

Mais adiante, ainda, nos esclarece o jurista, na mesma obra, que “a parte não unânime do acórdão impugnável por EI não poderá ser desde logo objeto de RE nem de REsp: a parte deverá aguardar o julgamento dos EI. O acórdão

que julgar os EI complementar^á o acórdão anterior, de sorte que as matérias se somarão: as da parte unânime do acórdão originário e aquela objeto da decisão dos EI” (obra citada, p. 859).

É entendimento firmado por este Tribunal, em decisão da Corte Especial, na assentada de 18.4.2007, que o prazo para recorrer começa a fluir com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo extemporâneo o recurso que a antecede. (REsp n. 776.265-SC, Rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 18.4.2007, DJ 6.8.2007, p. 445.)

Nesse sentido, alguns julgados desta Corte:

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Ratificação necessária. REsp n. 776.265-SC.

1. A Corte Especial, no julgamento do REsp n. 776.265-SC, adotou o entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.

2. Agravo regimental improvido.

(AgREsp n. 915.478-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16.8.2007, DJ 29.8.2007.)

Processo Civil. Agravo regimental. Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Extemporaneidade. Reiteração. Desprovisionamento.

1. Consoante pacífico entendimento desta Corte, a interposição tempestiva dos embargos de declaração, ainda que estes venham a ser rejeitados, interrompem o prazo para interposição de eventual recurso.

2. Destarte, é intempestivo o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração opostos ao v. acórdão recorrido, salvo se houver reiteração posterior.

3. Agravo regimental desprovido.

(AGA n. 884.383-MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 2.8.2007, DJ 27.8.2007.)

Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Recurso especial. Extemporaneidade. Reiteração. Necessidade.

Se, julgados os primeiros embargos de declaração, há oposição de novos declaratórios, opera-se novamente a interrupção do prazo recursal, razão pela

qual deve ser reiterado o recurso especial interposto por qualquer das partes antes do julgamento do segundo recurso integrativo.

Embargos rejeitados.

(EDclAGA n. 787.396-RS, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 7.8.2007, DJ 20.8.2007.)

Veja-se, ainda, o julgado: AGA n. 825.989-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2.8.2007, DJ 21.9.2007, p. 295.

Verifica-se, *in casu*, que não há como admitir o recurso especial, uma vez que a agravante interpôs o recurso em 12.12.2006, antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, que ocorreu em 31.3.2007, e que é parte integrativa do acórdão principal, sem que houvesse a necessária ratificação posterior do recurso especial.

Quanto à alegação de que existe entendimento divergente não é passível de apreciação pois entendimento isolado trazido pelo recorrente não pode suplantar o entendimento pacificado da Corte Especial.

Não procede também a alegação de que em 2006 não havia entendimento pacificado desta Corte a respeito da suspensão do prazo para a interposição de qualquer outro recurso, pois a alteração do Código de Processo Civil, neste particular, ocorreu em 1994, com a redação dada pela Lei n. 8.950/1994 e que passou a regular o processamento dos recursos a partir de sua entrada em vigor.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 989.043-SP (2007/0218273-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Fazenda Nacional

Procurador: Maria Cecília Leite Moreira e outro(s)

Agravado: Souza Ramos Veículos Ltda

Advogado: Hamilton Dias de Souza e outro(s)

EMENTA

IR e CSLL. Limitação. Compensação. Ofensa ao princípio da anterioridade. Inocorrência. Recurso especial interposto antes do julgamento de embargos de declaração. Tempestividade.

I - A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 776.265-SC, pacificou o entendimento segundo o qual deve ser considerado intempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, uma vez que não houve o esgotamento da instância ordinária, porém tal entendimento não se aplica à hipótese dos autos, que data do ano de 2005.

II - É legal a limitação em relação à compensação de prejuízos fiscais da CSLL verificados até o dia 31.12.1994, no exercício de 1995, não havendo que se falar na contrariedade ao princípio da anterioridade.

III - Agravo regimental provido, para dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luiz Fux e Denise Arruda.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 7.4.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto pela *Fazenda Nacional*, contra decisão de fls. 457-459, pela qual reconsiderarei

anterior *decisum*, para negar seguimento ao recurso especial, tendo em vista este ter sido interposto, na origem, antes do julgamento dos embargos de declaração e não ter sido reiterado.

Sustenta a agravante ser desnecessária a complementação do recurso especial, porquanto os embargos de declaração opostos foram rejeitados, sob pena de ofensa aos princípios da instrumentalidade processual e da efetividade da prestação jurisdicional.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que assiste razão à agravante.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 776.265-SC, realizado em 18.4.2007, em que foi relator o Ministro *Cesar Asfor Rocha*, pacificou o entendimento segundo o qual deve ser considerado intempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, uma vez que não houve o esgotamento da instância ordinária, porém tal entendimento não se aplica à hipótese dos autos, que data do ano de 2005.

Sendo assim, merece admissibilidade o recurso especial.

Passo, portanto, ao juízo de mérito do apelo.

Com efeito, é legal a limitação em relação à compensação de prejuízos fiscais da CSLL verificados até o dia 31.12.1994, no exercício de 1995, não havendo que se falar na contrariedade ao princípio da anterioridade, conforme entendimento desta Corte, *in verbis*:

Processual Civil e Tributário. Compensação de prejuízos fiscais. Imposto de renda. Contribuição social sobre o lucro. Leis n. 8.981/1995 e 9.065/1995. Limitação de 30%. Legalidade.

1. Não viola os arts. 165, 458, II, e 535 do Código de Processo Civil, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Esta Corte, em diversas oportunidades, manifestou-se no sentido da legalidade da limitação de trinta por cento (30%) na compensação de prejuízos

fiscais, sob o fundamento de que a Lei n. 8.981/1995, que estabeleceu essa limitação quantitativa, não alterou os conceitos de renda e de lucro, tampouco ofendeu os arts. 43, 44 e 110 do Código Tributário Nacional, porquanto a mencionada lei ordinária diferiu a dedução para exercícios futuros, de maneira escalonada. É legal essa limitação, em relação à compensação de prejuízos fiscais verificados até o dia 31.12.1994, a partir do exercício de 1995, não havendo contrariedade ao princípio da anterioridade.

3. Recurso especial desprovido (REsp n. 640.996-MG, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 17.9.2007, p. 210).

Compensação de prejuízos. Imposto sobre a renda e contribuição social sobre o lucro. Limitação imposta com o advento das Leis n. 8.981/1995 e 9.065/1995. Legalidade. Análise de ofensa ao artigo 6º da LICC. Omissão inexistente.

I - A limitação de compensação de prejuízos resultantes do balanço das empresas, em face das Lei n. 8.981/1995 e 9.065/1995, não é ilegal, porquanto não houve vedação acerca da dedução, tão somente o escalonamento, em atenção ao interesse público, reduzindo o impacto fiscal. Precedentes: REsp n. 652.206-PE, Rel. Min. *Castro Meira*, DJ de 4.8.2006; AgRg no REsp n. 516.849-CE, Rel. Min. *Denise Arruda*, DJ de 3.4.2006; EREsp n. 429.730-RJ, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, DJ de 11.4.2005 e REsp n. 242.237-CE, Rel. para acórdão Min. *Eliana Calmon*, DJ de 11.3.2002.

II - Não há que se falar em omissão na decisão agravada acerca da questão atinente à ofensa ao artigo 6º da LICC, vez que restou consignado no decisorum que é legal a limitação em relação à compensação de prejuízos fiscais verificados até o dia 31.12.1994, no exercício de 1995, não havendo portanto contrariedade ao princípio da anterioridade. Precedentes: REsp n. 411.363-PR, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, DJ de 18.8.2006 e AgRg no REsp n. 516.849-CE, Rel. Min. *Denise Arruda*, DJ de 3.4.2006.

III - Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 899.962-SP, de minha relatoria, DJ de 9.4.2007, p. 243).

Tributário. CSSL. Prejuízos fiscais. Compensação. Limites. Lei n. 8.981/1995.

1. Não se encontra eivada de ilegalidade a limitação da compensação em 30% (trinta por cento) dos prejuízos fiscais acumulados em exercício anteriores estabelecida na Lei n. 8.981/1995, para fins de determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro (CSSL) e do Imposto de Renda.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da legalidade dessa limitação em relação à compensação de prejuízos fiscais verificados até o dia 31.12.1994, de modo que não há por que falar em contrariedade ao princípio da anterioridade.

3. Recurso especial provido (REsp n. 576.286-PE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 7.12.2006, p. 287).

Ante o exposto, *dou provimento* ao presente agravo regimental, para *dar provimento* ao recurso especial em epígrafe.

É o meu voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 573.080-RS
(2003/0127649-1)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador: Mariângela Dias Bandeira e outros
Agravado: Leonardo Justo de Almeida
Advogado: Tania Maria Chaplin Poletto

EMENTA

Agravo regimental em recurso especial. Recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Necessidade de ratificação.

1. O julgamento dos embargos de declaração, tenha ele, ou não, efeito modificativo, complementa e integra o acórdão recorrido, formando um todo indissociável ao qual se denomina decisão de última instância. Esta, sim, passível de recurso especial e extraordinário, nos termos dos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

2. Impõe-se o não conhecimento da insurgência especial interposta antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pelo ora recorrente, sem que ocorra a posterior e necessária ratificação.

3. Precedentes do STF.

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília, 17 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ 22.3.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, à ausência de ratificação da insurgência interposta antes do julgamento dos embargos de declaração.

Alega o agravante que:

(...)

Data vênia, tal decisão não poderia ter sido tomada monocraticamente.

É que semelhante questão ainda não foi objeto de deliberação pelos órgãos fracionários dessa Eg. Corte.

Assim, necessário se faz o exame da questão pela Sexta Turma de forma a sedimentar, ou não, o entendimento adotado na r. decisão ora agravada.

No mérito, não se pode dizer que o recurso especial foi interposto de forma prematura ou que necessitaria de ratificação.

Com efeito, os embargos declaratórios de fls. 152-153 visaram, tão-somente, extirpar contradição constante *da ementa do julgado de segundo grau*.

(...)

Assim, diante da finalidade dos embargos declaratórios de fls. 152-153, *não havia qualquer possibilidade de alteração no julgamento de mérito proferida na apelação*, mas mera adequação da ementa ao conteúdo do voto condutor do acórdão, conforme ocorreu (fls. 162-163).

(...) (fls. 182-183).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, impõe-se a preservação do juízo negativo de admissibilidade.

É que não se permite a interposição do recurso especial na pendência de julgamento e antes da publicação do acórdão proferido em sede de embargos declaratórios, sem que ocorra a posterior e necessária ratificação.

No caso em apreço, o recurso especial, protocolizado em 13 de novembro de 2001 (fl. 154), foi interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, que ocorreu em 20 de março de 2003 (fl. 165), com publicação do acórdão em 2 de abril de 2003, conforme certidão de fl. 165v, não tendo havido posterior ratificação do recurso especial.

Com efeito, o julgamento dos embargos de declaração, tenha ele, ou não, efeito modificativo, complementa e integra o acórdão recorrido, formando um todo indissociável ao qual se denomina decisão de última instância. Esta, sim, passível de recurso especial e extraordinário, nos termos dos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

É, portanto, a partir da publicação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração que se inicia o prazo para a interposição do recurso especial.

Nesse sentido, o entendimento consagrado no Pretório Excelso:

Recurso extraordinário interposto antes do julgamento dos embargos de declaração sem posterior ratificação.

Hipótese em que o apelo extremo se revela insuscetível de apreciação, por não haver, ainda, decisão de última instância, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

Agravo desprovido. (AgRAg n. 329.359-SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, *in* DJ 14.12.2001).

Agravo regimental a que se nega provimento porquanto não ratificado o recurso extraordinário interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. (AgRAg n. 278.591-SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, *in* DJ 23.3.2001).

Assim, não tendo havido a imprescindível ratificação do recurso especial interposto, inviabilizado está o seu seguimento.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM
RECURSO ESPECIAL N. 877.640-SP (2009/0043058-1)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Agravante: Alumichapas Comércio de Alumínio Ltda
Advogada: Eliane Regina Dandaro e outro(s)
Agravado: Fazenda Nacional
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Ratificação necessária. REsp n. 776.265-SC. Aplicação retroativa da atual orientação da Corte Especial. Tempestividade. Exame de ofício. Matéria de ordem pública. Preclusão inocorrente.

1. A Corte Especial, no julgamento do REsp n. 776.265-SC, adotou o entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado extemporâneo.

2. “A circunstância de a interposição do recurso especial haver ocorrido em momento anterior à publicação do julgamento acima citado não dá ensejo a qualquer alteração, porquanto é inerente o conteúdo declaratório do julgado já que o posicionamento ali apresentado apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei” (EREsp n. 963.374-SC, sob minha relatoria, Primeira Seção, DJ de 1º.9.2008).

3. A ausência de manifestação do recorrido acerca da intempestividade do recurso especial em suas contra-razões não conduz à ocorrência de preclusão, haja vista que o referido pressuposto recursal deve ser apreciado *ex officio*, quer seja no juízo de admissibilidade *a quo*, quer seja no *ad quem*. Precedente da Corte Especial.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavasck.

Brasília (DF), 10 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 18.6.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de agravo regimental (fls. 354-362) interposto contra decisão monocrática de minha relatoria que deu provimento aos embargos de divergência de iniciativa da Fazenda Nacional, nos termos da seguinte ementa (fl. 336):

Processual Civil. Embargos de divergência. Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Ratificação necessária. REsp n. 776.265-SC. Aplicação retroativa da atual orientação da Corte Especial. Embargos de divergência providos.

Defende a agravante a manutenção da decisão da Primeira Turma que deu provimento ao recurso especial de sua autoria, argumentando, em apertada síntese, que os embargos de declaração opostos foram rejeitados, motivo pelo qual não apresentaram qualquer alteração à matéria enfrentada em sede de recurso especial.

Aduz, ainda, que se operou a preclusão quanto à matéria atinente à tempestividade do recurso especial, porquanto, devidamente intimada, a União absteve-se de interpor contra-razões dentro do prazo legal, e tampouco

apresentou impugnação da decisão de admissibilidade recursal, razão pela qual não poderia argüir a preliminar em referência após o julgamento do recurso especial.

Requer seja reformada a decisão agravada, a fim de que seja mantido o julgamento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Não assiste razão ao ora agravante. Como assentei na decisão agravada, é firme o posicionamento desta Corte no sentido da necessidade de ratificação do recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela parte contrária, sob pena de ser considerado extemporâneo.

Por outro lado, não apresentou o agravante argumento capaz de ilidir essa constatação, razão pela qual passo a transcrever a decisão agravada para que suas razões passem a compor a fundamentação deste agravo regimental:

Trata-se de embargos de divergência (fls. 314-327) interpostos pela Fazenda Nacional contra acórdão da Primeira Turma desta Corte, da relatoria da Ministra Denise Arruda, cuja ementa é a seguinte:

Processual Civil. Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial. Cabimento. Omissão. Obscuridade. Contradição. Não-ocorrência dos aludidos defeitos.

1. A Primeira Turma-STJ, ao apreciar o AgRg no Ag n. 827.293-RS (Rel. Min. Denise Arruda, Rel. p/ acórdão Min. José Delgado, DJe de 22.11.2007), firmou orientação no sentido de que “a decisão da Corte Especial deste Sodalício (julgamento em 18.4.2007) no sentido de ser o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, prematuro e incabível, por devendo ser reiterado ou ratificado no prazo recursal, não pode ser aplicada com efeitos retroativos às situações anteriores à sua publicação”.

2. Assim, a questão foi apreciada de modo adequado, e o mero inconformismo com a conclusão do julgado, associado ao novel entendimento da Primeira Turma-STJ sobre o tema em comento, não enseja a utilização de embargos de declaração, porquanto não caracterizada nenhuma das hipóteses previstas no art. 535 do CPC.

3. Embargos de declaração rejeitados.

Assevera a embargante que o dissenso pretoriano reside no conhecimento de recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração pelo Tribunal de origem, quando não ratificado após a intimação do acórdão concernente aos aclaratórios, tendo a Primeira Turma desta Corte assentado que o entendimento firmado pela Corte Especial, no julgamento do Recurso Especial n. 776.265-SC, não possui efeitos retroativos, ou seja, não atinge os recursos especiais interpostos em data anterior à publicação do respectivo julgado, enquanto que a Segunda Turma desta Corte, em caso análogo, considerou o recurso especial intempestivo, nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Ratificação necessária. REsp n. 776.265-SC.

1. A Corte Especial, no julgamento do REsp n. 776.265-SC, adotou o entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.

2. A circunstância de a interposição do recurso especial haver ocorrido em momento anterior ao julgamento acima citado não dá ensejo a qualquer alteração, porquanto o posicionamento ali apresentado apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei.

3. Agravo regimental não provido. (AGA n. 950.182-SP, rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 21.2.2008)

Requer sejam providos os presentes embargos de divergência, a fim de não conhecer do recurso especial por se afigurar manifestamente intempestivo.

É o relatório. Passo a decidir.

Preliminarmente, considero o dissídio suficientemente demonstrado em razão do cotejo analítico realizado.

Com efeito, acórdãos confrontados se assentam sobre os mesmos contornos fáticos e jurídicos, quais sejam, os efeitos não-retroativos ou retroativos da decisão da Corte Especial no REsp n. 776.265-SC, segundo a qual o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela parte contrária necessita ser ratificado, após a intimação da decisão daqueles embargos declaratórios, sob pena de ser considerado intempestivo.

No mérito, a pretensão recursal alcança êxito por estar em consonância com a orientação sedimentada no âmbito da Primeira Seção desta Corte, firmada nos autos do EREsp n. 963.374-SC, de minha relatoria (DJe 1º.9.2008), do qual se extrai o seguinte excerto:

É que é da natureza da decisão proferida pela Corte Especial no REsp n. 776.265-SC a sua retroatividade para atingir os recursos interpostos antes de sua publicação (DJ de 6.8.2007, p. 445). Se o acórdão não retroagisse não poderia se prestar para atingir o próprio recurso especial que o ensejou.

Efetivamente, entendo que esta eficácia declaratória está embutida no próprio acórdão da Corte Especial e, ausente disposição expressa em contrário naquele acórdão, é de se inferir que a decisão se aplica para todos os recursos especiais em andamento.

Raciocinar de modo diverso significaria criar situação de desigualdade entre o recurso que deu ensejo ao acórdão da Corte Especial no REsp n. 776.265-SC e os demais interpostos na mesma data. Obviamente, todos o foram antes do dia 6.8.2008, data da publicação daquela decisão, mas somente o REsp n. 776.265-SC é que não será conhecido, a se adotar a posição do aresto embargado.

O raciocínio que ora apresento encontra respaldo no campo doutrinário. Peço vênia para citar breves trechos da obra de Pontes de Miranda, (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, *grifei*), *verbo ad verbum*:

Quem recorre exige a prestação jurisdicional em novo curso (*re-cursus*) (*op. cit.* t. VII - arts. 496 a 538. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 25).

[...]

*Os recursos **estendem** a relação jurídica processual. A sua sistemática é simples, - porque só se tem de perguntar o que é que devolvem, desde quando se dá a extensão e se a decisão recorrida tem alguma eficácia desde logo. Se o tribunal **ad quem**, ou o juízo dos embargos no mesmo plano **não conhece** do recurso, recurso não houve, nem, pois, extensão; portanto, tudo se passa no plano da **existência** e **a decisão é declarativa**. Nada se desconstitui preponderantemente: decisão de não conhecer é decisão do tipo 5, 3, 2, 4, 1. [...]*

*A decisão de não-admissão do recurso (e.g., de não-recebimento de apelação) é negativa da extensão, - é óbice à constituição da nova extensão da relação jurídica processual. **A decisão, na segunda instância, declara** que se constituiu, ou que se não constituiu a extensão. Se não se constituiu a extensão e outro recurso não cabe, ou já não cabe, a decisão transitou formalmente em julgado. Se a decisão era terminativa do feito, cessou a relação jurídica processual, ou *ex nunc*, se não foi desconstituída, ou *ex tunc*, se houve desconstituição desde o início (*op. cit.* t. VIII - arts. 539 a 565 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 283).*

Na citação, os números 5, 3, 2, 4 e 1 são graus que se referem, respectivamente, às eficácias declarativa, constitutiva, condenatória,

mandamental e executiva. Classificação quinária que o professor entendia aplicável a todas as decisões judiciais.

Com efeito, da lição suso transcrita extrai-se que o acórdão que implica em não admissão ou não conhecimento do recurso tem conteúdo preponderantemente declaratório (grau de eficácia 5, nos dizeres do mestre), sem descuidar de sua eficácia desconstitutiva da própria relação jurídica processual (o que lhe rende o grau de eficácia 3).

Sendo assim, se a eficácia preponderante do *decisum* é declaratória (ou declarativa, como preferia Pontes de Miranda), é inerente ao mesmo a sua retroatividade.

Esta linha, que entendo ser a correta, foi a que a Segunda Turma trilhou ao julgar o AgRg no Ag n. 950.182-SP, de relatoria da Min. Eliana Calmon (citado no relatório como acórdão paradigma), ao entender que o posicionamento adotado pela Corte Especial no REsp n. 776.265-SC *"apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei"*.

De fato, o acórdão prolatado apenas explicita o conteúdo da nova redação do art. 538 do CPC, após a alteração realizada pela Lei n. 8.950 de 13 de dezembro de 1994.

No mesmo sentido, os precedentes AgRg no Ag n. 992.922-MG (Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 29.4.2008, p. 1) e AgRg no Ag n. 243.713-MG (Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 25.10.2007, p. 152), dentre outros da Segunda Turma.

É a seguinte a ementa do julgado em referência:

Processual Civil. Embargos de divergência. Recurso especial interposto antes do julgamento dos Embargos de declaração. Ratificação necessária. REsp n. 776.265-SC. Aplicação retroativa da atual orientação da Corte Especial.

1. A Corte Especial, no julgamento do REsp n. 776.265-SC, adotou o entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.

2. A circunstância de a interposição do recurso especial haver ocorrido em momento anterior à publicação do julgamento acima citado não dá ensejo a qualquer alteração, porquanto é inerente o conteúdo declaratório do julgado já que o posicionamento ali apresentado apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei.

3. Embargos de divergência providos.

Na hipótese dos autos, o ora embargado foi intimado do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial em 26.1.2005, por meio de publicação no Diário da Justiça da União - DJU (fl. 188).

Contra o referido acórdão, o ora embargado interpôs recurso especial em 3.2.2005. Por sua vez, a União manejou embargos de declaração em 22.2.2005 (fls. 190-194), os quais foram julgados em 2.3.2005. O ora embargado foi intimado desta decisão em 16.3.2005, por meio de publicação no DJU (fl. 203), não apresentando, todavia, petição de ratificação do recurso especial. Impõe-se, portanto, o reconhecimento da intempestividade do recurso especial de iniciativa de Alumichapas Comércio de Alumínio Ltda, ora embargado.

Diante do exposto, *dou provimento* aos embargos de divergência.

Cumprе salientar, apenas para que não restem dúvidas, que a ausência de manifestação do recorrida, em suas contra-razões, acerca da intempestividade do recurso especial não conduz à ocorrência de preclusão, haja vista que o referido pressuposto recursal deve ser apreciado *ex officio*, quer seja no juízo de admissibilidade *a quo*, quer seja no *ad quem*. Nesse sentido, citam-se os seguintes julgados:

Recurso especial. Processual Civil. Descumprimento do tríduo previsto no art. 526 do CPC. Revolvimento do suporte fático. Probatório dos autos. Impossibilidade. Incidência da Súmula n. 7-STJ . Força probatória de documento juntado aos autos. Questão não levada em consideração pelo Tribunal de origem. Ausência de prequestionamento. Aplicação das Súmulas n. 282 e 356 do STF. Embargos de declaração. Interrupção do prazo recursal. Ocorrência. Efeito interruptivo dos aclaratórios. Questão de ordem pública. Preclusão. Inexistência. Recurso especial não conhecido.

1. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

2. Na *ratio decidendi* do julgado recorrido, não se levou em consideração a eventual força probante de específico documento indicado pelos recorrentes, razão por que, à míngua de prequestionamento desse tema, convocam-se os ditames das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

3. Salvo em situações peculiares (como a de intempestividade), os embargos de declaração interrompem o prazo de interposição de qualquer outro recurso cabível, mesmo se não conhecidos.

4. A questão do efeito interruptivo dos aclaratórios, por influenciar decisivamente na aferição da tempestividade do recurso posterior, é matéria de ordem pública e, portanto, insuscetível de preclusão nas Instâncias ordinárias.

5. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 828.288-SC, Terceira Turma, rel. Ministro Massami Uyeda, DJe 26.9.2008)

Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Tempestividade. Matéria de ordem pública. Preclusão. Não ocorrência.

- O julgador não é obrigado a abordar todos os temas invocados pelas partes para decidir a questão controvertida se apenas um deles é suficiente ou prejudicial dos demais.

- A tempestividade do recurso é matéria de ordem pública, cognoscível de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, pelo que não se há que falar em violação ao art. 463 do CPC, máxime quando o Tribunal de origem anula o julgamento anterior em sede de embargos de declaração oposto pela parte contrária.

- Recurso especial conhecido mas improvido. (REsp n. 426.030-SP, 2ª Turma, rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 5.12.2005)

Processo Civil. Embargos de divergência. Dissídio não caracterizado. Tempestividade. Exame de ofício. Matéria de ordem pública. Devolução de prazo. Não-interposição de agravo. Irrelevância. Preclusão inocorrente. Recurso não conhecido.

I - Não possuindo os acórdãos paradigmas a mesma questão jurídica tratada no julgado embargado, de rigor o desacolhimento dos embargos de divergência.

II - Apenas a título de sustentação de tese, é de assinalar-se que a tempestividade é um dos pressupostos gerais do sistema recursal, sendo igualmente certo que tais requisitos podem e devem ser apreciados *ex officio*, e sob duplo exame, a saber, nos juízos *a quo* e *ad quem*. Assim, não há preclusão para o tribunal da apelação no exame da tempestividade desse recurso, pelo fato de não ter havido agravo contra a decisão que devolveu o prazo à apelante.

III - Embora não alcançada pela preclusão, não se sujeita ao recurso de agravo a decisão que recebe apelação. (EResp n. 88.482-RJ, Corte Especial, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 16.8.1999)

Pelas considerações expostos, nego provimento ao agravo regimental.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 796.854-DF
(2006/0233793-7)**

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Embargante: Fazenda Nacional

Procurador: Anselmo Henrique Cordeiro Lopes e outro(s)
Embargado: Affonso Sanches e outros
Advogado: Ivo Evangelista de Ávila e outro(s)

EMENTA

Embargos de divergência em recurso especial. Recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Necessidade de ratificação. Decisão de última instância.

1. O recurso especial foi interposto antes do julgamento dos embargos de declaração da parte contrária sem posterior ratificação.

2. O julgamento dos embargos de declaração, com ou sem efeito modificativo, integra o acórdão recorrido, formando com ele o que se denomina decisão de última instância, passível de impugnação mediante o uso do recurso especial, nos termos da Constituição Federal.

3. É extemporâneo o recurso especial tirado antes do julgamento dos embargos de declaração, anteriormente opostos, sem que ocorra a necessária ratificação - Corte Especial - REsp n. 776.265-SC.

4. Embargos de divergência conhecidos e acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e os acolher. Os Ministros Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Cesar Asfor Rocha e José Delgado votaram com o Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ari Pargendler e Paulo Gallotti e, ocasionalmente, os Ministros Nilson Naves, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito. O Ministro Paulo Gallotti foi substituído pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 20 de junho de 2007 (data de julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 6.8.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Por *Affonso Sanches* e outros foi ajuizada, em face da *Fazenda Nacional*, ação de restituição de valores pagos indevidamente a título de imposto de renda incidente sobre resgate de contribuições vertidas à entidade de previdência privada.

Em primeiro grau de jurisdição, a ação foi julgada parcialmente procedente, condenada a Fazenda Pública a restituir os valores relativos ao decêndio imediatamente anterior à propositura da ação e declarada a prescrição das demais parcelas (fls. 558-564).

Manejada apelação, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região foi negado provimento ao recurso dos contribuintes, dando-se parcial provimento ao da Fazenda Nacional, prejudicada a análise da arguição de prescrição quinquenal (fls. 649).

Inconformada, a Fazenda Nacional sustenta omissão no trato da matéria relativa à prescrição, mediante embargos de declaração (fls. 653-656), rejeitados (fls. 701-705).

De sua parte, os contribuintes recorrem a esta Corte, por meio de especial, sem aguardar, todavia, o julgamento dos embargos opostos pela outra parte (fls. 657-686).

Em contra-razões, a Fazenda Pública argúi, preliminarmente, a inadmissibilidade do recurso por não ter sido ratificado após o julgamento dos embargos por ela opostos (fls. 713-731).

Ao recurso foi dado provimento pela Primeira Turma, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

Tributário. Recurso especial. Ação de repetição de indébito. Plano de previdência privada. Imposto de renda. Leis n. 7.713/1988 e 9.250/1995. Isenção. Medida Provisória n. 2.159-70/2001 (originária n. 1.459/1996). Precedentes. Incidência da taxa SELIC a partir do recolhimento do tributo.

1. Recurso especial interposto por *Affonso Sanches e Outros* em face de acórdão que considerou renda tributável a oriunda de previdência complementar privada, por originar-se também de contribuições da entidade patrocinadora.

2. Não incide o Imposto de Renda sobre o recebimento de benefícios e o resgate das contribuições recolhidas pelo contribuinte para planos de previdência privada quando o valor corresponde aos períodos anteriores à vigência do art. 33 da Lei n. 9.250/1995, mesmo que o recebimento ocorra após a vigência da lei, a qual não pode ter aplicação retroativa. Precedentes desta Corte Superior. Incidência da Taxa Selic a partir do recolhimento indevido do tributo. Inversão dos ônus sucumbenciais.

3. Recurso especial provido para excluir da incidência do IRPF as parcelas vertidas pelos autores sob a égide da Lei n. 7.713/1988, condenando-se a União à repetição do indébito. (fls. 738-742)

Opostos embargos de declaração, aduz a Fazenda Nacional omissão do julgado no que concerne ao exame da preliminar de inadmissibilidade do especial. Eis a ementa:

Processual Civil. Embargos de declaração. Existência de omissão. Recurso especial. Oposição de embargos. Ratificação das razões do recurso. Princípio da instrumentalidade das formas. Precedentes desta Corte.

1. Ocorrendo omissão quanto à questão processual levantada nas contra-razões ao recurso especial, não de serem acolhidos embargos para apreciação da matéria.

2. Dispensável a ratificação das razões do recurso especial quando este foi oposto dentro do prazo de interrupção ocasionado pela oposição de embargos de declaração da parte contrária.

3. Excesso de rigor formal que não se coaduna com o objetivo do direito processual moderno, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC).

4. Precedentes desta Corte Superior

5. Embargos acolhidos. (fls. 212).

Contra essa decisão, foram interpostos estes embargos aduzindo divergência jurisprudencial quanto à necessidade de ratificação das razões do especial após o julgamento dos declaratórios, vez que, enquanto o acórdão guerreado a entende dispensável, o REsp n. 499.845-RJ, julgado pela Sexta Turma, toma-a como imprescindível, conforme se depreende de sua ementa:

Recurso especial. Recurso não ratificado após o julgamento dos embargos de declaração. Decisão monocrática. Não interposição de agravo regimental. Não conhecimento.

1. O julgamento dos embargos de declaração, tenha ele, ou não, efeito modificativo, complementa e integra o acórdão recorrido, formando um todo indissociável ao qual se denomina decisão de última instância. Esta, sim, passível de recurso especial e extraordinário, nos termos dos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

2. Não se permite a interposição do recurso especial na pendência de julgamento de embargos de declaração, nem tampouco, e com maior razão, em hipóteses tais como a dos autos, em que, opostos e julgados embargos de declaração após a interposição de recurso especial, incorre a posterior e necessária ratificação.

3. A decisão monocrática, proferida em sede de embargos de declaração, é impugnável mediante agravo regimental para o próprio tribunal *a quo*, cuja falta faz incabível o recurso especial, próprio à impugnação das decisões de única ou última instância (artigo 105, inciso III, da Constituição da República).

4. Recurso especial não conhecido. (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 19.12.2005)

Os embargos foram admitidos (fls. 780-781) e impugnados. (fls.786-790)
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Ao decidir a espécie, em sede de embargos de declaração, fez consignar o Relator Min. *José Delgado* que é dispensável a ratificação das razões do recurso especial, quando este foi manejado dentro do prazo de interrupção, ocasionado pela oposição do recurso integrativo da parte contrária, constituindo-se esta exigência em excesso de rigor formal que não se coaduna com o objetivo do direito processual moderno.

Nessa mesma trilha, considerando como desnecessária a ratificação das razões do recurso especial, colhem-se os seguintes arestos: AgRg nos EDcl no REsp n. 844.271-MG, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 14.12.2006; AGRg no REsp n. 441.016-RJ, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 2.10.2006; EDcl nos EDcl no AgRg no Ag n. 459.472-SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 27.3.2006; AgRg no REsp n. 789.341-RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 6.3.2006 e REsp n. 323.173-RS, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 28.10.2002.

De outra banda, o julgado da Quinta Turma, apontado como paradigma, firma, pelo voto do Ministro *Hamilton Carvalhido*, a tese da necessidade de

ratificação das razões do recurso especial, precocemente interposto, visto que somente após o julgamento dos embargos de declaração é que se pode falar em esgotamento da instância e de decisão final suscetível de impugnação por meio do recurso especial, sendo desinfluyente a existência ou não de efeitos modificativos.

Em alinhamento com esta corrente, defendendo a necessidade da ratificação, encontram-se dentre outros os seguintes precedentes: REsp n. 862.881-DF, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 26.10.2006; AgRg no Ag n. 787.086-SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 4.12.2006; AgRg no Ag n. 815.977-PA, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 26.2.2007; AgRg no REsp n. 826.151-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.11.2006; AgRg no REsp n. 677.095-PR, AgRg no Ag n. 707.261-DF, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 21.2.2006 e Relator Ministro Castro Filho, DJ de 17.10.2005.

Colocado o debate nestes termos, não há razão plausível para não se dar trânsito à insurgência da embargante - Fazenda Nacional - pois, demonstrado o dissenso jurisprudencial, foi pacificado pela Corte Especial, na assentada de 18 de abril do corrente, no julgamento do REsp n. 776.265 (questão afetada àquele órgão fracionário), ser necessária a ratificação do recurso, consoante voto do em. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, Relator para o acórdão, *verbis*:

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 715.345-RS, levantei a questão da intempestividade do recurso, votando nos seguintes termos:

O recurso não pode ser conhecido.

Com efeito, o recurso especial foi interposto em 2.9.2004, antes do julgamento dos embargos de declaração (sessão de 15.9.2004 e DJ 21.9.2004) opostos pela autora da revisional, ora recorrida, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, sendo, por isso, prematuro e incabível. A abertura da via eleita exige o exaurimento da via ordinária, prescrevendo a Carta Magna, em seu art. 105, inciso III, o cabimento do recurso especial em causas decididas em "última instância". Como cediço, no julgamento dos embargos declaratórios é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão, como o caso dos autos, ou erro material e, ainda que não haja tal modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando, assim, a decisão de última instância, prevista na Constituição Federal. Não se pode, por isso, ter por oportuno o recurso especial interposto contra acórdão que foi desafiado por embargos de declaração, mesmo que veiculado pela parte contrária. Confirmam-se, por pertinentes, os seguintes julgados: o AGA n. 677.790 (sessão de 16.12.2004) e o AGA n. 401.800-SP (DJ de 27.5.2002),

ambos por mim relatados, e o AgREsp n. 436.223-BA (DJ de 25.11.2002), relatado pelo em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Ademais, observe-se que, nos termos do art. 538 do CPC, “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.” No caso, o recurso especial foi interposto quando já interrompido o lapso recursal. Ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do apelo nobre. É que tal premissa se dissipa com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tendo aí o embargado ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Sob esse prisma, caberia ao recorrente, com o início da fluência do prazo, a ratificação dos termos do recurso especial interposto prematuramente, a fim de viabilizar a abertura da via eleita.

Assim, não conheço do recurso especial.

A Turma sufragou tal entendimento, por maioria de votos.

Reitero aqui a mesma motivação.

Com efeito, não vejo como ter por tempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

Também não vislumbro a possibilidade de se adotar entendimento condicionado à existência ou não de alteração do acórdão com o julgamento dos embargos, tampouco condicionado à parte que veicula os aclaratórios, se o recorrente ou o recorrido. A definição deve ser se o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios, quando suspenso o prazo para outros recursos, é ou não prematuro. Em sendo, deve ele ser reiterado ou ratificado no prazo recursal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trilha nesse sentido, confira-se:

Constitucional. Juros: art. 192, § 3º, da C.F. Recurso extraordinário. Interposição anterior ao julgamento dos embargos de declaração. Ausência de ratificação. Não-provimento do agravo regimental.

I. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser extemporâneo o Recurso Extraordinário protocolizado antes da publicação do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes.

II. Agravo não provido. (AgRg no RE n. 447.090, relatado pelo eminente Min. Carlos Velloso, DJ de 24.6.2005)

Do voto do relator, extrai-se:

A rejeição dos embargos de declaração não tem o condão de elidir a reiteração do recurso extraordinário prematuramente interposto.

No mesmo diapasão:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso extraordinário. Interposição antes da publicação do acórdão que julgou os embargos. Ausência de ratificação.

O Supremo possui orientação pacífica no sentido de ser extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes da publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração, sem posterior ratificação.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AG n. 601.837, relatado pelo eminente Min. Eros Grau, DJ de 24.11.2006).

Observe-se que, nesse último julgado, confirmou-se a decisão monocrática, superando-se o argumento de que os embargos de declaração teriam sido oposto pela parte contrária.

Confirmam-se, ainda:

Extraordinário interposto antes da publicação do acórdão que julgou os embargos declaratórios opostos contra o aresto impugnado. Ausência de ratificação das respectivas razões no prazo para recorrer.

Conforme entendimento predominante nesta colenda Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que a antecede. De mais a mais, a insurgência não se dirige contra decisão final da causa, apta a ensejar a abertura da via extraordinária, na forma do inciso III do art. 102 da Lei Maior.

Agravo desprovido. (AgRg no AG n. 502.004, relatado pelo eminente Min. Carlos Britto, DJ de 4.11.2005).

1. É extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes do julgamento do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 402.716-SP, relatado pela eminente Min. Ellen Gracie, DJ de 18.2.2005)

Também daquela Corte, decididos monocraticamente, cito, dentre outros, o RE n. 249.912-RS, relatado pelo eminente Min. *Cezar Peluso*, DJ de 8.9.2004; o RE n. 435.771-RN, relatado pela eminente Min. *Ellen Gracie*, DJ de 26.11.2004; o RE n. 493.689-RS, relatado pelo eminente Min. *Sepúlveda Pertence*, DJ de 17.10.2006; AI n. 524.708-RS, relatado pelo eminente Min. *Joaquim Barbosa*, DJ de 17.12.2004.

Com tais considerações, peço vênua para divergir do eminente relator, votando pelo não conhecimento do recurso especial.

Diante do exposto, conheço dos embargos e os acolho para não conhecer do especial.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo dos embargos de divergência e os acolhendo, com ressalva do meu ponto de vista.

RECURSO ESPECIAL N. 673.601-RS (2004/0128547-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: União

Advogado: Ana Luiza Frota Lisboa e outro(s)

Recorrente: Eronita Lurdes Argenta e outros

Advogada: Eryka Farias de Negri e outro(s)

Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Interposição do apelo nobre antes do julgamento dos embargos de declaração no Tribunal *a quo*. Ausência de posterior ratificação. Intempestividade. Violação aos arts. 458, inciso II e 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Questão relativa à comprovação da implantação do reajuste de 28,86%. Não abordada pela Corte de origem. Retorno dos autos. Necessidade.

1. O recurso especial é considerado intempestivo quando interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, sem a indispensável ratificação posterior. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Tendo sido opostos os cabíveis embargos de declaração visando provocar a manifestação do Tribunal *a quo*, que, ainda assim, se manteve silente, e tendo o presente especial trazido a indicação precisa da matéria não examinada, o reconhecimento da existência de omissão no acórdão recorrido com o envio dos autos à Corte de origem é medida que se impõe.

3. Recurso Especial da União não conhecido. Recurso especial dos Autores conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer o recurso interposto pela União e conhecer do recurso de Eronita Lurdes Argenta e outros e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Felix Fischer e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 7.2.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recursos especiais interpostos um pela *União* e outro por *Eronita Lurdes Argenta e Outros*, ambos com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, em face de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, que restou ementada nos seguintes termos, *litteris*:

Embargos à execução de sentença. Aplicação do percentual de 28,86%. Portaria n. 2.179/98-MARE.

- O índice sugerido na Portaria n. 2.179/1998 do MARE não pode ser validado para prestações vencidas, apenas para as vincendas, haja vista que os reajustes do art. 3º da Lei n. 8.627/1993 não se concretizaram em uma única oportunidade, estendendo-se no tempo.

- No que tange à limitação das diferenças ao mês de julho de 1998, pela edição da Medida Provisória n. 1.704/1998 a Administração estendeu o percentual de 28,86% a todos os servidores ainda não contemplados. (fl. 98)

A essa decisão Eronita Lurdes Argenta e Outros opuseram 02 (dois) embargos de declaração, que restaram acolhidos tão somente para fins de prequestionamento.

Em suas razões, alega a União:

a) negativa de vigência aos arts. 1º e 2º, § 2º, ambos do Decreto n. 2.693/1998; art. 2º, *caput*, da Portaria MARE n. 2.179/1998; ao art. 6º da Lei n. 8.622/1993; e aos arts. 1º, 2º e 3º, todos da Lei n. 8.627/1993, sob o argumento de que houve “[...] excesso de execução constante da cobrança do percentual de 28,86% sobre o vencimento da ora Recorrida, haja vista os reajustes concedidos pela Administração Federal [...]” (fl. 117);

b) contrariedade aos arts. 463, inciso I, 467 e 468, todos do Código de Processo Civil, bem como ao art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC -, afirmando que o acórdão contrariou o instituto da coisa julgada porque “[...] o *decisum* proferido pelo STF no EDRMS n. 22.307-7-DF determinou a compensação, no processo de execução, dos valores que tenham sido pagos a título de revisão, em decorrência das Leis n. 8.622 e 8.627, ambas de 1993, [...]” (fl. 120).

Por sua vez, Eronita Lurdes Argenta e Outros sustentam:

a) a nulidade do acórdão recorrido, ao argumento de ofensa aos arts. 458, inciso II, e 535, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos;

b) violação aos arts. 282, inciso VI, 333, inciso II, 741, inciso VI, todos do Código de Processo Civil, porque a União não logrou comprovar que, a partir de julho de 1998, nada mais seria devido aos exeqüentes, bem como “[...] diante da presunção presente no r. voto-condutor [...] de que a simples edição da Medida Provisória n. 1.704/1998 teria ensejado a extensão do percentual de 28,86% a todos os servidores públicos federais, estancando-se, por via de consequência, o direito às diferenças residuais do aludido índice a partir do mês de julho de 1998. [...]” (fl. 183);

c) afronta ao art. 4º da Lei n. 9.527/1997, porque entende “[...] não ser possível atribuir direito à verba honorária aos procuradores que sejam vinculados à Fazenda Pública. [...]” (fl. 197)

Apresentadas contra-razões (fls. 219-222 e 223-239), e admitidos os recursos na origem (fls. 241-241-v e 242), ascenderam os autos a esta Corte.

É relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Inicialmente, o recurso especial interposto pela *União* não merece ser conhecido.

Com efeito, a Recorrente interpôs recurso especial na instância de origem em 12.6.2003 (fl. 115), na pendência do julgamento dos embargos declaratórios, que ocorreu apenas em 3.9.2003 (fl. 140), com publicação do acórdão em 1º.10.2003 (fl. 157).

Desse modo, conforme reiteradamente tem decidido este Superior Tribunal de Justiça, o presente recurso especial é intempestivo, uma vez que interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, sem a indispensável ratificação posterior.

A propósito:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração. Extemporaneidade. Ausência de ratificação. Agravo regimental improvido.

1. O julgamento dos embargos de declaração, tenha ele, ou não, efeito modificativo, complementa e integra o acórdão recorrido, formando um todo indissociável ao qual se denomina decisão de última instância. Esta, sim, passível de recurso especial e extraordinário, nos termos dos arts. 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

2. Hipótese em que o recurso especial foi interposto antes do julgamento dos embargos de declaração sem posterior ratificação, não ocorrendo, assim, o necessário esgotamento das instâncias ordinárias.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 779.717-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 12.3.2007.)

Processo Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Tempestividade. Interposição antes do julgamento dos embargos de declaração. Precedentes. Fundamentos incapazes de afastar a decisão agravada.

1 - É extemporâneo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, salvo se houver reiteração posterior, porquanto o prazo para recorrer só começa a fluir após a publicação do acórdão integrativo. Precedentes.

2 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 815.977-PA, 4.^a Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 26.2.2007.)

Tributário e Processual Civil. [...]. Pendência de julgamento dos embargos de declaração. Pedido de reiteração do recurso especial. Ausência. Exaurimento das instâncias ordinárias. Não-ocorrência. Súmula n. 281-STF. [...].

1. O recurso especial interposto pelo autor antes do julgamento dos segundos embargos de declaração deveria ser posteriormente ratificado. Inteligência da Súmula n. 281-STF.

[...]

4. Recursos especiais não conhecidos (REsp n. 862.645-RN, 2.^a Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28.9.2006.)

Outro não é o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, consoante se depreende dos seguintes julgados:

Recurso extraordinário. Agravo regimental. Interposição anterior ao julgamento dos embargos de declaração. Ação popular. Ausência de ratificação. Promoção pessoal. Reexame de fatos e provas. Súmula STF n. 279.

1. É extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes do julgamento do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes.

[...]

4. Agravo regimental improvido (AgRg no RE n. 198.131-SP, 2.^a Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 18.11.2005.)

Processual Civil. Embargos de declaração opostos à decisão do relator: conversão em agravo regimental. Recurso extraordinário interposto anteriormente ao julgamento dos embargos de declaração. Ratificação. Ausência. Intempestividade.

[...]

II. - Não consta dos autos o traslado da eventual ratificação do recurso extraordinário interposto anteriormente ao julgamento dos embargos de declaração.

III. - Recurso extraordinário interposto a destempo.

IV. - Agravo não provido (EDcl no AG n. 541.681-RJ, 2.^a Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 23.9.2005.)

No mais, passo ao exame do recurso especial interposto por *Eronita Lurdes Argenta e Outros*.

Infere-se dos autos que a questão, ora debatida, teve o seu início em sede de embargos à execução de sentença proferida na Ação Civil Pública n. 97.0012192-5, que concedeu o reajuste de 28,86% para todos os servidores públicos federais do Estado do Rio Grande do Sul.

O Tribunal *a quo*, no julgamento da apelação dos embargos à execução interposta pelos ora Recorrentes, mantendo a sentença de primeiro grau nesse ponto, determinou a limitação das diferenças advindas do percentual 28,86% a julho de 1998, pois entendeu que, com a edição da Medida Provisória n. 1.704/1998, a Administração estendera o indigitado percentual a todos os servidores ainda não contemplados.

A propósito, transcrevo abaixo trecho dos embargos de declaração opostos pelos ora Recorrentes, *in verbis*:

[...]

Nessa linha de idéias, os presentes embargos merecem ser conhecidos e providos, inclusive para conferir efeitos infringentes ao julgado, a fim de:

a) extirpar de seu contexto a premissa equivocada de não serem devidas quaisquer diferenças aos exeqüentes a partir do aludido mês de julho de 1998, ao argumento de que 'pela edição da Medida Provisória n. 1.704/1998 a Administração estendeu o percentual de 28,86% a todos os servidores ainda não contemplados. (fl. 107)

Nesse contexto, no tocante à possibilidade de limitação temporal dos cálculos à junho de 1998, de fato, a que a edição da Medida Provisória n. 1.704/1998 configura-se fato superveniente capaz de ser alegado na via dos embargos à execução, nos termos do art. 741, inciso VI, do Código de Processo Civil, como matéria de defesa, pois a implantação dos percentuais nela previstos tem indiscutível natureza de pagamento do direito reconhecido na sentença exeqüenda.

Entretanto, o acórdão recorrido, nesse ponto, está em desacordo com o entendimento desta Corte Superior, firmado no sentido de que é descabida a tese de que o simples advento da Medida Provisória n. 1.704/1998 implicaria a presunção absoluta de implementação da diferença relativa ao índice de 28,86%, sendo certo que tem a União o ônus de comprovar a efetiva implantação do indigitado reajuste, nos termos do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

A propósito:

Administrativo e Processual Civil. Servidor público militar. Reajuste de 28,86%. Termo final. Limitação temporal. Medida Provisória n. 2.131/2000. Ocorrência. Nova estrutura remuneratória. Absorção dos 28,86%. Comprovação. Fase de cumprimento da sentença. Ônus da União. Juros de mora. 6% ao ano. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Art. 406 do Código Civil. Inaplicabilidade.

1. É firme a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o denominado "reajuste de 28,86%" deve se limitar ao advento da Medida Provisória n. 2.131, de 28.12.2006, na medida em que esta, ao reestruturar a carreira militar, fixou nova tabela remuneratória, absorvendo as diferenças de vencimentos eventualmente existentes. Precedentes do STF.

2. Na fase de cumprimento de sentença, os eventuais Exeqüentes deverão apresentar suas planilhas de cálculos, as quais poderão ser impugnadas pela União, quando, então, a ela caberá o ônus de demonstrar, nos termos do art. 333, inciso II, do Diploma Processual, que as diferenças do denominado "reajuste de 28,86%" foram absorvidas pela nova estrutura remuneratória instituída pela Medida Provisória n. 2.131/2000. Precedentes.

3. Sucumbente a Fazenda Pública, nas ações que versem sobre verbas remuneratórias de empregados e servidores públicos, os juros de mora devem ser fixados no percentual de 6% ao ano, se proposta a ação após a vigência da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-F na Lei n. 9.494/1997, sendo inaplicável o art. 406 do Código Civil, em razão da especialidade da regra contida na referida medida provisória. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 842.347-RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 20.11.2006.)

Processo Civil. Administrativo. Reajuste de 28,86%. Implantação não comprovada. Ônus da prova. Art. 333, II, do CPC. Recurso especial conhecido e improvido.

1. A previsão, pelo Decreto n. 2.693/1998, de implantação do percentual de 28,86% aos vencimentos dos servidores públicos não é prova suficiente do efetivo cumprimento da sentença que lhes concedeu tal reajuste.

2. Nos termos do art. 333, II, do CPC, cabe à Universidade Federal de Pelotas, ora executada, a prova do adimplemento da obrigação.

3. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp n. 529.721-RS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 10.10.2005.)

Processual Civil e Administrativo. Servidor público. Reajuste de 28,86%. Pagamento dos valores devidos à título de 28,86% após julho/1998. Medida Provisória n. 1.704/1998. Comprovação da implantação do pagamento. Necessidade. Ônus da executada. Art. 333 do CPC.

1. A efetiva implantação do reajuste de 28,86%, após a edição da Medida Provisória n. 1.704/1998, deve ser comprovada pela União, uma vez que esta

possui o ônus de comprovar o adimplemento da obrigação objeto da execução, a teor do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil. Precedente.

2. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 614.804-RJ, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 13.12.2004.)

Recurso especial. Administrativo. Processual Civil. Exame de matéria constitucional. Impossibilidade. Art. 535 do CPC. Embargos de declaração. Omissão inexistente. RAV. Matéria não discutida. Prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Servidor público. Vencimentos. Reajuste de 28,86%. Ônus da prova. Incumbência. Art. 333, II, do CPC.

I - As violações a dispositivos constitucionais não podem ser objeto de recurso especial porquanto matéria própria de apelo extraordinário para a Augusta Corte.

II - Não incorre em ofensa ao art. 535 do CPC, tampouco em recusa à apreciação da matéria, o acórdão que rejeita os embargos declaratórios, opostos com a finalidade de sanar omissão e obscuridade, se ausentes esses defeitos no *decisum*.

III - A questão acerca da incidência do reajuste de 28,86% sobre a Retribuição Adicional Variável (RAV) está preclusa, porquanto somente foi argüida em sede de embargos de declaração, uma vez que deveria ter sido invocada, oportunamente, nas razões da apelação.

IV - O ônus de provar a necessidade de compensação dos valores já pagos por força das Leis n. 8.622/1993 e 8.627/1993, bem como em relação às parcelas pagas após 1998, incumbe à recorrente, a teor do art. 333, II, do CPC.

Recurso não-conhecido. (REsp n. 636.177-RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 2.8.2004.)

Nesse contexto, merece prosperar o presente recurso no tocante à alegada ofensa ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, pois nem a sentença de 1º grau, nem o acórdão que a reformou parcialmente se pronunciaram, como era de seu dever, a propósito da comprovação, ou não, por parte da União, da efetiva implantação do reajuste de 28,86%.

Ora, tendo sido opostos os cabíveis embargos de declaração visando provocar a manifestação do Tribunal Estadual, que, ainda assim, se manteve silente sobre a indigitada questão, e tendo o presente especial trazido a indicação precisa da matéria não examinada, o reconhecimento da existência de omissão no acórdão recorrido com o envio dos autos à Corte de origem é medida que se impõe.

Ante o exposto, *não conheço* do recurso especial da *União*; e *conheço* do recurso especial de *Eronita Lurdes Argenta e outros e dou-lhe parcial provimento* para, reformando o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos à Corte a

quo, para que proceda novo julgamento, de modo a sanar a omissão no que tange a estabelecer se restou comprovado pela União a implantação do reajuste de 28,86%, prejudicadas as demais questões postas neste apelo nobre.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 681.227-RS (2004/0111669-7)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: GTS Guianuba Transportes e Serviços Ltda

Advogado: Remi Molin e outro

Recorrente: Gerdau S/A

Advogado: José Luiz Provenzano da Luz

Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Civil e Processual. Recurso especial não conhecido por ser prematuro. Interposição anterior ao julgamento dos embargos declaratórios. Não-exaurimento da instância ordinária. Ausência de renovação. Precedentes do STJ. Título executivo judicial. Higidez. Valor excessivo. Redução. Juros moratórios e correção monetária. Omissão da decisão exequenda. Cálculos. Inclusão cabível. Honorários advocatícios. Fixação com base na apreciação equitativa do Tribunal. Revisão. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Ônus sucumbenciais recíprocos. Verba honorária. Compensação. Súmula n. 306-STJ.

I. Estando pendente o julgamento dos aclaratórios, é inoportuna a interposição do recurso especial, vez que não houve o necessário exaurimento da instância. Precedentes do STJ.

II. Eventual excesso na cobrança de parcelas ilícitas deve ser decotado, sem isso importe na nulidade da execução.

III. A inclusão nos cálculos da execução dos juros de mora e da correção monetária é obrigatória, independente de pedido do credor, salvo se vedada expressamente pela decisão exequenda.

IV. A fixação de honorários pelo tribunal local que levou em consideração o esmero peculiar e o esforço necessário expendidos pelos patronos das partes, bem como a natureza e as especificidades da causa, em montante que não se mostra irrisório e cuja revisão impõe necessário reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nos termos da Súmula n. 7-STJ.

V. “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte” (Súmula n. 306-STJ).

VI. Recursos especiais não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer dos recursos especiais, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Fernando Gonçalves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2007 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 12.11.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: - Adoto o relatório do v. acórdão recorrido (fls. 662-666):

Trata-se de embargos do devedor opostos por *Gerdau S/A* relativamente ao processo de execução que lhes move *GTS - Guianuba Transportes e Serviços Ltda.*, alegando a embargante nulidade do título, por falta de liquidez, e excesso de execução, visto que os cálculos que embasam a execução são unilaterais e equivocados. A magistrada sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido, estabelecendo o valor da execução em R\$ 660.618,16, atualizados

monetariamente desde novembro de 2001, correndo juros moratórios até o efetivo pagamento do débito; condenou as partes no pagamento das custas processuais por metade e honorários advocatícios dos procuradores das partes adversas, fixados em R\$ 1.000,00, possibilitada a compensação.

Opostos embargos declaratórios pela embargante, foram desacolhidos, fl. 593.

Apela a embargada, fls. 595-602. Sustenta que a sentença de primeiro grau deixou de levar em conta: a) o termo inicial da correção monetária, assim excluindo indevida e imotivadamente o mês de janeiro de 1992, cujo índice de correção pelo IGP-M foi de 23,53% (fls. 533 - item 3.1); b) a correta aplicação do índice aceito dessa correção, visto que nos meses de julho a agosto de 1994 a perícia, acolhida pela sentença, levou equivocadamente em conta percentuais de 4,33% e 3,94%, respectivamente (fls. 503, 506, 510 e 520), quando deveriam ser de 40% e 7,56% (fls. 541), isto é, o IGP-M do período; deve haver, portanto, a correção plena no período de 1º.1.1992 a 30.6.1994, como de resto previsto nas Leis n. 8.880/1994 e 9.069/1995, art. 24, § 5º, que prevê a nulidade absoluta de cálculo diverso ou com outra base; c) a regra legal aplicável na imposição dos juros, pois a apelada estava constituída em mora, na reconvenção, através da notificação de fl. 342, desde 10.6.1994, e por isso, ao revés do que dispôs a sentença, não há similitude e desde essa data correm os juros, nos termos do art. 960, par. único do CCB anterior; e d) a fixação honorária deve ser de 5% do valor apontado na fl. 557 (resumo da situação 'D'), que é de R\$ 1.460.403,90 ou, ao pior e alternativamente, os mesmos 5% sobre aquele valor a que refere o Dr. Perito na sua denominada alternativa 'D' (fl. 535), ou seja, sobre R\$ 1.204.208,48. Requer o provimento do apelo para reforma da sentença monocrática nos pontos acima elencados.

Apela também a embargante, fls. 624-643. Afirma que estão equivocados os cálculos de liquidação, visto que os valores extrapolam em muito o crédito reconhecido judicialmente, não havendo correção matemática e também não havendo obediência aos critérios fixados no acórdão. Alinha: (a) em reiteração da inicial dos embargos, o argumento de que, na elaboração do cálculo da quilometragem, conforme o acórdão, imprescindível levar em conta o número de veículos e as quilometragens mínimas expressamente previstas nos contratos, devendo ser tomado o número de veículos contratados e desprezados os carros reservas para o efeito de apurar a quilometragem mínima contratual; devem ser somadas as quilometragens efetivamente rodadas, inclusive pelos carros reservas, mesmos nos sábados, domingos e feriados, não sendo estes os critérios utilizados pela embargada, daí que os valores extrapolam o crédito reconhecido judicialmente, havendo iliquidez do cálculo a exigir a nulidade da execução; (b) também em reiteração da inicial dos embargos, refere parte da fundamentação da sentença, onde consta valor certo e correção a contar de cada mês do pagamento; (c) na reconvenção, houve a condenação da apelante no pagamento dos valores correspondentes às diferenças entre a quilometragem mínima contratual e a quilometragem de fato percorrida pelos veículos, mas sem determinação de correção ou acréscimo de juros de mora, sendo que a apelada conformou-se

com a sentença, o que impede o juiz, pena de atropelo à coisa julgada formal, reconhecer estes encargos; (d) a sentença executada, confirmada no particular pelo Tribunal, declarou que os juros de mora eram devidos e contados do trânsito em julgado da decisão, que se deu em 8.2.2000, logo não poderia a apelada ter elaborado seus cálculos, no que se refere a juros de mora, a partir de julho de 1994; (e) os cálculos apresentados pela embargada contêm erro material na apuração dos valores do principal, pois não são coincidentes com aqueles constantes das planilhas de fls. 3.577-3.595 dos autos em apenso, conforme determinou a sentença, fls. 3.708-3.725; o laudo pericial complementar apresenta três projetos de liquidação, distintos apenas em razão dos períodos de incidência dos juros de mora, sendo impugnados os de fls. 463 e 468 e adotado o de fls. 465, pois o título judicial executado não determinou cálculo de juros sobre as diferenças, sendo possível incidência dos juros apenas a partir de 8.2.2000, data do trânsito em julgado; a não cogitação nos índices de 40% e 7,46% para os meses de julho e agosto de 1994, como pretende a apelada, pois a correção consagrada pelos Provimentos n. 23/94 e 01/95, que tem como base os índices de 4,33% e 3,94%, tem sido adotada em todas as esferas do Poder Judiciário no Rio Grande do Sul; ressalta que em todos os projetos de liquidação do Laudo Pericial foram apurados montantes muito inferiores ao valor executado pela embargada, ora apelada, muito embora elaborados 17 meses após o cálculo que deu suporte à execução; (f) à execução faltam os requisitos do art. 586 do CPC, considerando que a apelada pretende muito mais do que o devido, devendo, a teor do regrado pelo art. 1.531 do CCB anterior, haver a condenação no pagamento do equivalente ao que está a exigir; (g) a verba honorária fixada foi irrisória e desproporcional, contrariando os arts. 20, §§ 3º e 4º, e 21 do CPC. Requer o provimento da apelação para que sejam os embargos julgados totalmente procedentes, declarada a nulidade da execução, com fulcro no art. 618, I do CPC, por manifesta iliquidez, incerteza e inexigibilidade; ou ser declarado excessivo o valor da execução (art. 743, incisos I e III do CPC), ordenada a redução da pretensão aos limites fixados na sentença e no acórdão, condenada a apelada no pagamento dos ônus sucumbenciais, ajustada a verba honorária ao regramento do art. 20, § 3º do CPC e do art. 22, § 2º da Lei n. 8.906/1994, afastada a compensação.

As apelações foram recebidas e ambas as partes ofereceram contra-razões, subindo os autos a este Tribunal.

A 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, proveu em parte ambos os recursos, conforme a ementa a seguir:

Apelação cível. Embargos do devedor. Título executivo extrajudicial.

I – Não há nulidade do processo de execução por ausência de liquidez do título quando a sentença não determinou esta liquidação e desde logo, na condenação, parte dispositiva, estabeleceu os parâmetros para a apuração dos

valores. Inoportuno o destaque do que consta na fundamentação do acórdão, que manteve a sentença, prevalecendo o comando desta, não transitando em julgado a parte motivadora da decisão. Ainda que da condenação, quanto à reconvenção, não tenha constado a determinação em relação à correção monetária e juros de mora, são estes incidentes; a primeira porque mera reposição de valor, pena de enriquecimento indevido do devedor e os segundos diante do que estabelece o art. 1.064 do CCB de 1916, art. 40 do CC atual. Erros de cálculo da planilha do processo de execução não demonstrados. Não incide o art. 1.531 do CC de 1916 quando não demonstrada má-fé, nos termos da Súmula n. 159 do STF. Honorários de sucumbência elevados, considerados os dados específicos do feito, inclusive com prova pericial.

II – Termo inicial da correção monetária que observa os termos da sentença, estando correta a atualização desde fevereiro/1992, reconhecido o débito a partir de janeiro/1992. Índice de correção monetária, não contratado, que observa estritamente os termos dos Provimentos n. 23/94 e 1/95 da CGJ. Juros de mora a contar do trânsito em julgado, não sendo a hipótese, no caso, do art. 960, segunda parte, do CCB de 1916. Honorários de sucumbência majorados, mantido o arbitramento.

Recursos parcialmente providos.

Os embargos declaratórios opostos por Gerdau S.A. foram rejeitados às fls. 702-705.

Inconformada, GTS Guianuba Transportes e Serviços Ltda. interpõe o recurso especial de fls. 713-726.

Também irresignada, Gerdau S.A., embargante, afirma nas razões do seu especial, às fls. 741-762, interposto pelas letras a e c, que houve afronta aos arts. 20, §§ 3º e 4º, 21, 467, 468, 471, 535, 586 e 618, I, do CPC, 22, § 2º, e 23 da Lei n. 8.906/1994, 1.009 do Código Civil de 1916 e 6º, § 3º, da LICC, bem como divergência com julgados de outros pretórios e do STJ.

Assere que houve redução a menos da metade do crédito pleiteado inicialmente, o que demonstra a inexigibilidade e a iliquidez do título executivo, resultando excesso ensejador da total procedência dos embargos, diante da nulidade do feito executivo.

Alega que o acréscimo de juros de mora e de correção monetária, não previstos na r. sentença exequenda, porquanto não reclamados oportunamente pela credora, constitui atentado à coisa julgada.

Ressalta que permaneceu eivada de obscuridade a decisão recorrida, mesmo após opostos os aclaratórios.

Ademais, adiciona, ainda que diminuído o valor da execução de R\$ 1.344.950,69 para R\$ 660.618,16, foram fixados honorários advocatícios aviltantes, de apenas R\$ 5.000,00, menos que 1% da pretensão inicial, em franca desproporcionalidade com o trabalho dos causídicos, que ficaram penalizados.

Além disso, também foi autorizada a compensação com a verba estabelecida em favor da embargada, restando que quantia alguma será auferida a tal título, procedimento que não encontra guarida no ordenamento legal.

Contra-razões por Gerdau às fls. 801-808.

Contrariedade pela GTS às fls. 809-813, apócrifa.

Decisão de admissibilidade positiva de ambos os recursos às fls. 815-818.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): - Cuida-se de recursos especiais interpostos em face de acórdão que manteve sentença que proveu em parte embargos à execução de título judicial, oriundo de ações cautelar e declaratória de inexigibilidade de título representativo de contrato de locação de veículos para transporte de empregados.

I

Inicialmente, não conheço do recurso especial da embargada GTS Guianuba Transportes e Serviços Ltda. em virtude da prematura interposição, sem que o tenha reiterado na quinzena posterior à publicação do acórdão dos aclaratórios.

O uso adequado e correto dos atos processuais deve se conformar com o que determina a lei e, neste caso, não foi constituído o *dies a quo* do termo legal para a interposição do mencionado inconformismo.

Ademais, a existência jurídica dos atos processuais se dá com a publicação. No caso em tela, o especial foi interposto em 8.9.2003, antes do julgamento dos embargos de declaração em 29.10.2003 (fl. 702), opostos pela embargante, portanto, antes de encerrada a prestação jurisdicional, sendo assim prematuro.

Não se trata de rigor formal, mas, sim, de cumprimento da norma inculpada no art. 105 da Lei Maior, que exige o exaurimento da instância

ordinária para a abertura das vias extraordinárias. Anota-se que no julgamento dos aclaratórios pode haver a alteração do julgado pela ocorrência das hipóteses elencadas no art. 535 do Código de Ritos e, ainda que tal não ocorra, como no presente caso, o aresto dos embargos, por seu caráter integrativo, complementa a decisão de última instância. Dessa forma, inoportuno o apelo especial interposto contra acórdão atacado por embargos declaratórios, ainda que opostos pela parte adversa, até porque sem a ciência do inteiro teor da decisão e de seus fundamentos, não se pode presumir inconformismo, automaticamente. Neste sentido: 3ª Turma, AgR-AG n. 479.830-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 30.6.2003, 4ª Turma, REsp n. 706.998-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, por maioria, DJU de 23.5.2005 e Corte Especial, REsp n. 776.265-SC, Rel. p/ Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, por maioria, DJU de 6.8.2007.

II

Relativamente à insurreição supérstite, de Gerdau S/A, não vinga a propalada nulidade do *decisum* pela alegada persistência de obscuridade, ensejadora da suposta violação ao art. 535 do CPC, com a qual não se pode confundir o mero julgamento em sentido contrário.

No mais, entendo que os temas foram suficientemente discutidos, permitindo o ingresso em seu mérito.

Primeiramente, dúvida não há que a sentença trânsita em julgado representa título executivo, do qual consta detalhadamente a forma de cálculo do débito, que segundo a recorrente, mesmo se atendidos todos os seus reclamos, ainda alcançaria o montante de R\$ 361.248,08 (fl. 752), valor incontroverso, portanto.

Releva salientar que o excesso de execução não desnatura o título nem necessariamente implica em má-fé, apenas tem o condão de reduzir a quantia devida ao credor e sobre a qual prosseguirá a execução, porém tem reflexos na sucumbência, evidentemente.

Relativamente à inclusão de juros de mora e de correção monetária no cálculo, nenhum reparo merece o v. acórdão vergastado.

Com efeito, não havendo vedação expressa, encontrando-se silente a decisão exequenda acerca da incidência de tais encargos, que são devidos por força de lei, lícita sua inserção no cálculo da dívida, sob pena de locupletar-se a devedora, que pagaria apenas o valor histórico, sem sanção alguma pelo atraso.

Portanto, não houve desídia da credora ao não mencionar tais consectários, porque não é imprescindível que o faça.

Nesse sentido:

Processo Civil. Execução. Comissão de permanência requerida, na inicial, pelo exeqüente. Abdicação desse pedido. Cálculo elaborado com inclusão de correção monetária. Inexistência de ofensa ao art. 264, CPC. Recurso não conhecido.

I - Manifestada pelo exeqüente renúncia à comissão de permanência requerida na exordial, não se divida ofensa ao art. 264, CPC, no fato de haver sido atendido requerimento, formulado concomitantemente a essa renúncia, no sentido de que fosse o principal da dívida exeqüenda atualizado com utilização dos indexadores econômicos utilizados, na generalidade dos casos, pela contadoria do juízo.

II - A inclusão nos cálculos da correção monetária incidente sobre o valor demandado, por constituir imperativo de justiça, independe de pedido específico, sendo de rigor procedê-la tanto em sede de ação condenatória, como em sede de execução.

(4ª Turma, REsp n. 52.179-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJU de 31.10.1994)

Recurso especial. Embargos do devedor. Promessa de venda e compra. Rescisão judicial. Determinação de restituição pelo promitente-vendedor de parte do montante pago. Correção monetária. Juros de mora. Termo inicial. Recurso parcialmente provido.

1. É assente nesta E. Corte de Uniformização Infraconstitucional que a correção monetária não constitui gravame ao devedor, não é um *plus* na condenação, mas tão-somente fator que garante a *integra restitutio*, que representa a recomposição do valor real da moeda aviltada pela inflação. Destarte, para que a devolução se opere de modo integral a incidência da correção monetária deve ter por termo inicial o momento dos respectivos desembolsos, quando aquele que hoje deve restituir já podia fazer uso das importâncias recebidas.

2. De igual modo é mansa a orientação no sentido de que os juros de mora, como acessórios do capital, são exigíveis, ainda que não haja pedido expresso ou determinação na sentença, na qual se reputam implicitamente incluídos, consoante Enunciado Sumular n. 254 do C. Supremo Tribunal Federal.

3. A situação *sub examen* envolve particularidades que merecem destaque, quais sejam: a rescisão contratual foi postulada pelo ora recorrente em razão do inadimplemento da recorrida e havia expressa previsão contratual de decaimento de todas as parcelas pagas na hipótese de rescisão por culpa da promitente-compradora. Assim, afigura-se cristalino que a obrigação de reembolso de percentual do montante pago somente surgiu com a redução da cláusula penal determinada, já em sede de apelação, na ação de conhecimento.

4. Se antes do v. acórdão que concluiu pelo reembolso de parte do valor pago não se pode falar sequer na existência da obrigação de restituição, revela-se claro que somente com a passagem em julgado de tal decisão é que se tem por devida a prestação, não se podendo falar, até então, em constituição em mora. Logo, os juros decorrentes da mora devem ser computados, *in casu*, a partir do trânsito em julgado da decisão proferida no processo de conhecimento.

5. Recurso parcialmente provido.

(4ª Turma, REsp n. 737.856-RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, unânime, DJU de 26.2.2007)

Recurso especial. Previdenciário. Violação do artigo 126 do Código de Processo Civil. Falta de prequestionamento. Execução de sentença. Expurgos inflacionários. Inclusão. Impossibilidade. Sentença exequenda que indicou o critério de correção monetária a ser utilizado (Súmula n. 71 do ex-TFR).

1. Em sede de recurso especial, é vedado o conhecimento de matéria que não se constituiu em objeto de decisão pelo Tribunal *a quo*. Incidência dos enunciados das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal

2. Sobre a aplicação do instituto da correção monetária e os denominados expurgos inflacionários na fase de execução de sentença, a jurisprudência desta Corte Superior distingue as hipóteses em que a sentença do processo de conhecimento, transitada em julgado, indicou o critério de correção monetária a ser utilizado, daqueles casos em que não houve tal previsão.

3. Quando houver expressa indicação, na sentença exequenda, do critério de correção monetária a ser utilizado, não é possível a aplicação, na fase de execução, de expurgos inflacionários não adotados pela sentença, sob pena de violação da coisa julgada.

4. Não estabelecendo, a sentença, os índices de correção monetária a serem utilizados, e pleiteada a incidência dos expurgos inflacionários quando iniciado o processo de execução, é firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que sua inclusão, na fase de execução, não viola a coisa julgada, mesmo que não discutidos no processo de conhecimento.

5. Pleiteada a inclusão dos expurgos na fase de execução e, tratando-se de hipótese em que já homologados os cálculos de liquidação por sentença transitada em julgado, orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que não mais pode ser alterado critério de atualização judicialmente reconhecido, para inclusão de índices expurgados relativos a períodos anteriores à prolação da sentença de liquidação. Podem, entretanto, ser incluídos os índices relativos a períodos posteriores ao trânsito em julgado da sentença homologatória dos cálculos, que poderão, assim, integrar o chamado precatório complementar.

6. Recurso parcialmente conhecido e improvido.

(6ª Turma, REsp n. 445.630-CE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, unânime, DJU de 22.10.2002)

III

Passando ao exame das alegações acerca da fixação de valor ínfimo para a verba honorária, tal matéria, de logo adiante-se, reclama a aplicação do Enunciado Sumular n. 7-STJ, porquanto a revisão do valor está estreitamente relacionada com a análise que as instâncias ordinárias fizeram do desempenho dos causídicos e o grau de dificuldade na condução dos embargos à execução, seara vedada a este Tribunal.

O acórdão recorrido, ao apresentar seus fundamentos para majorar o *quantum* fixado em 1º grau, realizou valoração do trabalho dos advogados, tanto que os multiplicou por cinco, conforme assentado nos seguintes termos (fl. 671):

E) Por último, e aqui sim o recurso é técnico visto que ataca a sentença, os honorários de sucumbência.

Trata-se da hipótese de arbitramento, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC. A magistrada estabeleceu honorários de R\$1.000,00. Não se há de invocar, o que as vezes é possível, o valor dos embargos ou o valor reconhecido do débito, visto que ambos elevados. Mas também deve ser considerado que se trata de feito com relativa dificuldade, onde realizada inclusive prova pericial, daí porque tenho que os honorários, para manter a dignidade da retribuição do trabalho desenvolvido, devem ser majorados. Estou, pois, arbitrando o valor dos honorários de sucumbência em R\$ 5.000,00, que deverão ser atualizados pelo IGP-M até o efetivo pagamento, mantida a compensação visto que este é o entendimento do Col. STJ.

Assim, em que pese o esforço da recorrente, o arbitramento do valor se deu em consideração às particularidades encontradas pelo Tribunal *a quo* e à natureza e especificidade da lide, que não têm como ser aqui revistas, salientando-se que a conversão do montante estabelecido em percentual do valor da causa, em ação de execução, não é critério que espelha a dosimetria constante do art. 20, § 4º, do CPC.

Logo, é de se verificar que, ao contrário do alegado, a análise das razões recursais e a reforma do julgado impõem, sim, um incontornável reexame da matéria fático-probatória dos autos, não se demonstrando qualquer irrisão na verba honorária capaz de impingir sua revisão por esta Corte Superior.

Incide, pois, a Súmula n. 7-STJ.

IV

Com referência ao fundamento jurídico para compensação da verba honorária, nada há a reparar no aresto estadual, conforme dispõe o artigo 21 do CPC, que não colide com as normas da Lei n. 8.906/1994, tendo em vista que este diploma em nada alterou a lei instrumental civil, apenas estabeleceu expressamente o direito autônomo dos advogados àquela verba.

Ressalte-se a jurisprudência cristalizada na Súmula n. 306 desta Corte:

Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

Ante o exposto, não conheço de ambos os recursos especiais.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 706.998-RS (2004/0170485-6)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: BankBoston Administradora de Cartões de Crédito S/C Ltda

Advogado: Yuri Dellani Coelho e outros

Recorrido: Carlos Alberto Reis

Advogado: Fernando José Lopes Scalzilli e outros

EMENTA

Recurso especial. Ação revisional. Embargos de declaração. Não esgotamento da instância ordinária.

- É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

- Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro, que dele conheciam. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ 23.5.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Trata-se de recurso especial (art. 105, III, a e c, da CF) interposto por *BankBoston Administradora de Cartões de Crédito S/C Ltda.* na ação revisional movida por *Carlos Alberto Reis*.

Alega negativa de vigência dos arts. 3º e 51, IV, do CDC, 4º e 5º da LICC e 5º da MP 1963.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): O recurso não pode ser conhecido.

Com efeito, o recurso especial foi interposto em 19.3.2004, antes do julgamento dos embargos de declaração (sessão de 14.4.2004 e DJ 4.6.2004) opostos pelo autor da revisional, ora recorrido, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, sendo, por isso, prematuro e incabível. A abertura da via eleita exige o exaurimento da via ordinária, prescrevendo a Carta Magna, em seu art. 105, inciso III, o cabimento do recurso especial em causas decididas em “última instância”. Como cediço, no julgamento dos embargos declaratórios é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão ou erro material e, ainda que não haja tal modificação, como no caso dos autos, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar

o aresto embargado, formando, assim, a decisão de última instância, prevista na Constituição Federal. Não se pode, por isso, ter por oportuno o recurso especial interposto contra acórdão que foi desafiado por embargos de declaração, mesmo que veiculado pela parte contrária. Confirmam-se, por pertinentes, os seguintes julgados: o AGA n. 677.790 (sessão de 16.12.2004) e o AGA n. 401.800-SP (DJ de 27.5.2002), ambos por mim relatados, e o AgREsp n. 436.223-BA (DJ de 25.11.2002), relatado pelo em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Ademais, observe-se que, nos termos do art. 538 do CPC, “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.” No caso, o recurso especial foi interposto quando já interrompido o lapso recursal. Ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do apelo nobre. É que tal premissa se dissipa com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tendo aí o embargado ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Sob esse prisma, caberia ao recorrente, com o início da fluência do prazo, a ratificação dos termos do recurso especial interposto prematuramente, a fim de viabilizar a abertura da via eleita.

Assim, não conheço do recurso especial.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, peço vênias ao Sr. Ministro-Relator para conhecer do recurso especial.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, peço vênias ao Sr. Ministro relator para conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 776.265-SC (2005/0139887-6)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Relator para o acórdão: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Banco do Brasil S/A
Advogado: Gilberto Eifler Moraes e outro(s)
Recorrente: Mário Cesar Dias e outro(s)
Advogado: João Batista dos Santos
Recorrido: Carlos Jorge de Souza
Advogado: Carlos Jorge de Souza (em causa própria)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Prematuro. Esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento.

- É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.
- Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do recurso especial. Vencidos os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Paulo Gallotti, Luiz Fux e Teori Albino Zavaski.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Foram votos vencedores os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, José Delgado, Felix Fischer, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrighi e Laurita Vaz. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Barros Monteiro. Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Aldir Passarinho Junior e Hamilton Carvalhido e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nilson Naves, Fernando Gonçalves e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 18 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ 6.8.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O recorrido - trabalhador avulso no porto de Imbituba - moveu ação ordinária contra Banco do Brasil S/A, reclamando indenização prevista nos artigos 58 e 59 da Lei n. 8.630/1993. Disse, em suma:

1. não pôde requerer, no prazo fixado na lei, o cancelamento de seus registros profissionais, porque não existia em Imbituba o Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO Imbituba), competente para receber seus requerimentos. Tal entidade somente veio a ser instalada em 25.3.1996;

2. os direitos previstos nos artigos 58 e 59 não puderam ser reclamados perante a Administração do Porto, que lhes negou as providências necessárias à efetivação de tais direitos;

3. Com a instalação da OGMO local, ele formalizou, a agência do Banco do Brasil, o cancelamento do registro profissional e reclamou a indenização prevista nos artigos 58 e 59;

4. Seu requerimento foi indeferido.

Em resposta, Banco do Brasil S/A argüiu a incompetência da Justiça estadual. Louvou-se no argumento de que, no caso, funciona como agente financeiro do Fundo de Indenização do Trabalhador Portuário (FITP). Em tal atividade, simplesmente repassa valores liberados pelo Grupo Executivo para Modernização dos Portos (GEMPO) - o verdadeiro administrador do FITP. Em tema de contestação, disse que:

1. não há direito à indenização, porque na falta de OGMO em Imbituba, o pedido para cancelamento deveria ter-se manifestado perante a Administração do Porto, no prazo legal;

2. o valor da indenização reclamado pelo autor é exagerado.

Após a resposta, veio requerimento para admissão de litisconsortes ativos. Intimado a se manifestar sobre tal petição, o Banco demandado teria silenciado.

Os pedidos (do autor e litisconsortes) foram declarados procedentes.

Em apelação, Banco do Brasil S/A alegou:

a) cerceio de defesa, porque a petição em que impugnou o litisconsórcio não foi inserida nos autos;

b) incompetência da Justiça estadual;

c) ilegitimidade passiva;

d) litisconsórcio passivo necessário, com o GEMPO;

e) improcedência do pedido, porque os autores perderam o prazo para exercício de seus direitos potestativos;

A apelação foi desprovida em acórdão assentado em proposições que resumo, assim:

1. a competência para conhecer de processos em que se envolve sociedade de economia mista é da Justiça estadual;

2. à falta de prejuízo para a defesa, não se declara nulo o ingresso de litisconsorte ativo, após efetivada a citação;

3. a teor do Art. 67, § 3º da Lei n. 8.630/1993, Banco do Brasil S/A, é responsável pelo não pagamento de indenização ao Trabalhador portuário avulso;

4. não há, no caso, litisconsórcio passivo necessário com o Grupo Executivo para Modernização dos Portos, porque o decreto que estabeleceu a competência deste órgão não incluiu entre suas atribuições “a gestão de valores concernentes ao FITP, permanecendo esta na esfera do Banco do Brasil”;

5. não é caso de denúncia da lide, porque, não ocorre qualquer hipótese prevista na relação exaustiva do Art. 70 do Código de Processo Civil;

6. os autos comprovam que o Órgão Gestor de Mão-de-Obra, encarregado de receber pedidos de cancelamento e indenização, somente foi instituído em 25.3.1996. Para suprir sua lacuna, o Ministério dos Transportes editou portaria (430/94) que delegou competência dos OGMOS à Administração dos Portos;

7. no entanto, a Administração do Porto deixou de exercer essa atribuição delegada. Deixou, assim, de notificar o Sindicato dos empregados, esclarecendo sobre o procedimento a ser adotado para a execução dos preceitos contidos nos artigos 58 e 59 da Lei n. 863/1993 (p. 627);

8. tais omissões (relativas ao OGMO e ao exercício da delegação) não podem suprimir direito legalmente assegurado aos trabalhadores, “pessoas simples, com pouco estudo, honestas e que, por mera formalidade legal, ficaram desprotegidas de seu direito, porque aqueles que deveriam criar Órgãos necessários quedaram-se inertes.” (fl. 627);

9. “Essa é a premissa deste feito, aqui as partes estão em total desigualdade, pois em um país em que as leis ‘nascem e morrem’ de um dia para o outro, que os direitos são mudados ao sabor dos desejos de uma política econômica não-liberal, dizer que os autores, pessoas do povo, deveriam ter requerido os seus direitos pela via judicial quando o Órgão que deveria receber seus pedidos ou ainda porque a administradora portuária que foi alçada a substituto do OGMO numa *portaria* de um Ministério é levar a extremos o formalismo jurídico e as desigualdades.” (fls. 627-8);

10. portaria – “simples ato administrativo ordinatório e interno” – não modifica a lei nem obriga o cidadão;

11. inexistente o órgão legalmente competente, para receber os pedidos de cancelamento, somente nova lei poderia transferir a outra entidade a competência que – por inadimplência do Estado – não passou de mero potencial;

12. o inadimplemento estatal funcionou como efetiva condição suspensiva para que os autores exercessem seu direito;

13. a Comissão de Supervisão do OGMO de Imbituba, ciente do prejuízo causado aos trabalhadores pela demora em sua instituição, editou a Resolução n. 001/1997, em 13.5.1997 (fl. 222), em que reabriu o prazo para o cancelamento dos registros profissionais, o qual teve início em 15.5.1997, expirando em 19.9.1997, tendo sido o referido pleito formulado pelos ora recorridos dentro deste interregno, contando com anuência do OGMO para a liberação da verba indenizatória documento de fls. 223 a 225”;

14. nessa circunstância, os pedidos são tempestivos;

Um dos advogados dos autores opôs embargos declaratórios. Sem esperar o julgamento desses embargos, a ré interpôs recurso especial, apontando dissídio pretoriano e ofensas aos artigos:

- a) 14, 113 e 264 do Código de Processo Civil;
- b) 47, § 1º; 58 e 67, § 3º da Lei n. 8.630/1993;
- c) 2º, I do DL n. 1.467/1995.

Tais ofensas teriam ocorrido quando:

- a) o Tribunal admitiu os litisconsortes, após a contestação, sem o consentimento do réu;
- b) julgou a causa, invadindo competência reservada à Justiça Federal;
- c) atribuiu legitimidade passiva ao Banco do Brasil;
- d) considerou boa pretensão assentada em direito inexistente.

Registro finalmente, que – somente alguns meses após o manejo do REsp – os embargos declaratórios opostos pelo advogado foram julgados e rejeitados.

VOTO

Ementa: I - a ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios só é necessária, quando os embargos forem recebidos, com alguma alteração do acórdão embargado. Do contrário, permanecendo íntegro o acórdão recorrido, a reiteração perde sentido.

II - O Banco do Brasil S.A. tem legitimidade passiva na ação movida por trabalhador portuário avulso visando o recebimento da indenização prevista no Art. 59, I, da Lei n. 8.630/1993.

III - Ultrapassado o prazo fixado no Art. 47 da Lei n. 8.630/1993, exauriu-se a competência emergencial outorgada às Administrações dos Portos. Os trabalhadores quedaram-se, a partir de então, à míngua de órgão competente para receber os respectivos pedidos de cancelamento e indenização. Enquanto durou tal vazio de competência, não correu o prazo decadencial previsto na Lei.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): A primeira questão a ser examinada relaciona-se com a admissibilidade do recurso.

É que, a interposição deste recurso especial ocorreu em 8.11.2004, na pendência dos embargos declaratórios opostos pelo advogado Carlos J. de Souza, formulados em fac-símile. Tais embargos somente foram julgados e rejeitados em 7.4.2005 – bem depois de interposto o recurso especial.

Após o julgamento dos embargos, o Banco do Brasil não reiterou seu recurso especial.

Nossa jurisprudência considera intempestivo o recurso interposto na pendência de embargos declaratórios, não reiterados após o julgamento destes.

Esta Turma decidiu assim, em vários precedentes (AgRg nos agravos n. 787.086/Nancy; AgRg n. 735.697/Humberto; n. 643.825/Castro Filho; n. 583.040/Direito). Outros colegiados fracionários do STJ também exigem ratificação (REsp n. 277.152/Passarinho; REsp n. 498.845/Carvalho; REsp n. 778.230/Castro Meira).

Há, contudo, entendimentos contrários à necessidade de ratificação (ArRg no REsp n. 441.016/Gallotti; EDcl no AgRg no Ag n. 459.472/Fux; EDcl no REsp n. 323.173/Barros Monteiro).

Meu entendimento pessoal afina-se com esta última orientação. Para mim, a exigência somente faria sentido, quando os embargos são recebidos, com alguma alteração do acórdão embargado. Do contrário, permanecendo íntegro o aresto, não faz sentido exigir-se ratificação. Vencido, entretanto, rendi-me ao entendimento vitorioso em minha Turma (a 1ª). Fiel a tal entendimento, não conheço do recurso especial.

II

Caso o apelo venha a ser conhecido, examino a suposta incompetência do Tribunal *a quo*.

Faço-o, observando que Banco do Brasil S/A é sociedade de economia mista e, cujas causas devem ser dirimidas pela Justiça estadual (Súmula n. 42).

Nego provimento ao recurso especial, nesta parte.

III

No julgamento do REsp n. 749.370 conduzi esta Turma ao entendimento de que Banco do Brasil S/A tem legitimidade passiva em ações promovidas por trabalhadores portuários, em busca da indenização prevista no Art. 59, I da Lei n. 8.630/1993 (REsp n. 794.370)

Louvido nesse precedente, nego provimento ao recurso.

IV

Outra questão preliminar objeto deste recurso envolve o Art. 264 do Código de Processo Civil, na parte em que determina a estabilização da demanda, com a manutenção das partes originais.

A teor do recurso, esse dispositivo foi maltratado, porque litisconsortes ingressaram no processo após efetivada a citação. O acórdão recorrido, no

entanto, embora enxergando nulidade, valeu-se do preceito que veda a repetição do ato (CPC, Arts. 244 e 249).

Tal fundamento não foi objeto do recurso especial que, por isso e quanto a essa parte, não merece conhecimento.

V

No mérito – vale dizer – na discussão relativa à tempestividade dos pedidos de cancelamento e indenização, o recurso especial argumenta com o disposto no Art. 47 da Lei n. 8.630/1993. Para melhor argumentar, transcrevo o texto em que se expressa o dispositivo:

Art. 47. É fixado o prazo de noventa dias contados da publicação desta lei para a constituição dos órgãos locais de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário.

Parágrafo único. Enquanto não forem constituídos os referidos órgãos, suas competências serão exercidas pela respectiva Administração do Porto.

A leitura do texto revela duas normas:

1. a primeira – preemptória – impôs prazo para a constituição dos órgãos competentes para receber os pedidos de cancelamento e indenização;
2. a outra – transitória – outorgando competência à Administração do Porto, “enquanto não forem constituídos os referidos órgãos”.

Em homenagem ao cânone de hermenêutica segundo o qual o parágrafo deve ser interpretado em função do *caput*, da leitura do parágrafo malsinado extrai-se norma a dizer que durante noventa dias (prazo fixado no *caput*) a administração do porto exercerá as atribuições reservadas aos órgãos de gestão de mão-de-obra.

Isso significa que, ultrapassados os noventa dias, a competência da Administração do Porto caducou. A partir da caducidade, os trabalhadores quedaram-se à míngua de órgão competente (OGMO), perante o qual pudessem exercer a faculdade outorgada pelo Art. 58 da Lei dos Portos.

A própria Administração, percebendo sua inadimplência, baixou Portaria (430/94, do Min. Dos Transportes) delegando a competência que seria do órgão não constituído em desobediência ao mandamento legal. Semelhante portaria – baixada ao arrepio da Lei carecia absolutamente de eficácia. Tão ineficaz era que a Administração do Porto de Imbituba, afirmando “lapso involuntário” não a respeitou.

Mais tarde, ao constatar a série de ilegalidades por omissão, o OGMO de Imbituba prorrogou o prazo, para 19.8.1997.

O acórdão recorrido louvou-se nessa prorrogação para considerar tempestivos os pedidos formulados pelos ora recorridos. A recorrente não enfrentou esse fundamento – suficiente para manter o acórdão. Incide a Súmula.

Não conheço do recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: A questão afetada a esta Corte Especial pela egrégia Terceira Turma refere-se à tempestividade do recurso especial interposto na pendência de julgamento de embargos declaratórios opostos ao acórdão da apelação, pela parte contrária.

O eminente relator, Ministro *Humberto Gomes de Barros*, registrando a existência de divergência no âmbito desta Corte, votou pelo conhecimento do recurso especial acompanhando a corrente que tem por prescindível a ratificação do apelo nobre após o julgamento dos embargos de declaração.

Tenho posicionamento firmado na Quarta Turma no sentido de ser necessária a ratificação do recurso.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 715.345-RS, levantei a questão da intempestividade do recurso, votando nos seguintes termos:

O recurso não pode ser conhecido.

Com efeito, o recurso especial foi interposto em 2.9.2004, antes do julgamento dos embargos de declaração (sessão de 15.9.2004 e DJ 21.9.2004) opostos pela autora da revisional, ora recorrida, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, sendo, por isso, prematuro e incabível. A abertura da via eleita exige o exaurimento da via ordinária, prescrevendo a Carta Magna, em seu art. 105, inciso III, o cabimento do recurso especial em causas decididas em “última instância”. Como cediço, no julgamento dos embargos declaratórios é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão, como o caso dos autos, ou erro material e, ainda que não haja tal modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando, assim, a decisão de última instância, prevista na Constituição Federal. Não se pode, por isso, ter por oportuno o recurso especial interposto contra acórdão que foi desafiado por embargos de declaração, mesmo que veiculado pela parte contrária. Confirmam-se, por pertinentes, os seguintes julgados: o AGA n. 677.790 (sessão de 16.12.2004) e o AGA n. 401.800-SP (DJ de 27.5.2002), ambos por mim relatados, e o AgREsp n. 436.223-BA (DJ de 25.11.2002), relatado pelo em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Ademais, observe-se que, nos termos do art. 538 do CPC, “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.” No caso, o recurso especial foi interposto quando já interrompido o lapso recursal. Ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do apelo nobre. É que tal premissa se dissipa com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tendo aí o embargado ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Sob esse prisma, caberia ao recorrente, com o início da fluência do prazo, a ratificação dos termos do recurso especial interposto prematuramente, a fim de viabilizar a abertura da via eleita.

Assim, não conheço do recurso especial.

A Turma sufragou tal entendimento, por maioria de votos.

Reitero aqui a mesma motivação.

Com efeito, não vejo como ter por tempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

Também não vislumbro a possibilidade de se adotar entendimento condicionado à existência ou não de alteração do acórdão com o julgamento dos embargos, tampouco condicionado à parte que veicula os aclaratórios, se o recorrente ou o recorrido. A definição deve ser se o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios, quando suspenso o prazo para outros recursos, é ou não prematuro. Em sendo, deve ele ser reiterado ou ratificado no prazo recursal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trilha nesse sentido, confira-se:

Constitucional. Juros: Art. 192, § 3º, da C.F. Recurso extraordinário. Interposição anterior ao julgamento dos embargos de declaração. Ausência de ratificação. Não-provimento do agravo regimental.

I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser extemporâneo o recurso extraordinário protocolizado antes da publicação do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes.

II - Agravo não provido. (AgRg no RE n. 447.090, relatado pelo eminente Min. Carlos Velloso, DJ de 24.6.2005)

Do voto do relator, extrai-se:

A rejeição dos embargos de declaração não tem o condão de elidir a reiteração do recurso extraordinário prematuramente interposto.

No mesmo diapasão:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso extraordinário. Interposição antes da publicação do acórdão que julgou os embargos. Ausência de ratificação.

O Supremo possui orientação pacífica no sentido de ser extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes da publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração, sem posterior ratificação.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 601.837, relatado pelo eminente Min. Eros Grau, DJ de 24.11.2006).

Observe-se que, nesse último julgado, confirmou-se a decisão monocrática, superando-se o argumento de que os embargos de declaração teriam sido opostos pela parte contrária.

Confirmam-se, ainda:

Extraordinário interposto antes da publicação do acórdão que julgou os embargos declaratórios opostos contra o aresto impugnado. Ausência de ratificação das respectivas razões no prazo para recorrer.

Conforme entendimento predominante nesta colenda Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que a antecede. De mais a mais, a insurgência não se dirige contra decisão final da causa, apta a ensejar a abertura da via extraordinária, na forma do inciso III do art. 102 da Lei Maior.

Agravo desprovido. (AgRg no AG n. 502.004, relatado pelo eminente Min. Carlos Britto, DJ de 4.11.2005).

1. É extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes do julgamento do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AG n. 402.716-SP, relatado pela eminente Min. Ellen Gracie, DJ de 18.2.2005)

Também daquela Corte, decididos monocraticamente, cito, dentre outros, o RE n. 249.912-RS, relatado pelo eminente Min. *Cezar Peluso*, DJ de 8.9.2004; o RE n. 435.771-RN, relatado pela eminente Min. *Ellen Gracie*, DJ de 26.11.2004; o RE n. 493.689-RS, relatado pelo eminente Min. *Sepúlveda Pertence*, DJ de 17.10.2006; AI n. 524.708-RS, relatado pelo eminente Min. *Joaquim Barbosa*, DJ de 17.12.2004.

Com tais considerações, peço vênia para divergir do eminente relator, votando pelo não conhecimento do recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, a técnica do recurso especial não pode ser levada a tanta sofisticação, a ponto de chegarmos a não conhecer de nenhum recurso.

A meu Juízo, a questão é simples: publicado o acórdão, a parte que não tiver o propósito de opor embargos de declaração, já tem o direito de interpor o recurso. Ora, se a outra parte opuser embargos de declaração, duas situações se põem: primeiro, não há modificação do julgado; nesse caso, não há necessidade de reiteração, figura não prevista no código. Se houver a modificação, estará prejudicado o recurso, se não for interposto outro.

Então, estou de acordo com o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, tenho convicção pessoal na tese aqui posta, conforme já a expus, e por haver duas decisões na Corte e inúmeras outras da Corte e das Turmas no sentido da tese exposta pelo Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, embora tenha sempre me posicionado para que não haja mudança de jurisprudência, para que cada vez mais este Tribunal se consolide como intérprete realmente da legislação federal de modo uniforme, acompanho o voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, e o faço porque essa é a minha convicção a respeito. Agora, lembro: existem dois posicionamentos da Corte, mas, com a devida vênia, a tese de fundo é uma só.

Não conheço do recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Presidente, peço vênia ao Senhor Ministro *Cesar Asfor Rocha*, mas vou permanecer na orientação adotada pela Terceira Turma, que, me parece, é o voto do Senhor Ministro *Humberto Gomes de Barros*.

Conheço do recurso especial.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, com a devida vênia dos demais Ministros que entendem de forma contrária, acompanho o voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha porque nesse sentido tenho decidido.

Não conheço do recurso especial.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, gostaria de pedir *venia*, porque entendi a colocação do Sr. Ministro Ari Pargendler. Na essência, uma parte vai ser prejudicada porque a outra precisou de esclarecimento e ela se deu por esclarecida. Então, ela ofereceu o seu recurso especial. E a outra, que precisava ainda se esclarecer, ofereceu embargos de declaração. Então, se entendemos que o recurso especial de quem interpôs em primeiro lugar, e tem necessidade de um esclarecimento, fica considerado intempestivo porque os embargos de declaração da outra parte ainda não foram julgados, isso é o mesmo que imputar a uma parte o prejuízo causado pela outra. Então, cada parte cuida do seu recurso; se não há necessidade de a outra parte aguardar o esclarecimento de que a outra pleiteou tanto que ela se encontra plenamente esclarecida, por isso que recorreu, não se pode considerar o seu recurso intempestivo.

Peço *venia* para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial.

Presidente o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins

Relator o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros

Corte Especial - 18.4.2007

Nota Taquigráfica

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente,

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 852.069-SC (2006/0105416-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Tuper S/A e outro

Advogados: Celso Meira Júnior e outro(s)

João Joaquim Martinelli e outro(s)

Recorrido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra

Procurador: Valdez Adriani Farias e outro(s)

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Representado por: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Contribuição ao Incra. Compensação. Recurso especial. Interposição na pendência de julgamento de embargos declaratórios. Intempestividade.

1. “É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal” (REsp n. 776.265-RS, Corte Especial, Rel. para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, publicado em 6.8.2007).

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 6 de setembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 1º.10.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em demanda visando ao reconhecimento da inexigibilidade da contribuição ao Inkra, bem como o direito à compensação desses valores, decidiu que é inviável a compensação, não satisfazendo aos critérios do art. 66 da Lei 8.83/1991. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso especial, as recorrentes apontam ofensa ao art. 66 da Lei 8.83/1991, porque é possível a compensação de valores referentes à contribuição ao Inkra com a contribuição sobre a folha de salários.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O recurso especial não pode ser conhecido. A Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp n. 776.265-RS, Rel. para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, publicado em 6.8.2007, decidiu que, por não estarem esgotadas as vias ordinárias, é intempestivo o recurso especial interposto antes do deslinde dos embargos de declaração, tenham sido eles opostos pelo próprio recorrente do recurso especial ou mesmo pelo recorrido. O acórdão foi assim ementado:

Processual Civil. Recurso especial. Prematuro. Esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento.

- É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

- Recurso especial não conhecido.

No voto-condutor do aresto, o relator manifestou-se nos seguintes termos:

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 715.345-RS, levantei a questão da intempestividade do recurso, votando nos seguintes termos:

O recurso não pode ser conhecido.

Com efeito, o recurso especial foi interposto em 2.9.2004, antes do julgamento dos embargos de declaração (sessão de 15.9.2004 e DJ

21.9.2004) opostos pela autora da revisional, ora recorrida, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, sendo, por isso, prematuro e incabível. A abertura da via eleita exige o exaurimento da via ordinária, prescrevendo a Carta Magna, em seu art. 105, inciso III, o cabimento do recurso especial em causas decididas em “última instância”. Como cediço, no julgamento dos embargos declaratórios é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão, como o caso dos autos, ou erro material e, ainda que não haja tal modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando, assim, a decisão de última instância, prevista na Constituição Federal. Não se pode, por isso, ter por oportuno o recurso especial interposto contra acórdão que foi desafiado por embargos de declaração, mesmo que veiculado pela parte contrária. Confirmam-se, por pertinentes, os seguintes julgados: o AGA n. 677.790 (sessão de 16.12.2004) e o AGA n. 401.800-SP (DJ de 27.5.2002), ambos por mim relatados, e o AgREsp n. 436.223-BA (DJ de 25.11.2002), relatado pelo em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Ademais, observe-se que, nos termos do art. 538 do CPC, “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.” No caso, o recurso especial foi interposto quando já interrompido o lapso recursal. Ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do apelo nobre. É que tal premissa se dissipa com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tendo aí o embargado ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Sob esse prisma, caberia ao recorrente, com o início da fluência do prazo, a ratificação dos termos do recurso especial interposto prematuramente, a fim de viabilizar a abertura da via eleita.

Assim, não conheço do recurso especial.

A Turma sufragou tal entendimento, por maioria de votos.

Reitero aqui a mesma motivação.

Com efeito, não vejo como ter por tempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

Também não vislumbro a possibilidade de se adotar entendimento condicionado à existência ou não de alteração do acórdão com o julgamento dos embargos, tampouco condicionado à parte que veicula os aclaratórios, se o recorrente ou o recorrido. A definição deve ser se o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios, quando suspenso o prazo para outros recursos, é ou não prematuro. Em sendo, deve ele ser reiterado ou ratificado no prazo recursal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trilha nesse sentido, confira-se:

Constitucional. Juros: Art. 192, § 3º, da C. F. Recurso extraordinário. Interposição anterior ao julgamento dos embargos de declaração. Ausência de ratificação. Não-provimento do agravo regimental.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser extemporâneo o recurso extraordinário protocolizado antes da publicação do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes.

II - Agravo não provido (AgRg no RE n. 447.090, relatado pelo eminente Min. Carlos Velloso, DJ de 24.6.2005)

Do voto do relator, extrai-se:

A rejeição dos embargos de declaração não tem o condão de elidir a reiteração do recurso extraordinário prematuramente interposto.

No mesmo diapasão:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso extraordinário. Interposição antes da publicação do acórdão que julgou os embargos. Ausência de ratificação.

O Supremo possui orientação pacífica no sentido de ser extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes da publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração, sem posterior ratificação.

Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AG n. 601.837, relatado pelo eminente Min. Eros Grau, DJ de 24.11.2006).

Observe-se que, nesse último julgado, confirmou-se a decisão monocrática, superando-se o argumento de que os embargos de declaração teriam sido opostos pela parte contrária.

Confirmam-se, ainda:

Extraordinário interposto antes da publicação do acórdão que julgou os embargos declaratórios opostos contra o aresto impugnado. Ausência de ratificação das respectivas razões no prazo para recorrer.

Conforme entendimento predominante nesta colenda Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que a antecede. De mais a mais, a insurgência não se dirige contra decisão final da causa, apta a ensejar a abertura da via extraordinária, na forma do inciso III do art. 102 da Lei Maior.

Agravo desprovido. (AgRg no AG n. 502.004, relatado pelo eminente Min. Carlos Britto, DJ de 4.11.2005).

1. É extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes do julgamento do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AG n. 402.716-SP, relatado pela eminente Min. Ellen Gracie, DJ de 18.2.2005)

(...)

Com tais considerações, peço vênua para divergir do eminente relator, votando pelo não conhecimento do recurso especial.

No caso dos autos, o Incra opôs embargos de declaração em 15.9.2004, e as autoras interpuseram recurso especial em 22.9.2004, antes, portanto, do julgamento dos embargos declaratórios, ocorrido no dia 14.12.2004 (fl. 806) e cuja publicação do acórdão se deu em 16.3.2005 (fl. 807), não havendo ratificação do recurso especial interposto prematuramente a fim de viabilizar a via eleita. Desta forma, não há como ser conhecido o recurso especial interposto pela autora.

2. Diante do exposto, não conheço do recurso especial. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 854.235-SP (2006/0083477-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Shell Brasil S/A

Advogado: William Roberto Grapella e outro(s)

Recorrido: Alberto Lopes Mendes Rollo e outros

Advogado: Alexandre Luís Mendonça Rollo

Interessado: Município de São Paulo

Procurador: Maria Lúcia Corrêa e outro(s)

EMENTA

Administrativo e Processual. Recurso especial. Ação popular. Contrato administrativo. Termo de cooperação. Invalidez. Intempestividade.

1. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração ou dos embargos infringentes opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo. Precedente da Corte Especial do STJ.

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 8 de abril de 2008 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 18.4.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Ações Populares, em número de seis, reunidas para julgamento conjunto, todas visando a anulação de Termo de Cooperação firmado entre a Prefeitura Municipal de São Paulo e a Shell do Brasil S/A (Petróleo) e a invalidação dos negócios jurídicos dele decorrentes. Falta de licitação, não justificada a despeito da alegação de urgência. Violação dos princípios da legalidade e da moralidade. Lesividade presumida em razão de situações fáticas. Termo de Cooperação que tem a natureza de contrato administrativo. Procedência da ação quanto aos réus que tiveram participação no ato ou que dele se beneficiaram. Improcedência da ação quanto a contrato para aquisição de “guard rails” pela CET, por não se vincular ao Termo de também porque nesse caso se justificava a dispensa de licitação, assim determinada em processo administrativo que antecedeu a compra.

(fl. 1.819)

Inconformada, *Shell Brasil S/A* aponta violação dos arts. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, 458, I, 515 e 535, do CPC, 2º e 4º da Lei n. 4.717/1965, sustentando, em síntese, que o acórdão recorrido:

a) a despeito dos embargos de declaração opostos, foi omissa em se manifestar expressamente quanto à desnecessidade de dilação probatória tempestivamente requerida pela recorrente;

b) maculou o art. 458, I, do CPC, ao manter a sentença de primeiro grau que não observou os requisitos essenciais ali previstos;

c) contrariou o art. 515 do CPC ao convalidar sentença nula de pleno direito;

d) ofendeu os arts. 2º e 4º da Lei n. 4.717/1965, nos quais se fundou a ação popular, porque não cumprida a exigência da comprovação da lesividade ao patrimônio público, que deve coexistir concomitantemente com a ilegalidade do ato administrativo. Afirma que pretendia demonstrar, por meio de prova pericial, que cumpriu efetivamente sua parte no contrato firmado com a Prefeitura Municipal de São Paulo, não lhe causando qualquer lesão.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Conforme depreende-se do trecho do Informativo n. 317 do STJ, abaixo transcrito, a Corte Especial, no julgamento do REsp n. 776.265-SC, adotou o entendimento de que o recurso especial, interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem, deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo:

Intempestividade. REsp.

Trata-se de processo remetido da Terceira Turma diante da existência de divergência, no âmbito deste Superior Tribunal, quanto à tempestividade do recurso especial interposto na pendência de julgamento de embargos declaratórios opostos pela parte contrária ao acórdão da apelação. Note-se que, no caso, o REsp foi interposto na pendência dos embargos de declaração opostos em fac-símile e registrados bem depois de interposto o REsp. Para o Min. Cesar Asfor Rocha, condutor da tese vencedora, o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, é prematuro e incabível, por

isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Explicou, citando precedente de sua relatoria, que a CF/1988, no art. 105, III, prevê o cabimento do recurso especial em causas decididas em última instância e, nos julgamentos de embargos declaratórios, é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão ou erro material ou, ainda, se não houve nenhuma modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando a última decisão prevista na Constituição. Observou que, nos termos do art. 538 do CPC, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. Assim, ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do recurso especial, pois, com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Logo, caberia ao recorrente, nesse prazo recursal, ratificar o recurso especial interposto prematuramente a fim de viabilizar a via eleita. Para o Min. Relator, tese vencida, a exigência de ratificar o recurso especial somente faria sentido quando os embargos de declaração fossem recebidos com alteração do acórdão embargado ou quando fossem opostos os aclaratórios pelo próprio recorrente, do contrário, permanecendo íntegro o aresto, não fazia sentido exigir-se ratificação. De acordo com o voto-vista do Min. Cesar Asfor Rocha, a Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, não conheceu do recurso especial. Precedentes citados do STF: AgRg no RE n. 447.090-SC, DJ 24.6.2005, e AgRg no Ag n. 601.837-RJ, DJ 24.11.2006; do STJ: REsp n. 498.845-PB, DJ 13.10.2003; REsp n. 778.230-DF, DJ 25.4.2006, e REsp n. 643.825-PB, DJ 24.6.2004. *REsp n. 776.265-SC, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 18.4.2007.*

Com maior razão, deve a parte recorrente ratificar o seu recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos infringentes, visto que a instância recursal somente se esgota após o julgamento destes.

Sendo assim, acompanho a posição firmada neste Tribunal Superior, concluindo pela intempestividade do presente recurso.

Com essas considerações, não conheço do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 877.106-MG (2006/0175986-2)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Procurador: Antônio Sérgio Rocha de Paula e outro

Recorrente: Orcival Pereira Dias e outro

Advogado: Jorge Moisés Junior e outro(s)

Recorrido: Os mesmos

Recorrido: Ana Maria de Souza

Advogado: Donizete dos Reis da Cruz

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial interposto em momento anterior ao julgamento de embargos de declaração. Ratificação inexistente. Extemporaneidade. Improbidade administrativa. Quatro servidores públicos municipais. Utilização de mão-de-obra na edificação de residência de particular. Suspensão dos direitos políticos. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

1. Necessária a ratificação do reclamo especial ajuizado em momento anterior ao julgamento dos embargos de declaração, sob pena de extemporaneidade. Precedente: REsp n. 776.265-SC, Corte Especial, Relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado em 6.8.2007. Providência não adotada pelo particular.

2. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ingressou com ação civil pública por improbidade administrativa sob o fundamento de que servidores públicos municipais trabalharam irregularmente por no mínimo dois meses, durante o horário de expediente, na edificação da residência de pessoa que mantinha relacionamento íntimo com o ex-prefeito do Município de Itamogi-MG, percebendo remuneração diretamente dos cofres públicos, com a colaboração do então Secretário Municipal de Obras.

3. Ao reformar a sentença que havia extinto a ação por insuficiência de provas, a Corte de origem reconheceu a existência de improbidade administrativa e, por conseguinte, estabeleceu condenação consistente na devolução, por todos os réus, dos pagamentos realizados aos servidores públicos que prestaram serviços a título particular, além de multa civil equivalente a três vezes esse valor.

4. Não há necessidade de aplicação cumulada das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1997, cabendo ao julgador, diante

das peculiaridades do caso concreto, avaliar, sob a luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adequação das penas, decidindo quais as sanções apropriadas e suas dimensões, de acordo com a conduta do agente e o gravame impingido ao erário, dentre outras circunstâncias. Precedentes desta Corte.

5. De acordo com o substrato fático-probatório fornecido pelo aresto recorrido, os três réus concorreram na prática de ato que causou prejuízo ao erário, sendo certo, outrossim, que o emprego irregular do trabalho dos servidores públicos não foi esporádico, tampouco pode ser confundido com mera incapacidade gerencial ou deslize de pequena monta.

6. Representa, na verdade, o uso ilegítimo da “máquina pública”, por um substancial período, no intuito de favorecer sem disfarces determinada pessoa em razão de suas ligações pessoais com os administradores do Município. O objetivo de extrair proveito indevido salta aos olhos pela constatação de que o então Prefeito encontrava-se em final de mandato e não havia conseguido se reeleger no pleito de outubro de 2000, buscando os réus, no “apagar das luzes” da administração, obter as últimas vantagens que o cargo poderia lhes proporcionar.

7. Hipoteticamente, caso a jornada laboral de cada um dos quatro pedreiros fosse de razoáveis 40 (quarenta) horas semanais, o desempenho das atividades por 2 (dois) meses significa aproximadamente 1.300 (mil e trezentas) horas de trabalho que deixaram de ser usufruídas pelo Município - que atualmente conta com pouco mais de 10.000 (dez mil) habitantes - para serem direcionadas única e exclusivamente à satisfação dos interesses privados de três pessoas.

8. Torna-se patente que ficou caracterizado tanto o enriquecimento ilícito da proprietária da residência edificada quanto o prejuízo ao erário decorrente da reprovável conduta dos então Prefeito e Secretário Municipal, não restando dúvidas, ademais, de que o ato em tela reveste-se de uma gravidade intensa e indiscutível na medida em que o descaso com a Municipalidade e a incapacidade de distinguir os patrimônios público e privado foram a tônica dos comportamentos adotados pelos réus.

9. Assim, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é impositiva a suspensão dos direitos políticos dos réus pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 12, I e II, da Lei n. 8.429/1992.

10. Recurso especial do particular não conhecido. Recurso especial do *Parquet* Estadual provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso do particular e dar provimento ao recurso do *Parquet* Estadual, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 10.9.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recursos especiais interpostos contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nestes termos ementado:

Ação civil pública - Utilização de mão de obra do Município para construção de residência particular - Se há provas da utilização de mão de obra do Município na edificação de residência particular de terceiros dentro do mesmo horário de expediente comum e utilização de recursos públicos no financiamento de obra, há caracterização de infração à lei de improbidade (fl. 328).

Os dois embargos de declaração subsequentes foram rejeitados (fls. 347-350 e 402-406).

Com esteio nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, *Orcival Pereira Dias*, suscita divergência jurisprudencial e indica contrariedade aos arts. 131, 515 e 535 do Código de Processo Civil-CPC ao argumento de que a Corte de

origem incorreu em omissões e se equivocou na valoração das provas coligidas nos autos.

A seu turno, o *Ministério Público do Estado de Minas Gerais* apresenta recurso especial amparado na alínea **a** do permissivo constitucional.

Em apertada síntese, defende que o Tribunal *a quo* violou o art. 12, I, II, III e parágrafo único, ao deixar de aplicar à parte adversa - ex-Prefeito do Município de Itamogi-MG - a sanção de suspensão de direitos políticos em razão da prática de ato de improbidade administrativa de manifesta gravidade, a saber, a utilização de “dinheiro público para realização de obra na propriedade de sua companheira, sem demonstração de interesse público” (fl. 415).

Para respaldar sua pretensão, articula duas linhas de argumentação: *a*) a obrigatoriedade da suspensão dos direitos políticos em caso de improbidade administrativa e *b*) ainda que superada essa tese, a necessidade de aplicação da referida medida em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Contrarrazões ofertadas às fls. 381-384 (Município de Itamogi), 389-393 (*Parquet* Estadual) e 427-429 (particular).

Inadmitido o apelo nobre apresentado pelo particular, sucedeu a interposição de agravo, o qual restou provido em decisão de minha lavra (AI n. 803.001-MG).

Admitido o recurso especial do Ministério Público Estadual, subiram os autos a esta Corte.

Em parecer firmado pelo Subprocurador-Geral da República Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, o Ministério Público Federal opina pela rejeição do especial do particular e pelo acolhimento do apelo nobre do *Parquet* Estadual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Primeiramente, analiso o apelo nobre interposto pelo particular, o qual se revela manifestamente inadmissível.

Isso porque o recorrente protocolizou seu especial (fls. 354-361) em momento anterior à prolação do acórdão que rejeitou os embargos declaratórios da parte adversa (fls. 402-406), não havendo notícia de ulterior ratificação.

Dessa forma, tenho que o reclamo é extemporâneo.

Com efeito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão foi consolidado em 18.4.2007, por ocasião do julgamento pela Corte Especial do REsp n. 776.265-SC, Relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado em 6.8.2007.

Na referida assentada, decidiu-se, por maioria, ser indispensável a ratificação do reclamo especial aviado em momento anterior ao julgamento dos embargos de declaração. Não havendo essa ratificação, tem-se por extemporâneo o apelo nobre, porquanto protocolizado fora do prazo recursal.

Eis a ementa então confeccionada:

Processual Civil. Recurso especial. Prematuro. Esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento.

- É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal.

- Recurso especial não conhecido.

Confira-se ainda:

Processual Civil. Embargos de divergência. Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Ratificação necessária. REsp n. 776.265-SC. Aplicação retroativa da atual orientação da Corte Especial.

1. A Corte Especial, no julgamento do REsp n. 776.265-SC, adotou o entendimento de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.

2. A circunstância de a interposição do recurso especial haver ocorrido em momento anterior à publicação do julgamento acima citado não dá ensejo a qualquer alteração, porquanto é inerente o conteúdo declaratório do julgado já que o posicionamento ali apresentado apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei.

3. Embargos de divergência providos (EResp n. 963.374-SC, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 1º.9.2008).

Passo, então, a apreciar o recurso especial manejado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o qual merece ser conhecido por atender a todos os requisitos de admissibilidade, mormente o prequestionamento da matéria devolvida a este Superior Tribunal de Justiça.

Retratam os autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ingressou com ação civil pública por improbidade administrativa sob o fundamento de que servidores públicos municipais trabalharam irregularmente por cerca de dois meses, durante o horário de expediente, na edificação da residência de Ana Maria de Souza, pessoa que mantinha relacionamento íntimo com o ex-prefeito do Município de Itamogi-MG, Orcival Pereira Dias, percebendo remuneração diretamente dos cofres públicos, com a colaboração do então Secretário Municipal João Pereira Dias.

Assim, o *Parquet* capitulou a conduta dos três réus acima referidos nas hipóteses previstas nos arts. 9º, IV, 10, XII, e 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, postulando a final pela condenação às sanções estipuladas no art. 12, I, do mesmo diploma legal.

Ao reformar a sentença que havia extinto a ação por insuficiência de provas, a Corte de origem reconheceu a existência de improbidade administrativa e, por conseguinte, estabeleceu condenação consistente na devolução, por todos os réus, dos pagamentos realizados aos servidores públicos que prestaram serviços a título particular, além de multa civil equivalente a três vezes esse valor, oferecendo as seguintes razões:

A prova testemunhal torna certo e inquestionável que servidores da Prefeitura Municipal realmente trabalharam na execução de obras de edificação da residência da terceira requerida - Ana Maria de Souza -, pessoa tida notoriamente como de relacionamento íntimo com o primeiro requerido, ex-Prefeito Municipal de Itamogi-MG.

A decisão de primeiro grau de jurisdição, entretanto, embora reconhecendo como fato incontroverso a utilização desses serviços em benefício daquela personagem, equacionou e decidiu o caso sob a única e isolada consideração de que essa prestação de serviços não foi consumada e efetivada durante o expediente útil de funcionamento da municipalidade e, a luz dessa premissa, teve como não ilícito o comportamento permissivo do Chefe do Executivo Municipal.

Ora, a mais autorizada doutrina constitucional encara e define a improbidade como a violação a qualquer dos princípios que norteiam a Administração Pública, como a legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e razoabilidade.

Em sua prestigiada obra 'Probidade Administrativa', ed. Saraiva, p. 223, o ínclito exegeta Wallace Paiva Martins Junior adverte:

(...) O agente público deve servir a Administração Pública e não servir-se dela, obtendo ou fornecendo vantagens a partir da utilização de bens e serviços públicos, dispondo da coisa pública como se fosse bem do seu

acervo particular. O Estado organiza e presta serviços, adquire e utiliza bens, visando ao interesse da coletividade e não a satisfação dos interesses do agente político.

Além disso, observa ainda o mesmo interprete, coadjuvando e ilustrando o pensamento anterior:

A ética pública tem como objeto a noção de o funcionário estar a serviço do interesse público e não ao contrário; por isso, não tolera a utilização de bens públicos para finalidades alheias ao serviço.

De fato, como se infere do contexto probatório, a ação civil pública foi precedida de procedimento investigatório, no qual os empregados da Prefeitura de Itamogi - Márcio Antonio da Silva; Vitor Marques da Silva; Aparecido Donizete dos Santos e João Batista Freiria -, na presença de duas testemunhas, afirmaram que trabalharam na construção da casa de uma amiga do Prefeito, até o final do mês de novembro/2000, recebendo vencimentos da Prefeitura.

Em depoimento pessoal colhido em reclamações trabalhista movida em face do Município de Itamogi, perante a Vara do Trabalho de Guaxupé-MG, Marcio Antonio da Silva declinou que:

Indagado o reclamante (...) tendo trabalhado (...) ultimamente a partir de outubro na casa de uma amiga do prefeito.

Os recibos juntados às fls. 80-82 pela ré Ana Maria de Souza não se ajustam aos depoimentos colhidos, já que embora retratem pagamento mensal, os servidores Márcio Antônio da Silva e Aparecido Donizete dos Santos afirmaram, às fls. 121 e 141, que recebiam por quinzena e, de resto, aquele primeiro servidor declinou que recebeu R\$ 200,00 (duzentos reais) por quinzena, no período de outubro a novembro e R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais a partir de dezembro, quando se extrai dos recibos de fl. 81 os valores de R\$ 121,00 (cento e vinte e um reais), R\$ 275,00 (duzentos e setenta e cinco reais) e R\$ 275,00 (duzentos e setenta e cinco reais).

Não bastasse, embora tivessem reconhecido como suas as assinaturas nos recibos de pagamento promovidos pelo Município em torno da prestação de serviços de pedreiro no assentamento de guias de concreto em vias urbanas dos loteamentos Jardim União, Lago Azul e nas margens do córrego Vila Nova, durante o mês de outubro, Márcio Antônio da Silva e João Batista Freiria esclareceram, em Juízo, sob compromisso, que não chegaram a realizar os serviços individualizados nas notas de empenho.

Entendo, pois, que restando comprovado - como, a meu ver, efetivamente o esta - que o ex-Prefeito utilizou dinheiro público para realização de obra em propriedade particular, sem qualquer demonstração de interesse publico, deve o

mesmo, juntamente com o então Secretário Municipal e a beneficiária direta, por ofensa aos princípios da legalidade e moralidade, indenizar o erário.

Ora, o Administrador Público, ainda que de forma intuitiva, há de ter a convicção de que qualquer obra ou benfeitoria realizada com dinheiro público há de se voltar em prol do interesse público e não, como no caso concreto, em benefício estritamente particular.

Detendo-se, particularmente, sobre a figura-tipo prevista no art. 9º, IV, da Lei n. 8.429/1992, após remissão a observações formuladas por Marcello Caetano, salienta o citado autor Wallace Paiva Martins Júnior:

(...) considera enriquecimento ilícito a utilização de bens públicos de qualquer natureza (grifamos) (...) ou do trabalho de agentes públicos (servidores, funcionários e empregados públicos, contratados temporários, etc.) em obra ou serviço particular, em proveito do próprio agente público.

Não se pode olvidar, de resto, firme nos aforismos da *mihim factum dabo tibi jus e jura novit curia*, que o art. 10, XIII, da Lei n. 8.429/1992 - que dispõe sobre atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao Erário - cuida da espécie de improbidade administrativa em que o proveito é de terceiro, segundo o jurista Wallace Paiva Martins Junior.

Ora, no caso, conquanto, a primeira vista, não haja sido o ex-Prefeito a beneficiário direto da utilização da mão de obra pública, o foi, entretanto, indiretamente, porque figura, naquela primeira posição, a pessoa de terceira personagem, com a qual mantinha relacionamento o então titular da municipalidade.

Como terceiros, de resto, como salienta a autor Wallace Paiva Martins Júnior, p. 289, a lei considera a:

(...) participe, cúmplice ou co-autor do ato de improbidade administrativa, que podem ser agentes ou não, pessoas físicas ou jurídicas (...) (grifamos)

Aliás, como pontua o art. 3º da Lei n. 8.429/1992, *verbis*:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Assim, dúvida não há da tipificação da conduta perpetrada pelos apelados nos arts. 9º, IV, 10, XII e XIII e 11, *caput*, da Lei n. 8.529/1992.

Quanto a fixação da pena, o parágrafo único do art. 12 da mencionada Lei de Improbidade, orienta no sentido de que:

Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em torno do citado artigo, o autor Marcelo Figueiredo, *in* 'Proibidade Administrativa - Comentários a Lei 8.429/1992 e legislação complementar', 4ª ed. São Paulo - Malheiros, 2000, p. 114-115 e 132-133, observa:

Sendo procedente a ação, as penas previstas se aplicam em bloco, ou o juiz pode "discricionariamente" aplicá-las, uma delas, ou todas em conjunto? De fato, é de se afastar a possibilidade da aplicação conjunta das penas em bloco obrigatoriamente. É dizer, há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente. (...) tudo dependerá da análise da conduta do agente público que praticou o ato de improbidade em suas variadas formas. É bem verdade que a lei silenciou a respeito do tema. Ou, por outra, tem redação incompleta. O art. 12 e seus incisos apresentam-se confusos, dando margem a tais perplexidades (...).

Ainda aqui, mostra-se adequado o estudo a respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, ínsito à jurisdição (acesso à Justiça e seus corolários). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da Lei e verificar qual das penas é mais "adequada" em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal (...).

Enfim, as penas devem ser, prudente e adequadamente, aplicadas de acordo com a conduta do agente, inobstante a ausência de critério explícito aparente contido na lei.

E mais:

Assim, o termo "fixação" pode ser decodificado e entendido do seguinte modo: o Judiciário analisará amplamente o ato praticado pelo agente, tido por violador da proibidade administrativa, para, nos limites e na extensão da lei, de modo flexível e criterioso, dentre as sanções legais, escolher as aplicáveis ao caso concreto.

Assim o entendeu a Quarta Câmara Cível, em decisão proferida pelo eminente Des. Almeida Mello, que acentuou:

(...) as cominações previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não determinam, necessariamente, aplicação cumulativa, devendo ser

observado o caso concreto, em obséquio da proporcionalidade, adequação e racionalidade na interpretação do dispositivo, a fim de que não haja injustiças flagrantes, conforme anota Marcelo Figueiredo, *in* Probidade Administrativa - Comentários à Lei n. 8.429/1992 e legislação complementar', Malheiros Editores, 4ª ed. p. 132" (AI n. 205.325-4 00, Rel. Des. Almeida Melo, j. 8.2.2001).

Assim, nos termos do parágrafo único do art. da Lei n. 8.429/1992, cabe ao Julgador, na fixação das penas, sopesar a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, levando a conclusão de que se torna perfeitamente possível a aplicação a determinados casos de apenas uma ou algumas das sanções previstas, nos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

A respeito da observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, confira-se o seguinte julgado:

Aplicação parcial das sanções por improbidade administrativa. Possibilidade. Aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. As cominações previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não determinam, necessariamente, aplicação cumulativa, devendo ser observado o caso concreto, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, adequação e racionalidade na interpretação do dispositivo, a fim de que não haja injustiças flagrantes. Por isto, revela-se absolutamente correto e consentâneo com o princípio da proporcionalidade da pena que o juiz, diante de uma ilegalidade "qualificada", analise a conduta do agente e opte pela aplicação de sanções proporcionais ao dano causado pelo agente público, como muito bem sopesado pelo d. juízo sentenciante (2º CC, Apelação Cível n. 236.772-0, rel. Dês Brandão Teixeira, J. 2.4.2002, DJ 26.4.2002).

Por estas razões, dou provimento parcial aos recursos para, firme no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, condenar os apelados Orcival Pereira Dias, João Pereira Dias e Ana Maria de Souza à pena de ressarcimento integral do dano e pagamento de multa civil de três vezes o referido valor, fixando *astreintes* de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso no cumprimento desta decisão (fls. 331-339).

Acatando sugestão do Desembargador Vogal, o Órgão Colegiado houve por bem retificar o dispositivo para indicar minuciosamente os valores a serem ressarcidos, como se observa da redação final:

Por estas razões, dou provimento parcial aos recursos para, firme no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, condenar os apelados Orcival Pereira Dias, João Pereira Dias e Ana Maria de Souza à pena de ressarcimento integral do dano,

traduzido nos pagamentos feitos pelos cofres públicos municipais aos servidores públicos que prestaram serviços a título particular, e pagamento de multa civil de três vezes esse valor, na importância de R\$4.840,89 (quatro mil, oitocentos e quarenta reais e oitenta e nove centavos), tudo acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, por se tratar de ilícito civil, e correção monetária, de acordo com a tabela da Corregedoria Geral de Justiça, além de honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, já compensada a parcial sucumbência dos réus (fls. 340-341).

Inconformado, o recorrente sustenta que o Tribunal *a quo* violou o art. 12, I, II, III e parágrafo único, ao deixar de aplicar aos réus - o ex-Prefeito do Município de Itamogi-MG, o então Secretário Municipal que autorizou os pagamentos e a beneficiária da irregularidade - a sanção de suspensão de direitos políticos em razão da prática de ato de improbidade administrativa de manifesta gravidade, a saber, a utilização de “dinheiro público para realização de obra na propriedade de sua companheira, sem demonstração de interesse público” (fl. 415).

Para respaldar sua pretensão, articula duas linhas de argumentação: *a*) a obrigatoriedade da suspensão dos direitos políticos em caso de improbidade administrativa e *b*) ainda que superada essa tese, a necessidade de aplicação da referida medida em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Fornecidas as informações indispensáveis ao exame do apelo nobre, adentro a resolução da controvérsia.

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal preceitua que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A seu turno, o art. 12 da Lei n. 8.429/1997 adicionou ainda a previsão de cominação de multa civil, perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Eis a dicção do indigitado dispositivo legal:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Desde a edição da Lei de Improbidade, esta Corte ocupou-se em debater dois importantes aspectos adstritos ao referido art. 12, quais sejam, a aplicação cumulativa das sanções e a influência exercida pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na dosimetria das condenações.

Nesse raciocínio, a redação do parágrafo único conduziu a jurisprudência a posicionar-se pela indispensável observância da proporcionalidade entre a pena aplicada ao agente e o ato de improbidade praticado, de modo a evitar a cominação de sanções destituídas de razoabilidade em relação ao ilícito, sem que isto signifique, por outro lado, conferir beneplácito à conduta do ímprobo.

Outrossim, dessa premissa atingiu-se o entendimento pela desnecessidade de aplicação cumulada das sanções, cabendo ao julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, avaliar, sob a luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adequação das penas, decidindo quais as sanções apropriadas e suas dimensões, de acordo com a conduta do agente e o gravame impingido ao erário, dentre outras circunstâncias.

Nesse diapasão, os seguintes precedentes:

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Inépcia da inicial. Ausência. Improbidade administrativa. Art. 12, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992. Princípio da proporcionalidade. Cumulação de sanções. Cerceamento defesa. Art. 330 do CPC. Súmula n. 7-STJ.

1. Não se conhece do recurso especial quanto a tema que demande o reexame de fatos e prova (Súmula n. 7-STJ). Para se chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido quanto à tipificação do ato de improbidade (artigos 11 e 12 da Lei n. 8.429/1992) e à ausência de cerceamento de defesa (art. 330 do CPC), torna-se imperioso o reexame do arcabouço fático e probatório dos autos, o que é vedado nesta instância especial.

2. Não é inepta a petição inicial que deixa de apontar o dispositivo de lei, se da narração dos fatos decorrer logicamente o pedido. Da mesma forma, a aplicação de legislação diversa daquela utilizada pela parte para fundamentar seu pedido não implica julgamento *extra petita*. Aplicação dos brocardos *jura novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius*. Precedente.

3. O art. 12, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, fundado no princípio da proporcionalidade, determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na “extensão do dano causado” bem como no “proveito patrimonial obtido pelo agente”. No caso dos autos, o dano causado aos cofres municipais é de pequena monta, já que se trata de ação civil pública por ato de improbidade decorrente da acumulação indevida de cargo e emprego públicos. E, também, o acórdão recorrido reconheceu não haver “indícios de que o agente tenha obtido proveito patrimonial”.

4. Não devem ser cumuladas as sanções por ato de improbidade se for de pequena monta o dano causado ao erário e se o agente não obteve proveito patrimonial com o ato.

5. Recursos especiais conhecidos em parte e providos também em parte (REsp n. 794.155-SP, DJU 4.9.2006);

Administrativo. Lei de Improbidade Administrativa. Aplicação da pena.

1. A aplicação da pena, em improbidade administrativa, deve ser empregada de forma que seja considerada a gravidade do ilícito, a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido.

2. Pena de multa pecuniária no valor de 12 (doze) vezes o valor do subsídio pago a vereador do município.

3. Publicidade de promoção pessoal para fins eleitorais por conta do erário público.

4. Aplicação das penas de suspensão de direitos políticos e perda do cargo que não se justificam.

5. Razoabilidade e proporcionalidade da pena aplicada.

6. Recurso especial conhecido e não-provido (REsp n. 929.289-MG, Rel. Min. José Delgado, DJU 28.2.2008);

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Improbidade administrativa. Aplicação cumulativa das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. Inadequação. Necessária observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes do STJ. Recurso especial desprovido.

1. Na hipótese examinada, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra Luiz Carlos Heinze (Prefeito do Município de São Borja-RS), ora recorrido, com fundamento no art. 11, I, da Lei n. 8.429/1992, em face de desvio de finalidade de verba orçamentária. Por ocasião da sentença, o ilustre magistrado, após reconhecer a configuração de ato de improbidade administrativa, aplicou pena de multa, afirmando que “há de levar em conta a ausência de prejuízo material pelo desembolso do valor destinado à aquisição do veículo, resumindo-se ele (prejuízo) na burla, que, ao final, não restou demonstrada se procedida de forma intencional ou culposa” (fl. 179), a qual foi mantida pelo Tribunal de origem. O ora recorrente interpôs recurso especial com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual alega violação do art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992. Sustenta que, configurado ato de improbidade administrativa, as penalidades previstas no referido artigo devem ser aplicadas cumulativamente.

2. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa.

3. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp n. 713.146-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22.3.2007, p. 324; REsp n. 794.155-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 4.9.2006, p. 252; REsp n. 825.673-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25.5.2006, p. 198; REsp n. 513.576-MG, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 6.3.2006, p. 164; REsp n. 300.184-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 3.11.2003, p. 291; REsp n. 505.068-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.9.2003, p. 164.

4. Desprovimento do recurso especial (REsp n. 626.204-RS, Rel. Min. Denise Arruda, DJU 6.9.2007).

Assim, em tese, não infringe o art. 12, II, da Lei n. 8.429/1997 o acórdão que deixa de aplicar cumulativamente as penas cominadas para o ato de improbidade em que incorreu o agente.

Superada a primeira tese esgrimida pelo recorrente, remanesce a segunda: a necessidade de suspensão dos direitos políticos dos réus sob o prisma dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É inequívoco o quadro fático delineado no julgado em tela: os três réus concorreram na prática de ato que causou prejuízo ao erário, a saber, a utilização indevida da mão-de-obra de 4 (quatro) servidores públicos municipais, durante o horário do expediente, na diuturna construção da residência da companheira do então Prefeito Municipal pelo prazo de 2 (dois) meses - no mínimo -, com remuneração paga diretamente pelos cofres públicos.

Ressalte-se: o emprego irregular do trabalho dos servidores públicos não foi esporádico, tampouco pode ser confundido com mera incapacidade gerencial ou deslize de pequena monta.

Representa, na verdade, o uso ilegítimo da máquina pública, por um substancial período, no intuito de favorecer sem disfarces determinada pessoa em razão de suas ligações pessoais com os administradores do Município. O objetivo de extrair proveito indevido salta aos olhos pela constatação de que o então Prefeito encontrava-se em final de mandato e não havia conseguido se reeleger no pleito de outubro de 2000, buscando os réus, no “apagar das luzes” da administração, obter as últimas vantagens que o cargo poderia lhes proporcionar.

Hipoteticamente, caso a jornada laboral de cada um dos quatro pedreiros fosse de razoáveis 40 (quarenta) horas semanais, o desempenho das atividades por 2 (dois) meses significa aproximadamente 1.300 (mil e trezentas) horas de trabalho que deixaram de ser usufruídas pelo Município - que atualmente conta com pouco mais de 10.000 (dez mil) habitantes - para serem direcionadas única e exclusivamente à satisfação dos interesses privados de três pessoas.

Torna-se patente que ficou caracterizado tanto o enriquecimento ilícito da proprietária da residência edificada quanto o prejuízo ao erário decorrente da reprovável conduta dos então Prefeito e Secretário Municipal, sendo certo, ademais, que o ato em tela reveste-se de uma gravidade intensa e indiscutível na medida em que o descaso com a Municipalidade e a incapacidade de distinguir os patrimônios público e privado foram a tônica dos comportamentos adotados pelos réus.

Daí porque, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se a suspensão dos direitos políticos dos réus pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 12, I e II, da Lei n. 8.429/1992.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial do particular e dou provimento ao recurso especial do Parquet Estadual.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 939.436-SC (2007/0073547-1)

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)

Recorrente: União

Recorrente: Pensilvânia de Siqueira Ottoni e outro

Advogado: Rubens José de Lima

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Interposição do recurso antes de julgados os embargos de declaração. Necessidade de ratificação. Segunda tese relativa à coisa julgada. Aferição. Reexame de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. Segundo entendimento pacificado nesta Corte Superior, a interposição de recurso especial antes de julgados os embargos de declaração enseja a posterior reiteração ou ratificação, sob pena de não conhecimento. Assim, o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal aberto após a publicação dos embargos de declaração.

2. Nos termos do art. 538 do CPC, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes.

3. Ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do recurso especial, porquanto, com a intimação do julgamento dos embargos de declaração, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal.

4. Compete ao recorrente, no prazo recursal aberto após a publicação dos embargos de declaração, ratificar o recurso especial interposto prematuramente a fim de viabilizar a via eleita.

5. Tem-se por intempestivo, se não houver ratificação posterior, o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Tal posicionamento independe se no julgamento dos aclaratórios ocorreu, ou não, efeitos infringentes, visto que a nova decisão torna-se parte integrante do acórdão recorrido, formando um todo indissociável ao qual se denomina decisão de última instância.

6. No tocante ao mérito do recurso especial da União, o pedido do recurso especial implica em apreciar o alcance da coisa julgada, o que envolve análise do conjunto fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula n. 7-STJ, que dispõe, *verbis*: a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

7. Recurso especial das autoras não conhecido. Recurso especial da União ao qual se nega o provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso interposto pela União e lhe negar provimento e não conhecer do recurso de Pensilvânia de Siqueira Ottoni e outro.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Relatora

DJ 7.2.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG):
Tratam-se de recursos especiais interpostos por Pensilvânia de Siqueira Ottoni e Ruth Freitag com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea a da CF/1988 e

pela União com fundamento, também, na alínea **a** do permissivo constitucional, ambos contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que restou assim ementado (fl. 154):

Constitucional e Administrativo. Diferenças de revisão de pensão militar. Coisa julgada material. Procedência.

Impõe-se acolher o pedido de pagamento de diferenças advindas da aplicação da Portaria Interministerial n. 2.826/1994 quando se constatar que a antecipação a título provisório que vinha sendo pago às promoventes não importava em pagamento a maior ou em desacordo com a Lei, a respeito do que não cabe controvérsia, ante a incidência da coisa julgada material existente na espécie.

Em suas razões de recorrer (fls. 161-212), sustentam Pensilvânia de Siqueira Ottoni e Ruth Freitag, esta última falecida, vindo a ser substituída por seu Espólio (fls. 214-221), que o acórdão recorrido divergiu de julgados do STJ (REsp n. 389.221-SC; REsp n. 421.216-SC; REsp n. 270.518-RS; REsp n. 491.332-SC; REsp n. 540.197-RJ) quanto à condenação da União aos juros de mora, seu percentual e termo inicial de contagem, porquanto fixou 0,5% ao mês a incidir desde o ajuizamento da ação de conhecimento.

A União, por sua vez, sustenta em seu recurso especial, razões às fls. 254-269, que:

1) o acórdão recorrido violou o artigo 535 do CPC, porquanto deixou de apreciar os dispositivos violados quando da oposição dos embargos de declaração;

2) no mérito, o acórdão recorrido merece ser reformado e a sentença de primeiro grau restabelecida, porquanto os valores pretendidos pelas autoras, aqui recorridas, correspondem a parcelas anteriores à data da impetração do mandado de segurança que teve trânsito em julgado, não estando acobertadas pela coisa julgada material, caracterizando, por isso, “novo pedido subsidiado por nova causa de pedir”;

3) o cálculo da correção monetária seja feito nos moldes do artigo 1º, § 2º, da Lei Federal n. 6.899/1981;

4) os honorários de advogado devem seguir o critério do § 4º, do artigo 20, do CPC.

A União apresentou contra-razões ao recurso especial das recorrentes (fls. 272-279), sustentando o desprovimento do recurso.

Contra-razões ao recurso da União (fls. 281-291).

Noticiam os autos, que Pensilvânia de Siqueira Ottoni e Ruth Freitag, ora substituída por seu Espólio, ajuizaram ação de cobrança sob o rito ordinário em face da União, objetivando receber valores do reajuste de suas pensões militares, reconhecidos em mandado de segurança com trânsito em julgado, relativamente a período pretérito à impetração. (Fl. 118)

A sentença (fls. 115-122) julgou o pedido improcedente, condenando as autoras ao ônus da sucumbência, sob o fundamento de que a decisão prolatada nos autos do Mandado de Segurança n. 7.372-DF, impetrado em litisconsorte pelas autoras, com decisão transitada em julgado, não abarcou os valores anteriores à data da impetração. Ademais, que a pretensão das autoras de atribuir “o manto constitucional do direito adquirido às antecipações determinadas por mera liberalidade da administração, não encontra supedâneo fático ou jurídico e configurariam, caso fossem concedidas locupletamento sem causa em detrimento da boa-fé da União” (fl. 120).

Irresignadas, apelaram as autoras, tendo o acórdão provido o apelo (fls. 149-154), sob o fundamento de que há coisa julgada material na espécie em relação às parcelas pretéritas e antecedentes à impetração, sendo que a impetração teve por resultado a manutenção dos valores anteriormente percebidos.

O acórdão recorrido (fls. 149-154) assentou que há coisa julgada material na espécie em relação às parcelas pretéritas e antecedentes à impetração.

A União opôs embargos de declaração (fls. 156-159), pelo qual sustentou omissão do acórdão em relação ao artigo 68, da Lei Federal n. 8.237/1991; à Lei n. 9.442/1997 e MP n. 2.131/2000 e Lei n. 8.627/1993 e outros dispositivos constitucionais.

Os embargos de declaração foram providos (fls. 251-252), para o fim de preencher o requisito do prequestionamento.

Tendo ambos os recursos especiais sido admitidos pela presidência do Tribunal *a quo*, subiram os autos ao STJ.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Preliminarmente cumpre enfrentar o recurso especial de Pensilvânia

de Siqueira Ottoni e do Espólio de Ruth Freitag, interposto com supedâneo na alínea a do permissivo constitucional.

O recurso especial não pode ser conhecido, porquanto interposto a destempo.

Com efeito, os ora recorrentes não observaram a jurisprudência do STJ acerca da regra processual de interposição do recurso especial concomitantemente à oposição de embargos de declaração contra o mesmo acórdão.

No presente caso, contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* foram opostos embargos de declaração pela União Federal e, concomitantemente, interposto o recurso especial dos ora recorrentes.

O acórdão dos embargos de declaração foi publicado no DJU em 22.11.2006, conforme certificado à fl. 253 dos autos.

Os ora recorrentes não reiteraram o pedido do recurso especial após a publicação do acórdão dos embargos de declaração, contrariando dessa forma a orientação jurisprudencial da Corte Especial do STJ (REsp n. 776.265-SC), espelhada pelo seguinte precedente colacionado:

Processual Civil. Agravo regimental. Interposição de recurso especial. Oposição de embargos *a posteriori*. Ratificação das razões do recurso extremo. Entendimento deste relator pela desnecessidade, com aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. Decisão da Corte Especial pela obrigatoriedade.

1. (...)

2. Sobre o assunto em tela, vinha externando o seguinte entendimento de ser dispensável a ratificação das razões do recurso especial quando este foi oposto dentro do prazo de interrupção ocasionado pela oposição de embargos de declaração pela parte contrária. O excesso de rigor formal não se coaduna com o objetivo do direito processual moderno, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC).

3. No entanto, a distinta Corte Especial deste Sodalício, ao julgar, em 18.4.2007 (pendente de publicação), por maioria, o REsp n. 776.265-SC, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ o acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, entendeu em sentido oposto, *id est*, que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Na ocasião, explicou-se que a CF/1988, no art. 105, III, prevê o cabimento do recurso especial em causas decididas em última instância e, nos julgamentos em embargos de declaração, é possível a alteração

do julgado pelo reconhecimento de omissão ou erro material ou, ainda, se não houve nenhuma modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando a última decisão prevista na Constituição. Observou-se que, nos termos do art. 538 do CPC, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. Assim, ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do recurso especial, pois, com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Logo, caberia ao recorrente, nesse prazo recursal, ratificar o recurso especial interposto prematuramente a fim de viabilizar a via eleita. Precedentes citados: a) do STF: AgRg no RE n. 447.090-SC, DJ de 24.6.2005; e AgRg no Ag n. 601.837-RJ, DJ de 24.11.2006; b) do STJ: REsp n. 498.845-PB, DJ de 13.10.2003; REsp n. 778.230-DF, DJ de 25.4.2006 e REsp n. 643.825-PB, DJ de 24.6.2004.

4. Assumindo essa nova linha de entendimento, tem-se por intempestivo, se não houver ratificação posterior, o recurso especial ofertado antes do julgamento dos embargos de declaração. Tal posicionamento independe se no julgamento dos aclaratórios ocorreu, ou não, efeitos infringentes, visto que a nova decisão torna-se parte integrante do acórdão recorrido, formando um todo indissociável ao qual se denomina decisão de última instância.

5. Agravo regimental não-provido, com a ressalva do meu ponto de vista. (AgRg no Ag n. 871.810-SP- 1ª Turma, Ministro Relator José Delgado, publicado no DJU 2.8.2007, p. 390)

No tocante ao recurso especial interposto pela União, tem-se que o recurso preenche os requisitos para o seu conhecimento.

Intenta a União, preliminarmente, ver reconhecida a nulidade do acórdão dos embargos de declaração, sustentando a violação do artigo 535 do CPC. Para tanto, buscou demonstrar que o acórdão permaneceu omisso em relação ao artigo 68 da Lei Federal n. 8.237/1991, à Lei Federal n. 8.627/1993 e à Lei Federal n. 9.442/1997.

A tese de violação do artigo 535 do CPC não prospera. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes no julgado embargado. Todavia, o acórdão recorrido, já quando da apreciação da apelação interposta pelas autoras, versou sobre as matérias supostamente omissas.

Com efeito a Lei Federal n. 8.237, publicada em 30 de setembro de 1991, dispõe sobre a remuneração dos Militares das Forças Armadas e seu artigo 68 dispõe, *verbis*:

Art. 68. O Adicional de Inatividade incide mensalmente sobre o valor do soldo ou das quotas de soldo a que o militar fizer jus na inatividade.

§ 1º O Adicional de Inatividade integrará, para fins de cálculo de pensão, a estrutura de remuneração do militar falecido em serviço ativo, inclusive com menos de trinta anos de serviço, com base nos percentuais estabelecidos na Tabela VI do Anexo II desta Lei. (Incluído pela Lei n. 9.442, de 1997)

§ 2º Os efeitos financeiros decorrentes do disposto no parágrafo anterior, para os já falecidos, vigorarão a partir de 1º de dezembro de 1996.

Por sua vez a Lei Federal n. 8.627, de 19 de fevereiro de 1993, especifica os critérios para reposicionamento de servidores públicos federais e de militares, e a Lei Federal n. 9.442, de 14 de março de 1997, cria a Gratificação de Condição Especial de Trabalho - GCET - para os servidores militares das Forças Armadas, altera dispositivos das Leis n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e 8.237, de 30 de setembro de 1991, e, dispõe, ainda, sobre o Auxílio-Funeral e ex-Combatente.

Em verdade o diploma normativo, que ensejou e embasou o presente litígio, corresponde à Portaria Interministerial n. 2.826/94, verificando-se que os embargos de declaração possuíam notório intuito protelatório, por isso que não se vislumbra ofensa ao artigo 535 do CPC.

No tocante ao mérito, a pretensão da União é ver restabelecida a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido das autoras, não reconhecendo o direito ao reajuste da pensão militar por morte, relativo ao período pretérito à impetração do mandado de segurança.

Todavia, o acórdão recorrido, ao examinar o acórdão transitado em julgado proferido no âmbito do mandado de segurança, decidiu em termos diametralmente opostos aos da sentença, tendo consignado que há coisa julgada material na espécie em relação às parcelas pretéritas e antecedentes à impetração.

Asseverou, ainda, o acórdão recorrido (fl. 152) que não opera em sentido contrário a ausência de efeitos pretéritos do mandado de segurança porque a respeito não se controverte, justamente por isso é que se fez necessário o ajuizamento da ação de cobrança para a formação de título executivo em relação às parcelas anteriores.

Acrescentou o acórdão recorrido (fl. 152) que há direito adquirido explicitamente reconhecido no mandado de segurança, razão pela qual não se admite à Administração a revisão do provimento judicial definitivo.

A sentença de primeiro grau, que se busca ver restabelecida, afirmou, *verbis*:

(...) no que concerne aos valores atrasados, os mesmos somente se tornarão devidos, em caso de procedência desta ação ordinária e após o seu trânsito em julgado. (fl. 116)

(...)

Desta forma, não estão os valores anteriores à data daquela impetração acobertada pela Coisa Julgada Material, caracterizando, isto sim, novo pedido subsidiado por nova causa de pedir e, portanto, passível de serem decididos em sentido contrário ao que foi decidido nos autos do MS n. 7.372-DF. Caso não fosse assim, bastaria às autoras ajuizarem ação de execução de título executivo judicial (sentença prolatada nos autos do mandado de segurança), o que não foi feito, pois se trata de ação ordinária de cobrança, onde pretendem constituir um título executivo para após executá-lo.

O acórdão recorrido por sua vez, decidiu em sentido diametralmente oposto, tendo consignado já no início do voto condutor (fl. 150) que, *verbis*:

- Desde logo impende observar que, como asseverado, há coisa julgada material na espécie em relação às parcelas pretéritas e antecedentes à impetração que interessa, consoante é possível verificar do teor dos correspondentes relatório e voto do *writ* mencionado -

(...)

Vê-se, pois, a impetração teve por resultado a manutenção dos valores anteriormente percebidos e a solução teve por fundamento a existência de direito adquirido e assim transitou em julgado.

De aí que o questionamento sobre o qual versa a demanda afigura-se-me já solucionado pela v. sentença prolatada no mandado de segurança. Não opera em sentido contrário a ausência de efeitos pretéritos do *writ* porque a respeito não se controverte: justamente por isso é que se fez necessário o ajuizamento desta ação para a formação de título executivo em relação às parcelas anteriores.

(...)

Destarte, a análise do pedido do recurso especial implica em apreciar o alcance da coisa julgada, o que envolve análise do conjunto fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula n. 7-STJ, que dispõe, *verbis*: a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Nesse sentido, colaciona-se os seguintes precedentes orientadores:

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Coisa julgada. Matéria fática. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Alteração estado de direito. EC n. 20/1998. Prequestionamento. Ausência.

I - Se o Tribunal *a quo*, com base na análise mais acurada dos fatos constante dos autos, constatou a ocorrência de coisa julgada, infirmar tal entendimento ensejaria o reexame de provas, o que encontra óbice no verbete da Súmula n. 7 deste Tribunal.

II - (...)

Recurso não conhecido. (REsp n. 697.606-RS, 5ª Turma, Min. Rel. Felix Fischer, DJU 11.4.2005)

Processual Civil. Sistema Financeiro da Habitação. Reajuste das prestações. Entidade em liquidação extrajudicial. Suspensão da ação. Desnecessidade. Ilegitimidade passiva da União. Ofensa à coisa julgada. Matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ.

1. (...)

2. (...)

3. Não é possível, em sede de recurso especial, verificar suposta ocorrência de violação à coisa julgada, tendo em vista que isso implicaria o reexame de matéria fático-probatória constante nos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp n. 256.715-PE, 2ª Turma, Min. Rel. João Otávio de Noronha, DJU 10.10.2005)

Processual Civil. Coisa julgada. Mandado de segurança denegado. Súmulas n. 282-STF e 7 e 211-STJ. Art. 255 do RISTJ.

1. (...)

2. (...)

3. A apreciação do alcance da coisa julgada envolve análise do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7-STJ.

4. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 703.214-PR, 3ª Turma, Min. Rel. Castro Meira, DJU 11.10.2006)

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Servidor público. Reconhecimento de tempo de serviço. Coisa julgada. Aferição. Reexame de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Recurso especial não conhecido.

1. Tendo o Tribunal de origem afastado a alegação de ocorrência de coisa julgada ao entendimento de que não teria sido ela comprovada nos autos, rever tal posicionamento implicaria reexame de matéria fático-probatória, inviável em sede de recurso especial, por atrair o óbice da Súmula n. 7-STJ.

2. (...)

3. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 553.950-CE, 5ª Turma, Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJU 27.11.2006)

Processual Civil e Administrativo. Alegações de ocorrência de ofensa à coisa julgada, erro material e excesso de execução. Necessidade de reexame de provas. Vedação. Súmula n. 7 deste Tribunal.

1. A verificação quanto à procedência ou não das respectivas questões de fundo – ofensa à coisa julgada, erro material e excesso de execução – implica o reexame da matéria fático-probatória, impossível na via do recurso especial, incidindo a Súmula n. 7 deste Tribunal Superior.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 811.140-RS, 5ª Turma, Min. Rel. Laurita Vaz, DJU 23.4.2007)

Deveras, modificar o acórdão recorrido, tendo o Tribunal de origem afirmado a ocorrência de coisa julgada, implica reexame de matéria fático-probatória, inviável em sede de recurso especial, por atrair o óbice da Súmula n. 7-STJ.

Pelo exposto, não conheço do recurso especial das autoras, e conheço do recurso especial da União, mas nego-lhe o provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 984.187-DF (2007/0208627-0)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Servix Engenharia S/A

Advogado: João Paulo Pinto e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Bernardo Santos Torres e outro(s)

EMENTA

Administrativo. TDAs vencidos. Juros de mora e compensatórios.

1. Recurso especial interposto em data de 6.6.2006, antes de ter sido apreciado recurso de embargos de declaração apresentado pela parte contrária. Não-reiteração. Manifestação, contudo, anterior ao posicionamento da Corte Especial no sentido de, alterando a

jurisprudência, entender, em tal situação, como intempestivo o recurso. Efeito não-retroativo da referida decisão. Tempestividade reconhecida.

2. Decisão colegiada do Tribunal *a quo* que, afastando extinção do processo sem apreciação do mérito, julga, desde logo, a pretensão, em sua essência e originariamente, por maioria de voto. Sentença que, na espécie, não foi reformada, nem confirmada. Desnecessidade de embargos infringentes para se ter a instância como esgotada.

3. Acórdão que concede, de modo unânime, juros de mora sobre TDAs vencidos e, por maioria, nega os juros compensatórios. Temas não apreciados pela sentença de primeiro grau.

4. Provimento de recurso especial para conceder juros compensatórios sobre TDAs vencidos. Precedentes: MS n. 8.601-DF; MS n. 8.341-DF; REsp n. 627.218-PR; MS n. 8.599-DF; MS n. 7.805-DF; MS n. 7.875-DF; MS n. 5.857-DF; MS n. 7.194-DF; MS n. 8.100-DF; MS n. 6.254-DF; MS n. 7.670-DF; EDMS n. 5.820-DF entre outros.

5. Recurso especial provido para conceder, unicamente, juros compensatórios sobre TDAs vencidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de março de 2008 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJe 7.4.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: A empresa Servix Engenharia S/A, em data de 28.8.2002, ingressou, em juízo, com ação ordinária contendo o pedido seguinte (fls. 21-23):

32= Acolhida *initio litis* a medida postulada, logrando a tutela jurisdicional, toma-se necessária a citação da suplicada, para que deduza as razões de defesa, sob pena de revelia.

33= De modo objetivo, sem escamoteação, era a suplicante detentora de 162.756 Títulos da Dívida Agrária, conforme relações anexas (Doc 17 e 18), cuja primeira liquidação ocorreu em 18.9.1997 (Doc 19) e as demais nos respectivos vencimentos, e os vincendos permanecem registrados e custodiados na *Central de Custódia* e de *Liquidação Financeira de Títulos - CETIP* - devendo estes últimos gozar das mesmas benesses legais que amparam este pleito judicial, incluindo nas datas de seus vencimentos as mesmas sanções impostas, para o seu resgate e não seja necessário novamente socorrer-se do judiciário para que a requerida (*Fazenda Nacional*) se escuse de corrigir os seus Títulos da Dívida Agrária.

34= O corolário natural se desdobra nas incidências dos índices da correção monetária não pagos posteriormente a sua emissão. Aguardar-se-á, portanto, a procedência da lide, com o escopo de lograr o recebimento das diferenças dos *Títulos da Dívida Agrária*, ou seja,

A) o índice de 8,04% (Plano Bresser), na razão de ter ocorrido o expurgo inflacionário sem a aplicabilidade da correção monetária retirada desde junho de 1987, somente para Títulos emitidos anteriores a essa data;

B) o índice de 13,89%, como expressão ativa da correção monetária não honrada e ilegalmente suprimida desde fevereiro de 1991;

C) o recebimento dos juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano e mais os juros moratórios, a fluir dos respectivos vencimentos, somando-se até o efetivo pagamento;

D) a aplicabilidade do instituto da correção monetária na plenitude de seus critérios legais.

35= Responderá, ainda, a *União* pela verba sucumbencial no importe de 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação.

O Tribunal *a quo*, ao apreciar apelação interposta pela empresa ora recorrente, reconheceu procedente, em parte, o seu pedido, conforme atesta a ementa do acórdão (fl. 440):

Administrativo. Civil e Processual Civil. Atualização monetária de Títulos da Dívida Agrária (TDA). Expurgos inflacionários. Junho/1987 (8,04%) e fevereiro/1991 (13,89%). Prescrição. Correção monetária. Juros moratórios e compensatórios.

1. Demonstrada a posse de Títulos da Dívida Agrária, devidamente custodiados em instituição financeira, e sendo juntado o "Mapa de Movimentação p/ Simples Conferência", emitido pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de

Títulos - CETIP, fica comprovada a propriedade, da autora, dos respectivos títulos.

2. Competia à Ré (art. 333, II, do CPC) fazer prova de fato impeditivo do direito da Requerente, vale dizer, de que a autora não detinha direitos sobre os TDAs relacionados no referido mapa.

3. Como o prazo prescricional de cinco anos tem início a partir do efetivo resgate do título, tendo a ação sido ajuizada em 29.8.2002, não podem ser exigidas as correções dos resgates efetuados antes de 29.8.1997.

4. Os proprietários de TDAs possuem o direito de ter preservado o real valor indenizatório que representa o título, sendo devida, pois, a correção monetária pelos chamados expurgos inflacionários. Precedentes.

5. Inexiste direito à correção referente ao índice de 8,04% (junho/1987), tendo em vista que os TDAs objeto da causa somente foram emitidos em data posterior (29.12.1989) ao expurgo inflacionário daquele período.

6. São indevidos juros moratórios e compensatórios, porquanto se reivindica, na espécie, apenas a atualização dos títulos e não indenização por desapropriação.

7. Apelação da Autora a que se dá parcial provimento.

No recurso especial em exame, a recorrente pretende reforma do aresto para que lhe seja concedido o direito de ver incidir, também, sobre os TDAs, juros moratórios e compensatórios, alegando aplicação do art. 150, §§ 1º e 4º, da Lei n. 4.504 - Estatuto da Terra, e jurisprudência predominante sobre o tema.

O decisório recorrido negou a incidência dos juros moratórios e compensatórios, sob o fundamento de que, na ação examinada, a reivindicação está restrita, apenas, à atualização monetária dos títulos e não indenização por desapropriação.

Contra-razões foram oferecidas.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso. Estão presentes os pressupostos genéricos e específicos de sua admissibilidade.

Esclareço que a recorrente interpôs o recurso especial antes do julgamento de embargos de declaração apresentados pela Fazenda Nacional. Esse proceder ocorreu em data de 6.6.2006, portanto, antes da jurisprudência firmada pela Corte Especial sob o assunto.

Alega, ainda, a Fazenda Nacional que a apelação da recorrente foi provida por maioria de votos e, como reformou a sentença, deveriam ter sido apresentados embargos infringentes para esgotar a instância.

Na verdade, os autos revelam que o relator, ao dar provimento parcial à apelação, ficou vencido, apenas, quanto aos juros compensatórios, haja vista que os juros moratórios foram, de modo unânime, concedidos.

É de se considerar, também, que a sentença de primeiro grau não apreciou a questão dos juros moratórios e dos juros legais, haja vista ter, preliminarmente, reconhecido como não comprovada a propriedade dos títulos. O acórdão, por, de modo unânime, ter considerado como legítimos os títulos, aplicou, desde logo, o direito à espécie. Nesse ponto, portanto, não há de se falar em apelação que confirmou ou reformou a sentença de primeiro grau.

Configurado esse panorama, tenho que não há necessidade da apresentação de embargos infringentes para que se tenha a instância como esgotada. O que se tem é uma decisão originária da Corte concedendo o direito reivindicado pela parte, de modo original, por maioria de votos.

Rejeito, portanto, a preliminar da Fazenda Nacional.

A recorrente, conforme indicado no relatório, manifestou expresso pedido no sentido da concessão dos juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano e mais juros moratórios, a fluir dos vencimentos dos títulos, até efetivo pagamento.

Quanto ao mérito, assiste razão à recorrente. Acolho, portanto, as suas razões no sentido de que (fls. 452-456):

In casu, ousamos divergir dos ilustres Desembargadores que, por maioria, lavraram o acórdão de 2º grau, pois a questão da atualização monetária e juros dos Títulos em causa, já mereceram amplo e detido exame nesta Colenda Corte de Justiça, que em casos análogos decidiu:

*Processual Civil. Administrativo. Resgate de TDA's. Intimação. Litisconsórcio. Publicação. Nome de um dos litisconsortes seguido da expressão "e outros" e nomes dos advogados. Suficiência. Ofensa ao art. 236, do CPC não caracterizada. Prescrição. Descumprimento de obrigação de medição de área. **Juros moratórios. Expurgos inflacionários. Precedentes jurisprudenciais do STJ.** 1. Ação Ordinária ajuizada em face da União e do Incra, objetivando o pagamento do valor atualizado de 35.000 TDA 's, acrescido de juros ordinários e de mora, sob o fundamento de que os títulos teriam sido dados em caução, comprometendo-se o Instituto a efetuar a medição de*

determinada área desapropriada para, após, liberá-los, sendo certo que até a data da propositura da ação, o réu não havia cumprido a sua obrigação de fazer, embora notificado judicialmente a fazê-lo, por isso que impunhasse o pagamento imediato dos títulos vencidos. (...) **8. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido da incidência cumulativa dos juros compensatórios e moratórios no pagamento dos TDA s. Precedentes do STJ: MS n. 8.601-DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 10.3.2003 e MS n. 834 1-DF, Relator ministro Humberto Gomes de Barros DJ de 11.11.2002. 9. Recursos especiais interpostos pela União e pelo Incra improvidos. (REsp n. 627.218-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.8.2005, DJ 12.9.2005 p. 213).** Negritamos.

E ainda:

Mandado de segurança. TDAs. Correção monetária. Planos "Bresser" e "Collor II". Juros moratórios e compensatórios. Questão pacificada na 1ª Seção do STJ. Ordem concedida. 1. No resgate de TDA, é devida a correção monetária relativa aos Planos "Bresser" (6,81%) e "Collor" (13,89%) sobre os TDA's emitidos anteriormente àquela data, **bem como, a incidência de juros compensatórios e moratórios de 6% ao ano, após os seus vencimentos.** 2. Segurança concedida. (MS n. 8.601-DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, julgado em 12.2.2003, DJ 10.3.2003 p. 79). Negritamos.

E também:

Mandado de segurança. Administrativo. Correção monetária de Títulos da Dívida Agrária (TDA's). Juros moratórios e compensatórios. Ordem cronológica. Prazo decadencial. 1. Esta Corte tem admitido o cabimento da via mandamental para a declaração do direito à correção monetária plena e à incidência de juros compensatórios e moratórios sobre o valor de TDA's. 2. A contagem do prazo de 120 dias, previsto no artigo 18 da Lei n. 1.533/1951, tem início a partir da data em que os títulos foram resgatados sem os consectários pretendidos. 3. Na atualização dos Títulos da Dívida Agrária, devem ser computados os percentuais de 6,81% e 13,89%, referentes à inflação efetivamente apurada pelo IPC/IBGE por ocasião dos planos econômicos denominados "Bresser" e "Collor II", respectivamente, **sendo de se aplicar, ainda, a partir do vencimento, juros moratórios e compensatórios no percentual de 6% ao ano.** 4. A autoridade coatora deve se abster de efetuar o pagamento de TDA's com vencimentos posteriores aos das impetrantes, antes de consumado o resgate destes. 5. Segurança concedida.

(MS n. 8.599-DF, Rel. Ministro Joao Otavio de Noronha, Primeira Seção, julgado em 26.2.2003, DJ 24.3.2003 p. 133). Negritamos.

Com efeito, o princípio constitucional assecuratório da prévia e justa indenização nas desapropriações promovidas por interesse social, para fins de reforma agrária, determina que os TDA's, destinados a recomposição do patrimônio rural expropriado conterão cláusula de preservação do valor real (art. 184 da Constituição Federal).

Assim, nem mesmo ao legislador ordinário é conferido poder para disciplinar a correção monetária dos títulos indenizatórios, de forma a desatender ao impositivo da garantia de valor real.

Tanto o é que o Estatuto da Terra foi recepcionado por nossa Carta Magna, pois vejamos:

Lei Federal n. 4.504 - Estatuto da Terra

Art. 105. E o Poder Executivo autorizado a emitir títulos, denominados de Títulos da Dívida Agrária, distribuídos em séries autônomas, respeitado o limite máximo de circulação de Cr\$ 300.000.000.000,00 (trezentos bilhões de cruzeiros).

§ 1º Os títulos de que trata este artigo vencerão juros de seis por cento a doze por cento ao ano, terão cláusula de garantia contra eventual desvalorização da moeda, em função dos índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, e poderão ser utilizados:

(...)

§ 4º Os orçamentos da União, a partir do relativo ao exercício de 1966, consignarão verbas específicas destinadas ao serviço de juros e amortização decorrentes desta Lei, inclusive as dotações necessárias para cumprimento da cláusula de correção monetária, as quais serão distribuídas automaticamente ao Tesouro Nacional.

A usurpação dos juros aos títulos da Autora/Recorrente deve ser considerado como afronta à garantia constitucional e a lei federal que rege o tema.

Sobre o juros postulados, a jurisprudência do STJ também firmou posição firme no tocante a sua incidência e no quanto a sua base de cálculo de 6% ao ano, vejamos:

Mandado de segurança. Administrativo. Título da dívida agrária. TDA. Declaração do direito do particular de incidência dos índices de correção monetária expurgados. Planos Bresser e Collor II. I - É admissível a impetração de mandado de segurança com pedido de declaração do direito do proprietário de TDA à incidência de índices de correção monetária expurgados, nos percentuais de do Plano Bresser e do Plano Collor II, acrescidos de juros compensatórios e moratórios de 6% a. a., a partir do vencimento do título. II - Constituindo o cerne da questão a incidência

de expurgos inflacionários em título de dívida pública, a natureza do provimento jurisdicional é declaratória, e não condenatória para automática inclusão no sistema fazendário da Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos - CETIP, porque a eventual natureza condenatória transformaria o *mandamus* em ação de cobrança com efeitos pretéritos. III - (...) *Omissis* (...) IV - Segurança concedida parcialmente. (MS 6. 8354Vancy).

Na mesma direção as seguintes decisões da Primeira Seção do STJ: MS's n. 7.805-DF-Laurita; n. 7.975-DF-Garcia; n. 5.857-DF-Milton; n. 7.194-DF-Delgado; n. 8.100-DF-Fux; n. 6.254-DF-Humberto; n. 7.670-DF-Franciulli; EDMS n. 5.820-DF-Falcão).

Diga-se também que a cláusula de preservação do valor real (CF, art. 184) adere ao TDA, mesmo depois de sua circulação, beneficiando quem quer que seja o portador do título.

Deve-se lembrar ainda que, o ilustre Mm. Nilson Naves ao apreciar o juízo de admissibilidade no Recurso Extraordinário no Mandado de Segurança n. 5.890-DF, alinhou, *in verbis*:

A entrega ao credor de quantia correspondente ao “valor de fase” não efetiva o resgate do título. Isto somente ocorre, quando o credor recebe o valor atualizado, **acrescido de Juros moratórios e compensatórios**. (negrito e sublinhado não constante no original).

Em síntese, os juros de mora foram concedidos. O provimento do presente recurso é, apenas, para impor os juros compensatórios, conforme reivindicados.

Dou provimento ao recurso, com base nos fundamentos acima desenvolvidos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.000.710-RS (2007/0254923-0)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Bianchini SA Industria Comercio e Agricultura

Advogado: Fábio Canazaro e outro(s)

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Luís Alberto Saavedra e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Tributário. IPI. Crédito presumido. Industrial-exportador. Lei n. 9.363/1996. Ressarcimento de PIS e Cofins. Insumos adquiridos de pessoa física e cooperativas. Impossibilidade de creditamento. Repetição. Recurso do Fisco. Afastamento da taxa Selic. Créditos escriturais. Correção monetária. Não incidência. Recurso do contribuinte. Recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios. Inexistência de ratificação. Extemporaneidade.

1. A oposição tempestiva dos embargos de declaração, ainda que venham a ser rejeitados, interrompem o prazo para interposição de eventual recurso.

2. Destarte, é intempestivo o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração opostos ao acórdão recorrido, salvo se houver reiteração posterior. Precedentes desta Corte: REsp n. 955.411-SC (DJ 31.3.2008); REsp n. 939.436-SC (DJ de 7.2.2008); AgRg no Ag n. 933.062-MG (DJ de 21.11.2007); e AgRg no Ag n. 851.758-MG (DJ de 19.10.2007).

3. *In casu*, o acórdão recorrido foi publicado em 19.1.2007 (fls. 234) e o contribuinte já havia protocolizado seu recurso especial em 9.1.07 (fls. 247); entretanto, a Fazenda Pública opôs embargos de declaração àquele julgado (fls. 340-343), cujo acórdão só seria publicado em 21.3.2007 (fls. 343), sem que o contribuinte reiterasse seu recurso, incorrendo, por isso, em extemporaneidade.

4. O benefício dos crédito presumido do IPI restou assim disposto no art. 1º da Lei n. 9.363/1996:

Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais *fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como ressarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares n. 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e 70, de 30 de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-*

primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

5. *In casu*, o crédito presumido, decorrente da aquisição de insumos de pessoas físicas e cooperativas, que o Tribunal *a quo* reconheceu ao contribuinte, consubstancia-se em benefício fiscal para desonerar a atividade exportadora brasileira, não tratando de indébito tributário, logo, representando crédito escritural a ser apropriado pelo beneficiado.

6. A correção monetária incide sobre o crédito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso e, por isso diferencia-se do crédito escritural, técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.

7. O aplicador da lei, à míngua de autorização, não pode chancelar os saldos de créditos relativos ao IPI corrigidos monetariamente, sob pena de infringir a legalidade, sobrepondo-se às suas funções, fazendo as vezes de legislador, desautorizadamente. Precedentes: STF: RE n. 223.521-RS, Rel. Min. *Maurício Correa*, DJU 26.6.1998; STJ: EREsp n. 605.921-RS, 1ª Seção, DJU 24.11.2008; EREsp n. 430.498-RS, 1ª Seção, DJU 7.4.2008; EREsp n. 613.977-RS, 1ª Seção, DJU 5.12.2005; e AgRg no REsp n. 976.830-SP, 2ª Turma, DJU 2.12.2008.

8. A mesma *ratio essendi* deve ser utilizada em relação aos créditos presumidos de IPI, para abatimento de valores pagos referentes ao PIS e à Cofins, previstos no art. 1º da Lei n. 9.363/1996, pois refletem idêntico *modus operandi* ao crédito escritural, como é o caso.

9. Recurso especial do contribuinte não conhecido. Recurso especial da Fazenda Pública conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conheceu do recurso especial da

contribuinte e conhecer do recurso da Fazenda Nacional e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 6 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 25.9.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Tratam-se de recursos especiais interpostos pela *Fazenda Nacional* e por *Bianchini S/A - Indústria, Comércio e Agricultura*, ambos com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que restou assim ementado (fls. 239):

IPI. Crédito presumido para empresa produtora e exportadora. Lei n. 9.363/1996. Possibilidade do creditamento de insumos adquiridos de pessoas físicas e de cooperativas. Impossibilidade de inclusão na base de cálculo do benefício a energia elétrica, o combustível e o carvão. Interesse processual. Pretensão resistida na esfera administrativa. Prescrição quinquenal.

Desnecessária a condenação do ente público quando a sentença declaratória do direito da autora possibilita o restabelecimento da ordem por mero requerimento na esfera administrativa. Noção essa que se coaduna com o interesse processual, norteado pelo binômio necessidade e utilidade da prestação jurisdicional.

No que se refere à prescrição, este Colegiado tem-se pronunciado no sentido da inaplicabilidade do disposto no art. 168, inc. I, do CTN, que versa acerca do prazo prescricional para as ações de repetição de indébito tributário - que é de cinco anos a contar da extinção do crédito tributário -, às ações que veiculam, em razão do princípio da não-cumulatividade, pretensão de reconhecimento de direito ao aproveitamento de créditos escriturais do IPI não lançados pelo contribuinte à época oportuna. Aplica-se, às ações desta espécie, o Decreto n. 20.910/1932, que estabelece a prescrição quinquenal para a exigência de dívidas de quaisquer dos entes federados, independente da natureza dessas dívidas, prazo que é contado do ato ou fato de que se originarem. Da mesma forma, o crédito presumido do IPI, destinado ao ressarcimento das contribuições PIS/Cofins

incidentes na cadeia produtiva, consubstancia-se em benefício fiscal legalmente concedido às empresas exportadoras como forma de evitar a cumulatividade destes tributos. Portanto, aplicável, outrossim, aos feitos em que se discute essa questão a prescrição quinquenal do referido Decreto.

É possível a inclusão na base de cálculo do crédito presumido do IPI (Lei n. 9.363/1996) dos insumos adquiridos de pessoas físicas e cooperativas. Estes, mesmo que não sejam contribuintes do PIS e da Cofins, são onerados ao longo da cadeia produtiva por essas contribuições.

O art. 1º, da Lei n. 9.363, de 16 de dezembro de 1996, não autoriza o creditamento pelo estabelecimento de uma empresa que, adquirindo determinado insumo, o transfere para outra unidade. Neste caso, ele (insumo) não integrará o processo produtivo do estabelecimento que o transferiu, e sim, da unidade que o recebeu. Quem poderia utilizar-se do crédito referente ao insumo seria o estabelecimento que adquiriu e utilizou-o no processo produtivo.

Antes da entrada em vigor da Lei n. 9.363/1996, o crédito presumido do IPI era disciplinado pela Medida Provisória n. 948/1995. Naquele período não havia a previsão legal possibilitando o creditamento referente a vendas de produtos às empresas exportadoras. Assim, o requerimento administrativo formulado pela autora, na época, foi indeferido tendo em conta a inexistência de previsão legal. Somente com o advento da Lei n. 9.363, de 16 de dezembro de 1996 (parágrafo único, do art. 1º), poder-se-ia cogitar do creditamento presumido, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

De qualquer forma, nos autos desse requerimento administrativo (fls. 32-35) não se discutiram os exercícios de 1997, 1998 e 1999, períodos que, em razão da ulterior ampliação do benefício (parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 9.363/1996), a autora, hipoteticamente, teria direito aos creditamentos. Logo, não houve a pretensão resistida na esfera administrativa e, por conseguinte, a configuração do interesse processual para pleitear créditos posteriores à Lei n. 9.363/1996.

Tanto a energia elétrica quanto o óleo diesel, o gás natural e os lubrificantes, não são considerados matéria prima a gerar créditos do IPI, bem como crédito presumido para ressarcimento do PIS/Cofins incidente na cadeia produtiva. Não havendo, outrossim, previsão expressa pela Lei n. 9.363/1996 de creditamento dessas despesas, não cabe o Poder Judiciário deferir a pretensão formulada pela autora sob pena de atuar como legislador positivo, conduta essa vedada forte no Princípio Constitucional da Separação dos Poderes.

Noticia-se nos autos que *Bianchini S/A - Indústria, Comércio e Agricultura* ajuizou ação de cobrança, em 19.12.2000, em face da *União Federal*, com o objetivo de ver reconhecido seu direito ao ressarcimento de crédito presumido, glosado pelo Fisco, referente aos exercícios de 1995, 1996, 1997, 1998 e 1999,

principalmente aqueles relativos a insumos adquiridos de pessoas físicas e cooperativas.

O Juízo da 1ª Vara Federal da Capital da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul instruiu os autos e julgou improcedente o pedido da autora, acolhendo a preliminar de ausência de interesse processual jurídico quanto ao pedido condenatório e reconhecendo a carência de interesse processual quanto ao recebimento do benefício do crédito presumido no caso de venda dos produtos à empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior, relativo aos exercícios de 1997, 1998 e 1999 (fls. 170-179).

O contribuinte recorreu, pugnando pela reforma da sentença (fls. 181-193).

Conforme transcrito, a 4ª Turma do TRF da 1ª Região, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação do contribuinte, para garantir-lhe a utilização de créditos decorrentes de produtos adquiridos de pessoas físicas e cooperativas (fls. 229-240).

A *Fazenda Nacional* opôs embargos de declaração (fls. 340-343) que restaram rejeitados, conforme a seguinte ementa (fls. 348):

Embargos de declaração. Cabimento. Fundamentos do acórdão.

São pré-requisitos autorizadores dos embargos de declaração a omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada. Também a jurisprudência os admite para a correção de erro material e para fim de prequestionamento.

Os embargos declaratórios não se prestam para reexame da matéria sobre a qual houve pronunciamento do órgão julgador.

Ambos litigantes interpuseram recursos especiais.

A contribuinte alegou, em suas razões (fls. 249-266), ofensa ao art. 292 e 3º do CPC, uma vez que o Tribunal recorrido não teria admitido o pedido alternativo de recebimento dos valores, a título de crédito de IPI-exportação, via precatório, requerendo a condenação da ré nas importâncias reconhecidas como devidas. Destacou, ainda, contrariedade aos arts. 1º e 2º, § 2º da Lei n. 9.363/1996, ao passo que teria negado o direito do recorrente à utilização do crédito presumido do IPI, especificamente para integrar a base de cálculo do incentivo: a) os insumos adquiridos em um estabelecimento produtor e transferido a outro estabelecimento da mesma empresa; b) os produtos adquiridos e posteriormente transferidos para exportação através de comerciais exportadoras e; c) valores relativos à aquisição de carvão, combustíveis e energia

elétrica. Pugnou, ao final, a condenação da União na verba honorária. Manejou, ainda, recurso extraordinário (fls. 318-335).

Por sua vez, aduz a *Fazenda Nacional*, nas razões do especial (fls. 351-353), a negativa de vigência ao art. 39, § 4º da Lei n. 9.250/1995 ao argumento de que não cabe a incidência da taxa Selic, representando, sequer, caso de repetição de indébito tributário. Suscitou, também, divergência jurisprudencial em relação à Súmula n. 162 do STJ.

Examinada a admissibilidade (fls. 372-372), ascenderam à esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso especial, uma vez que o dispositivo tido por violado foi devidamente prequestionado.

Cinge-se a controvérsia à incidência da taxa Selic sobre os créditos presumidos de IPI, para abatimento de valores pagos referentes ao PIS e à Cofins, decorrentes da Lei n. 9.363/1996.

Inicialmente, conforme se verifica, o recurso especial do contribuinte foi interposto antes do prazo recursal, restando clara, portanto, a sua extemporaneidade, *pois que não ratificado após os julgamentos dos embargos declaratórios*.

Esse reflete, outrossim, o recente entendimento que a Corte Especial, ao apreciar o **Recurso Especial n. 776.265-SC** no dia 18 de abril de 2007, decidiu que “por não estarem esgotadas as vias ordinárias, é intempestivo o recurso especial interposto antes do deslinde dos embargos de declaração, tenham sido eles opostos pelo próprio recorrente do recurso especial ou mesmo pelo recorrido”.

Nesse sentido, são os precedentes atuais desta C. Corte Superior:

Processual Civil e Tributário. Contribuição social. Recurso especial dos particulares interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Ratificação necessária. REsp n. 77.265-SC. Violação do art. 535 do CPC. Súmula n. 284-STF. Falta de prequestionamento (Súmula n. 211-STJ). FGTS. Correção monetária. Honorários advocatícios. Decisão condicional. Nulidade superada. Aplicação do art. 249, § 2º do CPC.

1. *O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo. Precedente da Corte Especial do STJ.*

2. Incide a Súmula n. 284-STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a alegações genéricas, sem indicação precisa da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte.

3. Não se conhece do recurso especial, por ausência de prequestionamento, se a matéria trazida nas razões recursais não foi debatida no Tribunal de origem. Incidência da Súmula n. 211-STJ.

(...)

6. Acórdão que determinou a suspensão da cobrança dos honorários enquanto não convertida em lei a medida provisória em questão.

Decisão condicional cuja nulidade fica superada, em face da aplicação do art. 249, § 2º do CPC.

7. Recurso especial dos particulares não conhecido e recurso especial da CEF conhecido em parte e, nessa parte, provido.

(REsp n. 955.411-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 31.3.2008, sem grifo no original)

Processual Civil. Recurso especial. Interposição do recurso antes de julgados os embargos de declaração. Necessidade de ratificação. Segunda tese relativa à coisa julgada. Aferição. Reexame de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. Segundo entendimento pacificado nesta Corte Superior, a interposição de recurso especial antes de julgados os embargos de declaração enseja a posterior reiteração ou ratificação, sob pena de não conhecimento. Assim, o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal aberto após a publicação dos embargos de declaração.

2. Nos termos do art. 538 do CPC, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes.

3. Ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do recurso especial, porquanto, com a intimação do julgamento dos embargos de declaração, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal.

4. Compete ao recorrente, no prazo recursal aberto após a publicação dos embargos de declaração, ratificar o recurso especial interposto prematuramente a fim de viabilizar a via eleita.

5. Tem-se por intempestivo, se não houver ratificação posterior, o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Tal posicionamento independe se no julgamento dos aclaratórios ocorreu, ou não, efeitos infringentes, visto que a nova decisão torna-se parte integrante do acórdão recorrido, formando um todo indissociável ao qual se denomina decisão de última instância.

6. No tocante ao mérito do recurso especial da União, o pedido do recurso especial implica em apreciar o alcance da coisa julgada, o que envolve análise do conjunto fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula n. 7-STJ, que dispõe, *verbis*: a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

7. Recurso especial das autoras não conhecido. Recurso especial da União ao qual se nega o provimento. (REsp n. 939.436-SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ-MG), DJ 7.2.2008, sem grifo no original)

Processual Civil. Recurso especial interposto em momento anterior ao julgamento de embargos de declaração. Ratificação inexistente. Intempestividade.

1. *Necessária a ratificação do reclamo especial aviado em momento anterior ao julgamento dos embargos de declaração, mesmo quando opostos pela parte contrária, sob pena de intempestividade.*

Precedente: REsp n. 776.625-SC, Corte Especial, Relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado em 6.8.2007.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 933.062-MG, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 21.11.2007, sem grifo no original)

Processual Civil. Interposição prematura do recurso especial. Falta de ratificação. Não esgotamento da instância ordinária. Configuração da extemporaneidade.

1. "É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal" (REsp n. 776.265-SC, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJ 6.8.2007).

2. Hipótese em que o Recurso Especial, oferecido extemporaneamente, não foi ratificado.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag n. 851.758-MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 19.10.2007)

In casu, o acórdão recorrido foi publicado em 19.1.2007 (fls. 234) e o contribuinte já havia protocolizado seu recurso especial em 9.1.2007 (fls. 247); entretanto, a Fazenda Pública opôs embargos de declaração àquele julgado (fls. 340-343), cujo acórdão só seria publicado em 21.3.2007 (fls. 343), sem que o contribuinte reiterasse seu recurso, incorrendo, por isso, em extemporaneidade.

Portanto, não observou o recorrente o prazo adequado para a interposição do recurso especial, diante da nova redação dada ao art. 530 com base na Lei n. 10.352/2001. Daí, porque, não pode o recurso ser conhecido.

Po outro lado, merece seguimento o recurso da *Fazenda Pública*.

Insurge-se contra a aplicação de correção monetária à taxa Selic sobre crédito prêmio de IPI - exportação, concedido para abatimento de valores pagos a título de PIS e Cofins.

De fato, o benefício do crédito prêmio, reconhecido ao contribuinte pelo Tribunal *a quo*, tem idêntico comportamento ao crédito escritural, representando, mesmo, aquele espécie deste. O crédito escritural representa uma técnica contábil, com o escopo de preservar o princípio constitucional da não-cumulatividade, por meio do qual os créditos adquiridos com os insumos utilizados na produção, no caso industrial, poderão ser “compensados” com os tributos devidos na saída dos produtos. No mesmo sentido, o crédito prêmio do IPI - exportação, para abatimento de valores pagos a título de PIS e Cofins, busca a realização da desoneração da atividade exportadora, constitucionalmente prevista, representando, por isso, a escrituração de créditos decorrentes da compra de matérias-primas para a elaboração de produtos destinados à exportação.

O benefício dos crédito presumido do IPI restou assim disposto no art. 1º da Lei n. 9.363/1996:

Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais *fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como ressarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares n. 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e 70, de 30 de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.*

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

In casu, o crédito presumido, decorrente da aquisição de insumos de pessoas físicas e cooperativas para a produção de bens destinados à exportação, que o Tribunal *a quo* reconheceu ao contribuinte, consubstancia-se em benefício fiscal para desonerar a atividade exportadora brasileira, não tratando de indébito tributário, logo, representando crédito escritural a ser apropriado pelo beneficiado. Por isso, deve ser aplicado o mesmo raciocínio da correção monetária dos créditos de IPI ao crédito presumido do IPI - exportação.

Sobre a correção monetária dos créditos de IPI, deve-se verificar que a Carta Magna, em seu artigo 153, § 3º, II, e nos artigos 49 do CTN e 81 do Decreto n. 87.981/1982 (RIPI/1982) estabelecem que o IPI é imposto não-cumulativo, devendo ser compensado o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, dispondo a lei de forma tal que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados, transferindo-se o saldo para o período corrente ou períodos seguintes.

Assim, considerando a natureza contábil ou escritural do chamado “crédito” do IPI, concluiu-se pela impossibilidade de corrigi-lo monetariamente, porquanto a operação meramente escritural, não tem expressão ontologicamente monetária, razão pela qual não se pode pretender aplicar o instituto da correção ao seu creditamento.

A técnica do creditamento escritural, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade, é expressa através de uma equação matemática, de modo que, devem ficar estanques quaisquer fatores econômicos ou financeiros, registrados por seu valor nominal.

Nesse sentido, o julgado deste E. STJ, da lavra do Ministro *Garcia Vieira*, no REsp n. 212.899-RS, julg. 5.10.1999, DJ em 7.2.2000:

Tributário. IPI. Créditos escriturais. Correção monetária. Não incidência.

O IPI será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (CF, artigo 153, parágrafo 3º, inciso II), dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados, transferindo-se o saldo verificado para o período ou períodos seguintes (CTN, artigo 49).

O Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente decidindo que a correção monetária não incide sobre os créditos escriturais.

Recurso improvido.

Por oportuno, destaque-se, ainda, trecho do voto condutor, proferido em caso análogo, pelo Ministro *Garcia Vieira no REsp n. 212.899-RS*:

(...) Estipulam as leis relativas ao IPI, constitucional e infraconstitucional, tão somente a compensação do que é devido a título daquele imposto com os valores

que foram anteriormente cobrados, ou seja, efetivamente pagos. Na hipótese de esses valores efetivamente pagos, em fase anterior, revelarem-se superiores ao devido quando da compensação, será o saldo verificado devidamente aproveitado igualmente como crédito do contribuinte, em períodos subsequentes. Entretanto, não há, em nenhum daqueles dispositivos, qualquer previsão ou autorização para que os saldos, transferíveis para compensação em períodos posteriores, sejam corrigidos monetariamente, exatamente o que pretende a autora seja autorizado, imprópria e equivocadamente, nesta via judicial.

Ora, não havendo previsão, falece ao aplicador da lei autorizar, ou mesmo aceitar, sejam os saldos de créditos relativos ao IPI corrigidos monetariamente. Se assim fizesse, estaria a oficiar acima e além dos ditâmes legais que norteiam sua função pública.

Ademais, a matéria, também, já foi enfrentada pelo STF, no RE n. 223.521-RS, da lavra do e. Ministro *Maurício Correa*, embora o acórdão refira-se à ICMS, ele se aplica à hipótese vertente, porque o mesmo ocorre com os créditos do IPI que também são meramente contábeis, *in verbis*:

1. Crédito de ICMS. Natureza meramente contábil. Operação escritural, razão porque não pode pretender a aplicação do instituto da atualização monetária.

2. A correção monetária do crédito do ICMS, por não estar prevista na legislação gaúcha - Lei n. 78.820/1989, não pode ser deferida pelo Judiciário sob pena de substituir-se o legislador estadual em matéria de sua estrita competência.

3. A alegação de ofensa ao princípio da isonomia e da não-cumulatividade. Improcedência. Se a legislação estadual só previa a correção monetária dos débitos tributários e vedava a atualização dos créditos, não há como falar-se em tratamento desigual a situação equivalentes.

3.1. *A correção monetária incide sobre o crédito tributário devidamente constituído, ou quando recolhido em atraso. Diferencia-se do crédito escritural, técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade.*

É oportuno mencionar que a jurisprudência do STJ só admite a correção monetária do crédito escritural do IPI quando incide óbice normativo ao aproveitamento dos créditos decorrentes aquisição de insumos isentos, não tributados ou tributados à alíquota zero, que impede o creditamento pretendido, atentando contra o princípio constitucional da não-cumulatividade. Nessa linha, confira-se os seguintes precedentes da 1ª Seção do STJ:

Tributário. IPI. Materiais utilizados na fabricação de produto isento, não tributado ou sujeito à alíquota zero. Créditos escriturais. Correção monetária. Incidência. Aproveitamento dos créditos na época própria impedido pelo Fisco.

1. A jurisprudência do STJ e do STF é no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI, relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos empregados na fabricação de produto isento ou beneficiado com alíquota zero. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em virtude de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco. É forma de se evitar o enriquecimento sem causa e de dar integral cumprimento ao princípio da não-cumulatividade. Precedentes do STJ e do STF. Precedentes: EREsp n. 430.498-RS, 1ª Seção, Min. Humberto Martins, DJ de 7.4.2008, EREsp n. 465.538-RS, 1ª Seção, Min. Herman Benjamin, DJ de 1º.10.2007 e EREsp n. 530.182-RS, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12.9.2005.

2. Embargos de divergência a que se dá provimento. (EREsp n. 605.921-RS, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 24.11.2008).

Tributário. Creditamento escritural de IPI. Isenção e alíquota zero. Resistência injustificada oposta pelo Fisco. Correção monetária. Possibilidade.

A jurisprudência do STJ e do STF é no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI, relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos empregados na fabricação de produto isento. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em virtude de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco.

Embargos de divergência providos. (EREsp n. 430.498-RS, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU 7.4.2008)

Embargos de divergência. IPI. Aquisição de matéria-prima isenta, não-tributada ou sujeita à alíquota zero. Correção monetária. Incidência. Demora injustificada do Fisco. Embargos providos.

1. A jurisprudência do STJ e do STF é no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos isentos ou beneficiados com alíquota zero.

2. A jurisprudência do STJ e do STF é no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI, relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos isentos ou beneficiados com alíquota zero. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento pelo contribuinte sofre demora em virtude de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco. É forma de se evitar o enriquecimento sem causa e de dar integral cumprimento ao princípio da não-cumulatividade. Precedentes do STJ e do STF (EREsp n. 530.182-RS, *Ministro Teori Albino Zavascki*, Primeira Seção, DJ 12.9.2005).

3. Embargos de divergência providos. (EREsp n. 613.977-RS, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, DJU 5.12.2005)

Agravo regimental da Fazenda Nacional. Tributário. IPI. Creditamento. Correção monetária. Não-incidência. Ausência de resistência injustificada do Fisco.

1. A jurisprudência do STJ e a do STF estão no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI, relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos empregados na fabricação de produto isento. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em face de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco.

2. Da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal a quo determinou a incidência de correção monetária sobre os créditos de IPI ao argumento de que seria ela devida sob pena de prejuízo de uma parte e favorecimento a outra parte, gerando o injusto desequilíbrio econômico, nada mencionando acerca de resistência injustificada do fisco. Agravo regimental da Fazenda Nacional provido, para determinar a exclusão da correção monetária. (...) (AgRg no REsp n. 976.830-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJU 2.12.2008).

Tributário. Créditos escriturais de IPI. Atualização monetária. Impossibilidade. Ausência de demora do Fisco em liberar tais créditos.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que, em se tratando de créditos escriturais de IPI, só há autorização para atualização monetária de seus valores quando há demora injustificada do Fisco para liberar o pedido de ressarcimento.

(...)

3. Recurso especial não-provido. (REsp n. 985.327-SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU 17.3.2008)

Ex positis, não conheço do recurso especial do contribuinte e conheço e dou provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

É como voto.