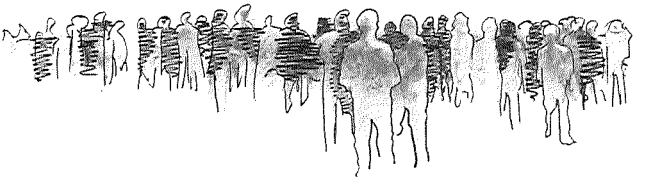
Revista do Superior Tribunal de Justiça



PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista do Superior Tribunal de Justiça

Volume 192
Ano 17
Agosto de 2005

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Ministro-Diretor da Revista

Diretor	Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Assessora do Ministro	Teresa Cristina Cesar Osório Ribeiro
Chefe de Gabinete	Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha
Assessores Judiciários	Maria Angélica Neves Sant'Ana
	Nely van Boekel
Oficiais de Gabinete	Francisco das Chagas Caetano Filho
	Maria do Socorro Medeiros
	Rossele Silveira Curado
Assistentes	Carlos Cardoso de Oliveira
	Gerson Prado Silva
	Hekelson Bitencourt Viana da Costa
	Jéter Rodrigues
	Max Günther Feitosa Albuquerque Alvim
	Sebastiana Alves de Oliveira
	Silon Carvalho Souza
Estagiários	Andrea Dias de Castro Costa
	Débora da Silva Antunes
	Fabio José Dias Chaves
	Ruth Nadja de Oliveira Rodrigues

Superior Tribunal de Justiça
www.stj.gov.br
Gabinete do Ministro Diretor da Revista
Setor de Administração Federal Sul
Quadra 6 - Lote 1 - Bloco D - 1º Andar - Sala 124D
Brasília - DF - 70095-900
Telefone (0xx61) 319-6789
Fax (0xx61) 365-3977 – 365-2407 - e-mail:
revista@stj.gov.br

Publicação e Distribuição:
Editora Brasília Jurídica Ltda.
www.brasiliajuridica.com.br
e-mail: bsbjur@brasiliajuridica.com.br
SDS, Bl. «O», Lojas 9, 13 e 17
Ed. Venâncio VI, 1º subsolo
70393-900 – Brasília-DF
Telefone: (0xx61) 224-4607 - SAC: 0800-612020

Capa:
William F. Bronkowski
Crédito:
Painel-mural de **Vallandro Keating** situado no Salão de Recepções do Superior Tribunal de Justiça "O Homem é medida de todas as coisas", reprodução parcial

Diagramação:
Adenilton Cabral
Daniel Sampaio

Revista do Superior Tribunal de Justiça – n. **1**
- Brasília: STJ, 1989
Mensal
ISSN 0103-4286
1. Direito - Periódico - Brasil. 2. Jurisprudência - Periódico - Brasil. 3. Brasil.
Superior Tribunal de Justiça
CDU 340.142(81)(05)

Revista do Superior Tribunal de Justiça

Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PLENÁRIO

Presidente	Ministro Edson Carvalho Vidigal
Vice-Presidente	Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Corregedor do Conselho Nacional de Justiça	Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
	Ministro Nilson Vital Naves
Diretor da Revista	Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
	Ministro Francisco Peçanha Martins
	Ministro Humberto Gomes de Barros
	Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
	Ministro Ari Pargendler
	Ministro José Augusto Delgado
Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro José Arnaldo da Fonseca
	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
	Ministro Felix Fischer
	Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
	Ministro Gilson Langaro Dipp
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
	Ministra Eliana Calmon Alves
	Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
	Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
	Ministro Domingos Franciulli Netto
	Ministra Fátima Nancy Andrighi
	Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
	Ministra Laurita Hilário Vaz
	Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
	Ministro Luiz Fux
	Ministro João Otávio de Noronha
	Ministro Teori Albino Zavascki
	Ministro José de Castro Meira
	Ministra Denise Martins Arruda
	Ministro Hélio Quaglia Barbosa
	Ministro Arnaldo Esteves de Lima

Resolução n. 19-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º e 23.

CORTE ESPECIAL

(Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês)

Presidente	Ministro Edson Vidigal
Vice-Presidente	Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Corregedor do Conselho Nacional de Justiça	Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Diretor da Revista	Ministro Nilson Naves
	Ministro Barros Monteiro
	Ministro Francisco Peçanha Martins
	Ministro Humberto Gomes de Barros
	Ministro Cesar Asfor Rocha
	Ministro Ari Pargendler
	Ministro José Delgado
Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro José Arnaldo da Fonseca
	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
	Ministro Felix Fischer
	Ministro Gilson Dipp
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Paulo Gallotti
	Ministro Francisco Falcão
	Ministro Franciulli Netto
	Ministra Laurita Vaz
	Ministro Luiz Fux

PRIMEIRA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Presidente	Ministro Francisco Falcão

PRIMEIRA TURMA

(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidente	Ministro Luiz Fux
	Ministro José Delgado
	Ministro Francisco Falcão
	Ministro Teori Albino Zavascki
	Ministra Denise Arruda

SEGUNDA TURMA

(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidente	Ministro João Otávio de Noronha
	Ministro Francisco Peçanha Martins
	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Franciulli Netto
	Ministro Castro Meira

SEGUNDA SEÇÃO
(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Presidente — Ministro Aldir Passarinho Junior

TERCEIRA TURMA
(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidenta — Ministra Nancy Andrighi
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Ari Pargendler
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Castro Filho

QUARTA TURMA
(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidente — Ministro Fernando Gonçalves
Diretor da Revista — Ministro Barros Monteiro
Ministro Cesar Asfor Rocha
Ministro Aldir Passarinho Junior
Ministro Jorge Scartezzini

TERCEIRA SEÇÃO
(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Presidente — Ministro Gilson Dipp

QUINTA TURMA
(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidenta — Ministra Laurita Vaz
Ministro Felix Fischer
Ministro Gilson Dipp
Ministro Arnaldo Esteves Lima

SEXTA TURMA
(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidente — Ministro Paulo Gallotti
Ministro Nilson Naves
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Paulo Medina
Ministro Hélio Quaglia Barbosa

COMISSÕES PERMANENTES
COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Presidente — Ministro Humberto Gomes de Barros
Coordenador-Geral da Justiça Federal — Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Felix Fischer
Suplente — Ministro Gilson Dipp

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Presidente	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Franciulli Netto
	Ministra Laurita Vaz
Suplente	Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Presidente	Ministro Cesar Asfor Rocha
	Ministro José Delgado
	Ministro Paulo Gallotti
Suplente	Ministro Aldir Passarinho Junior

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente	Ministro Nilson Naves
Diretor da Revista	Ministro Barros Monteiro
	Ministro Ari Pargendler
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Francisco Falcão

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Corregedor-Geral	Ministro Humberto Gomes de Barros
Efetivo	Ministro Cesar Asfor Rocha
1º Substituto	Ministro José Delgado
2º Substituto	Ministro Ari Pargendler

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

(Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Presidente	Ministro Edson Vidigal
Vice-Presidente	Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

MEMBROS EFETIVOS

Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro José Arnaldo da Fonseca
	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Felix Fischer
TRF 1ª Região	Juiz Aloísio Palmeira Lima
TRF 2ª Região	Juiz Frederico José Leite Gueiros
TRF 3ª Região	Juíza Diva Malerbi
TRF 4ª Região	Juiz Nylson Paim de Abreu
TRF 5ª Região	Juiz Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

MEMBROS SUPLENTES

	Ministro Aldir Passarinho Junior
	Ministro Gilson Dipp
	Ministro Hamilton Carvalhido
TRF 1ª Região	Juiz Mário César Ribeiro
TRF 2ª Região	Juiz José Eduardo Carreira Alvim
TRF 3ª Região	Juiz Paulo Otávio Baptista
TRF 4ª Região	Juíza Maria Lúcia Luz Leiria
TRF 5ª Região	Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima

FUNDAÇÃO VANZOLINI

CERTIFICADO DE SISTEMA DA QUALIDADE

A FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI

certifica que o

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Elaboração das Publicações Oficiais do Superior Tribunal de Justiça

SAFS Quadra 06 Lote 01, Trecho III, Bloco F, 1º andar, Asa Sul – Brasília – DF – Brasil

implementou e mantém um

Sistema da Qualidade

Através de auditoria da Fundação Vanzolini foi comprovado que esse Sistema da Qualidade cumpre os requisitos da norma :

NBR ISO 9001: 2000

Sistemas de Gestão da Qualidade - Requisitos

Este certificado é válido até : 05 de novembro de 2006

Número do Certificado : SQ-4169

São Paulo, 10 de janeiro de 2005

IQNet
THE INTERNATIONAL CERTIFICATION NETWORK

PROC – SQ – M00906

FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI
Av. Prof. Almeida Prado, 531 - 1º andar
Cidade Universitária - São Paulo - SP - Brasil
OCS - 0001

INMETRO

PAPEL 100% NATURAL, 20% RECICLADO

FUNDAÇÃO VANZOLINI

QUALITY SYSTEM CERTIFICATE

FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI

hereby certifies that the

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Preparation of official publications of the Superior Court of Justice

SAFS Quadra 06 Lote 01, Trecho III, Bloco F, 1º andar, Asa Sul – Brasília – DF – Brazil

has implemented and now maintains a

Quality System

A quality audit performed by Fundação Vanzolini has verified that this Quality System fulfills the requirements of the following standard :

NBR ISO 9001: 2000

Quality Management Systems - Requirements

This certificate is valid until : November 06th 2006

Certification Registration Nº : SQ-4169

São Paulo, January 10th 2005

IQNet
THE INTERNATIONAL CERTIFICATION NETWORK

FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI
Av. Prof. Almeida Prado, 531 - 1º andar
Cidade Universitária - São Paulo - SP - Brasil
OCS - 0001

INMETRO

PROC – SQ – M00906

PAPEL 100% NATURAL, 20% RECICLADO

FUNDAÇÃO VANZOLINI

CERTIFICADO DE SISTEMA DE LA CALIDAD

LA FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI

certifica que el

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Elaboración de las publicaciones oficiales del Superior Tribunal de Justicia

SAFS Quadra 06 Lote 01, Trecho III, Bloco F, 1º andar, Asa Sul – Brasília – DF – Brasil

implementó y mantiene un

Sistema de la Calidad

A través de una auditoría de la Fundação Vanzolini fue comprobado que ese Sistema de la Calidad cumple los requisitos de la siguiente norma :

NBR ISO 9001: 2000

Sistemas de Gestión de la Calidad - Requisitos

Este certificado tiene validez hasta : 06 de noviembre de 2006

Número del Certificado : SQ-4169

São Paulo, 10 de enero de 2005

IQNet
THE INTERNATIONAL CERTIFICATION NETWORK

FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI
Av. Prof. Almeida Prado, 531 - 1º andar
Cidade Universitária - São Paulo - SP - Brasil
OCS - 0001

INMETRO

PROC – SQ – M00906

PAPEL 100% NATURAL, 20% RECICLADO

THE INTERNATIONAL CERTIFICATION NETWORK

CERTIFICATE

IQNet and FCAV

hereby certify that the organization

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SAFS Quadra 06 Lote 01, Trecho III, Bloco F, 1° andar, Asa Sul
Brasília – DF – Brazil

For the following field of activities

Preparation of official publications of the Superior Court of Justice

has implemented and maintains a

Quality Management System

which fulfills the requirements of the following standard:

ISO 9001: 2000

Issued on: **2005-01-10**
Validity date: **2006-11-06**
Registration Number: **BR-SQ-4169**

Dr. Fabio Roversi
Presidente of IQNet

José Joaquim do Amaral Ferreira
Certification Director - FCAV

Fundação Vanzolini
PROC – SQ – M00906

IQNet Partners*:
AENOR *Spain* AFAQ *France* AIB-Vinçotte International *Belgium* ANCE *Mexico* APCER *Portugal* CISQ *Italy* CQC *China* CQM *China* CQS *Czech Republic* DQS *Germany* DS *Denmark* ELOT *Greece* FCAV *Brazil* FONDONORMA *Venezuela* HKQAA *Hong Kong* ICONTEC *Colombia* IMNC *Mexico* IRAM *Argentina* JQA *Japan* KEMA *Netherlands* KFQ *Korea* MSZT *Hungary* Nemko Certification *Norway* NSAI *Ireland* ÖQS *Austria* PCBC *Poland* PSB Certification *Singapore* QMI *Canada* RR *Russia* SAI Global *Australia* SFS *Finland* SII *Israel* SIQ *Slovenia* SQS *Switzerland* SRAC *Romania* TEST St Petersburg *Russia*

IQNet is represented in the USA by the following partners: AFAQ, AIB-Vinçotte International, CISQ, DQS, KEMA, NSAI, QMI and SAI Global
* The list of IQNet partners is valid at the time of issue of this certificate. Updated information is available under www.iqnet-certification.com

SUMÁRIO

I — Jurisprudência

Corte Especial 19
Primeira Seção 105
Primeira Turma 113
Segunda Turma 229
Segunda Seção 305
Terceira Turma 321
Quarta Turma 401
Terceira Seção 469
Quinta Turma 483
Sexta Turma 593

II — Índice Analítico 683

III — Índice Sistemático 727

IV — Siglas e Abreviaturas 733

V — Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça 743

Jurisprudência da Corte Especial

AÇÃO PENAL N. 246 — ES (2003/0109200-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Autor: Ministério Público Federal
Réu: José Ricardo de Siqueira Regueira
Advogados: Nelio Roberto Seidl Machado e outros
Réu: Antônio Ivan Athié
Advogados: Tecio Lins e Silva e outros
Réu: Beline José Salles Ramos
Advogados: Pedro Paulo Castelo Branco Coêlho e outros
Réu: Felipe Osório dos Santos
Advogada: Flávia Lopes de Morais
Réus: Marcelo Araújo Sívila e Paulo Castro Cabral de Macedo
Advogado: Domingos Salis de Araújo
Réu: Paulo Roberto Scalzer
Advogado: Ronildo Lopes do Nascimento
Ré: Scheyla Marcris Foeger Roman

EMENTA

Ação penal originária. Recebimento da denúncia. Falsidade ideológica. Interposição de recursos. Inserção de números originários trocados. Distribuição. Burla. Estabelecimento. Prevenção. Legitimidade. Designação. Subprocurador-Geral da República. Plausibilidade da acusação. Denunciados. Desembargadores federais. Exercício das funções. Afastamento. Necessidade.

I - Inexiste contrariedade ao princípio do promotor natural, porquanto não demonstrado que a designação de outro Subprocurador-Geral da República, pelo Procurador-Geral, tenha sido feita em detrimento da independência funcional do órgão ministerial que até então atuara nas investigações criminais.

II - Até pronunciamento da Corte Suprema em contrário, o art. 48, inciso II, da Lei Complementar n. 75/1993, é dotado de presunção de constitucionalidade, razão pela qual descabe falar em ilegalidade na designação do Subprocurador-Geral da República.

III - Os fatos narrados na denúncia, a saber, a inserção de números trocados dos processos originários nos recursos de agravo de instrumen-

to, em princípio, se amoldam à conduta inscrita no tipo acima mencionado, na modalidade *fazer declaração diversa da quer devia ser descrita*.

IV - Demonstração, também, do intuito de criar obrigação ou alterar a verdade de fato juridicamente relevante, que seria a criação de uma situação de prevenção de determinado Relator (criar obrigação) ou mascarar a sua existência (alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante).

V - A potencialidade da conduta também está presente e consiste na possibilidade de obtenção de decisões judiciais, mediante a manipulação da distribuição dos recursos, o que acarreta lesão ao direito de defesa da parte adversa.

VI - Delito de perigo, sendo desnecessário o efetivo prejuízo, bastando a possibilidade de sua ocorrência.

VII - A parte da petição recursal que informa os dados do processo de origem constitui documento nos termos do art. 299 do Código Penal, uma vez que, inicialmente, prova perante o Tribunal **ad quem** a existência de uma relação processual.

VIII - A presença do dolo está indiciariamente demonstrada, de molde a autorizar a admissão da acusação. Da mesma forma, a co-autoria em sentido amplo está concebível em termos de juízo de admissibilidade da demanda.

IX - A denúncia descreve que os desembargadores federais teriam ciência do conluio, tendo ainda, contribuído e participado para a sua efetivação e ocultação, mediante a aceitação da prevenção e, também, pela ordem de arquivamento dos inúmeros agravos interpostos visando à fraude. Exordial acusatória lastreada em suporte probatório, a saber, o relatório da Corregedoria que apontou diversas irregularidades no processamento da ação.

X - A continuidade delitiva será melhor verificada após a instrução criminal, quando reunido todo o material cognitivo.

XI - Tendo em vista a gravidade da imputação, realizada no exercício da função judicante, acrescida do fato de que ainda continua a correr inquérito em relação a outros crimes supostamente cometidos em conexão, no qual houve inclusive quebra de sigilos bancário, telefônico e fiscal, em decisão confirmada por esta Corte Especial, impõe-se o afastamento preventivo dos magistrados, nos termos do art. 29 da Loman, sem prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens.

Denúncia recebida

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, em questão de ordem, por unanimidade, indeferir os pedidos de adiamento formulados pelos Drs. Domingos Salis de Araújo e Scheila Marcris Foeger Roman. A Corte Especial, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha, recebeu a denúncia, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Também por maioria, vencidos os Srs. Ministros Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros, a Corte Especial determinou o afastamento do cargo dos indiciados José Ricardo de Siqueira Regueira e Antônio Ivan Athié. Na questão de ordem os Srs. Ministros Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com o Sr. Ministro-Relator. Quanto ao recebimento da denúncia, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com o Sr. Ministro-Relator. Quanto ao afastamento dos indiciados magistrados do cargo, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Sustentaram oralmente, a Drª. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Subprocuradora-Geral da República, e os Drs. Nélio Roberto Seidl Machado, pelo 1º indiciado, Marcelo Araújo Sívila, em causa própria, Beline José Sales Ramos, em causa própria e pelos indiciados Felipe Osório dos Santos, Paulo Roberto Scalzer e Scheyla Marcris Foeger Roman, e Técio Lins e Silva, pelo 2º indiciado.

Brasília (DF), 16 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Edson Vidigal, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 13.09.2004

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Felix Fischer: Sr. Presidente, foram protocolados, na data de hoje, 16 de junho de 2004, no Tribunal, dois pedidos, um da Drª. Sheyla Marcris Foeger Roman, advogando em causa própria, requerendo adiamento da audiência, tendo em vista que foram juntados documentos novos, um cd-rom, do qual não obteve vista, e o segundo do Dr. Paulo Castro Cabral de Macedo, em razão de substabelecimento do dia 15 de junho, ontem, portanto.

Examinando o pedido referente ao documento novo, constatei que se trata de ofício de um dos acusados, dirigido ao Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, juntado aos autos sem despacho. Parece-me que é uma espécie de relatório, que não está transcrito — um cd-rom —, acerca da defesa de um deles, já apresentada antes, fazendo apenas referência a memoriais, isto pelo que está dito no ofício. O outro, repito, é simples substabelecimento.

Como se trata de matéria referente a esta ação penal, cuja denúncia será apreciada pela Corte, estou submetendo ao Colegiado, mas, pessoalmente, entendendo que não se trata de caso de deferimento, porque os pedidos foram protocolados hoje e o feito já estava pautado.

VOTO
(PRIMEIRA QUESTÃO DE ORDEM)

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, voto pelo dobro do tempo, quinze mais quinze minutos, para a acusação fazer sua sustentação oral.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, **data venia**, voto pela concessão de quinze minutos para a acusação fazer sua sustentação oral.

PRIMEIRA QUESTÃO DE ORDEM
VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, **data venia**, voto pelo tempo de quinze minutos para a acusação fazer sua sustentação oral.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, **data venia**, voto pelo tempo de quinze minutos para a acusação fazer sua sustentação oral.

VOTO
(SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM)

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, uma vez que dobramos o prazo da acusação, penso que, para a defesa, há de ser mantida a decisão tomada na já referida questão de ordem, isto é, a de concessão de quinze minutos a cada defensor.

SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM
VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, acompanhando o voto do Sr. Ministro Nilson Naves, há de ser mantida a decisão tomada na questão de ordem, concedendo quinze minutos de prazo para a sustentação oral de cada defensor.

SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM
VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, voto pelo dobro do prazo para a sustentação oral dos defensores; até amplio aquele prazo da questão de ordem.

SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM
VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, concedendo o dobro do prazo para a sustentação oral dos defensores.

SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM
VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanhando o voto do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, uma vez que foi concedido o dobro do prazo para a sustentação oral do Ministério Público, também concedo o dobro para cada defensor.

SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM
(VOTO VENCIDO)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, acompanhando o voto do Sr. Francisco Peçanha Martins, uma vez que foi concedido o dobro do prazo para a sustentação oral do Ministério Público, também concedo o dobro para cada defensor.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O Ministério Público Federal, em peça subscrita pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. José Roberto de Figueiredo Santoro, denunciou José Roberto de Siqueira Regueira, Antônio Ivan Athié, Beline José Salles Ramos, Felipe Osório dos Santos, Marcelo Araújo Sívila, Paulo Castro Cabral de Macedo, Paulo Roberto Scalzer e Scheyla Marcris Foeger, sendo os dois primeiros magistrados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e os demais advogados, como incursos na conduta capitulada no art. 299 do Código Penal, praticada 16 (dezesseis) vezes, em concurso material, na forma do art. 69 c.c. 29 do referido estatuto punitivo.

A peça acusatória traz a seguinte narrativa, **litteris**:

"01. *O primeiro e o segundo denunciados* são Juízes Federais do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e, com o nítido propósito de favorecer os demais denunciados, todos advogados, em feitos que tramitaram na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo e no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, praticaram uma série de atos processuais contra expressa disposição de lei.

02. À época dos fatos a seguir narrados, o *primeiro denunciado* exercia as funções de Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, enquanto o *segundo denunciado* era o Juiz Federal titular da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, sediada em Vitória.

03. Os documentos que instruem a presente denúncia permitem concluir, a partir da análise das Ações Ordinárias ns. 99.000.3061-3 e 98.0007330-2, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, a prática de vários crimes contra a Fé Pública pelos ora denunciados, em evidente comunhão de desígnios e propósitos.

04. A trama consistiu em associarem-se os denunciados em um esquema de favorecimento a empresas sediadas no Espírito Santo, em prejuízo do Tesouro Nacional, valendo-se de ações judiciais temerárias, expedientes fraudulentos, visando a distribuição viciada de recursos, além da ocultação de documentos, nos termos adiante detalhados.

05. Em 14.05.1999, a empresa Viação Joana D'Arc, patrocinada pelo *quarto denunciado*, propôs ação ordinária em face da União Federal e do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, instruída com Apólice da Dívida Pública emitida com base no Decreto n. 8.154, de 18 de agosto de 1910, em que pretendia a declaração do vencimento antecipado de apólices da dívida

pública, bem como a condenação da União Federal ao seu resgate com juros pactuados e moratórios, mediante pagamento por precatório ou compensação, ou como moeda de privatização, ou ainda, a utilização das apólices como garantia de dívidas contra a União Federal e o INSS.

06. Na peça exordial consta, ainda, pedido de antecipação de tutela formulado pelo *quarto denunciado*, a fim de que fosse autorizada, desde logo, a utilização dos referidos créditos, atualizados na forma de parecer de professores da Fundação Getúlio Vargas, anexo à inicial, para compensação com tributos federais e/ou pagamento da aquisição de ações estatais federais em leilões de privatização.

07. A aludida ação ordinária — proposta singularmente pela empresa Viação Joana D'Arc, foi então distribuída para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, sob o n. 99.0003061-3, titularizada à época pelo Juiz Federal Antônio Ivan Athié, o *segundo denunciado*.

08. O pedido contido na inicial acima mencionada foi modificado e substancialmente ampliado quando do ingresso, deferido pelo *segundo denunciado*, de 41 (quarenta e um) litisconsortes ativos. Estes eram patrocinados, quando do ingresso, também pelo *quarto denunciado*, tendo, mais tarde, outorgado procuração para o *terceiro denunciado*, advogado Belline José Salles Ramos. O pedido dos litisconsortes incluía a tutela antecipada para declarar o vencimento antecipado das apólices e a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 263/1967 e 396/1968, permitindo-se a utilização de índices expurgados para fins de atualização dos seus valores. Do novo pedido, constava ainda requerimento de compensação com créditos tributários, utilização dos títulos como moeda de privatização, utilização das apólices como garantia de dívidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas federais e de economia mista, recebimento em moeda corrente, transferência para terceiros e ainda a atualização mensal dos valores pela Selic, mais juros.

09. No dia 31.05.1999, entre 15h4min e 15h52min, os denunciados Belline José Salles Ramos, Felipe Osório dos Santos, Marcelo Araújo Sívila e Paulo Castro Cabral de Macedo, respectivamente *terceiro, quarto, quinto* e *sexto denunciados*, representando a empresa Viação Joana D'Arc e outros litisconsortes, individualmente, distribuíram 07 (sete) recursos de agravo de instrumento, *todos* instruídos apenas com cópia da procuração/substabelecimento e contrato social da empresa agravante, antes mesmo que o Juiz da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, o *segundo denunciado*, apreciasse o pedido de tutela antecipada, embora curiosamente visassem a conces-

são da tutela antecipada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em substituição ao Juízo monocrático, nos termos do pedido constante do aditamento.

10. De fato, tal procedimento — *a interposição dos recursos de agravo de instrumento antes mesmo da decisão a ser proferida* —, não passava de artifício engendrado e executado a fim de dirigir a distribuição dos recursos e, assim, firmar-se a prevenção do *primeiro denunciado* para recursos posteriores, tudo com o objetivo de assegurar o sucesso de toda a empreitada criminosa.

11. Os 07 (sete) recursos foram autuados sob os números *99.02.22245-5, 99.02.22256-0, 99.02.22257-9, 99.02.22271-4, 99.02.22272-2, 99.02.22275-7 e 99.02.22284-6*, e distribuídos a 06 (seis) Relatores distintos. Imperioso destacar que nas petições de interposição dos sete recursos, os advogados denunciados cuidaram de apontar números de ação originária propositadamente diversos dos autos da AO n. 99.0003061-3, ao qual se referiam, embora no corpo de todas as razões dos recursos estivesse expresso que se impugnava decisão do juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, havida naqueles autos.

12. No Agravo de Instrumento n. 99.02.22245-5, autuado em 31.05.1999, o *quarto denunciado*, em nome da empresa Viação Joana D'Arc, expressamente indicou o feito de n. *99.0002547-4*, pertencente à 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo como originário. O recurso foi então distribuído para a colenda Terceira Turma, sob a relatoria da Juíza Federal Tânia Heine. No dia 02.06.1999, ou seja, dois dias após a interposição, o *quarto denunciado* requereu a desistência do recurso, o que restou homologado em 11.06.1999. Transitada em julgado a decisão aludida, foram os autos encaminhados para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo e juntados aos autos da *AO n. 99.0003061-3*, em 28.10.1999.

13. O Agravo de Instrumento n. 99.02.22256-0, interposto por Agrobarra Agropecuária Barra Nova Ltda, foi autuado em 31.05.1999 e distribuído para a colenda Quarta Turma, relatoria do Juiz Federal Valmir Peçanha. Na peça de interposição do recurso, o *quinto denunciado*, na qualidade de advogado da empresa agravante, indicou como processo originário a AO n. *99.0002552-0*, da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, muito embora versasse sobre a AO n. 99.0003061-3, que tramitava na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, conforme já exposto. Em 02.06.1999, o *quinto denunciado* requereu ao Relator a desistência do recurso, devidamente homolo-

gada em 11.06.1999. Transitada em julgado a decisão aludida, foram os autos encaminhados para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo e *juntados aos autos da AO n. 99.0003061-3*, em 09.02.2000. Posteriormente foram desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*, às fls. 2.085/2.087 dos autos principais.

14. No Agravo de Instrumento n. 99.02.22257-9, interposto por Armazéns Gerais Colatina S/A, também autuado em 31.05.1999, o *sexto denunciado*, na qualidade de advogado da empresa agravante indicou como processo originário o Feito de n. *99.0002551-2*, que tramitava na 7ª Vara da Seção Judiciária do Espírito Santo. O recurso, instruído apenas com cópia da procuração/substabelecimento e estatuto social/Ata de Assembléia da empresa agravante, foi distribuído para a Juíza Federal Maria Helena Cisne, da colenda Terceira Turma. No dia 02.06.1999, o *quinto denunciado* ingressou com pedido de desistência do recurso, que restou homologado em 18.06.1999. Transitada em julgado a desistência aludida, foram os autos encaminhados para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo e juntados aos autos da *AO n. 99.0003061-3*, em 28.10.1999. Posteriormente foram desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*, às fls. 2.085/2.087 dos autos principais.

15. Da mesma forma, o Agravo de Iinstrumento n. 99.02.22271-4, autuado em 31.05.1999, foi interposto por Via Rio Transportes e Turismo Ltda pelo *sexto denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, indicou falsamente o Feito de n. *99.000.2550-4* da 7ª Vara da Seção Judiciária do Espírito Santo como originário. O recurso, instruído apenas com cópia da procuração/substabelecimento e estatuto social/Ata de Assembléia da empresa agravante, foi distribuído para o Juiz Federal Cruz Neto, da Segunda Turma. No dia 02.06.1999, o *quinto denunciado* ingressou com pedido de desistência do recurso, homologado em 17.06.1999. Transitada em julgado a decisão aludida, foram os autos encaminhados para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo e juntados aos autos da *AO n. 99.0003061-3*. Posteriormente foram desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*, às fls. 2.085/2.087 dos autos principais.

16. O Agravo de Instrumento n. 99.02.22272-2, autuado em 31.05.1999, foi interposto por Duploteck do Brasil Importação e Exportação Ltda, por meio do *terceiro denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, *indicou falsamente o Feito de n. 99.000.3062-1*, da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo como originário. O recurso, instruído ape-

nas com cópia da procuração/substabelecimento e contrato social, foi distribuído para o Juiz Federal Paulo Espírito Santo, da Segunda Turma. No dia 02.06.1999, o *terceiro denunciado* ingressa com pedido de desistência do recurso, que restou homologado em 24.11.2000. Transitada em julgado a decisão aludida, foram os autos encaminhados para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo e juntados aos autos da *AO n. 99.0003061-3*, em 03.04.2001. Posteriormente foram desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*, às fls. 2.085/2.087 dos autos principais.

17. O Agravo de Instrumento n. 99.02.22275-7, autuado em 31.05.1999, foi interposto por Franchi Representações Importação Exportação Ltda, por meio do *terceiro denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, *indicou falsamente o Feito de n. 99.000.3062-1* da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo como originário. O recurso instruído apenas com cópia da procuração e contrato social da empresa agravante, foi distribuído para o Juiz Federal Castro Aguiar, da Segunda Turma, que lhe negou seguimento. No dia 02.06.1999, o *terceiro denunciado* ingressa com pedido de desistência do recurso, que restou homologado pelo Relator. Retornando os autos para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, *foram juntados aos autos da AO n. 99.0003061-3* e posteriormente desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*.

18. O Agravo de Instrumento n. 99.02.22284-6, autuado em 31.05.1999, foi interposto por Indústria de Papel Espírito Santo — Ipessa, por meio do *terceiro denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, *indicou falsamente o Feito de n. 99.000.3064-8* como originário. O recurso instruído apenas com cópia da procuração e substabelecimento, foi distribuído para o Juiz Federal Valmir Peçanha, da Quarta Turma. No dia 02.06.1999, o *terceiro denunciado* ingressa com pedido de desistência do recurso, que restou homologado em 11.06.1999. Transitada em julgado a decisão aludida, foram os autos encaminhados para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo e juntados *aos autos da AO n. 99.0003061-3*, em 03.04.2001. Posteriormente foram desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*, às fls. 2.085/2.087 dos autos principais.

19. Do exposto, evidentes os seguintes pontos comuns: a) os sete agravos de instrumentos foram interpostos na mesma data, 31.05.1999, e instruídos tão-somente com procurações, contratos sociais e, em alguns casos, substabelecimento; b) após a distribuição automática, foi requerida a desistência dos recursos em petições protocoladas em 1º e 02 de junho de 1999; c) curiosa-

mente, após transitarem em julgado as decisões que homologaram as sucessivas desistências dos recursos, foram os respectivos autos encaminhados à 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo — indicada nas razões de recurso como sendo a vara de origem — e juntados ou apensados aos autos da AO n. 99.0003061-3, a despeito de os números das respectivas ações originárias declaradas no recurso serem diversos e pertencerem a outras varas; d) por despacho do *segundo denunciados*, os recursos foram posteriormente desentranhados e arquivados.

20. Ressalta-se que a indicação do número da ação originária é de fundamental importância, pois é através dele que o sistema informatizado da distribuição acusa as possíveis correlações e conexões e encaminha os recursos aos desembargadores porventura preventos, consoante ato normativo da Presidência do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Portanto, a falsa indicação dos números de feitos originários pelos denunciados visava à escolha do Juiz Federal no egrégio Tribunal Regional Federal, *o primeiro denunciado*, capaz de garantir o sucesso de toda empreitada criminosa.

21. Não tendo logrado firmar a prevenção do *primeiro denunciado*, pela interposição dos 07 (sete) agravos de instrumento antes referidos, prosseguiram os denunciados na consecução do plano criminoso. Assim, em 09.06.1999, entre 15h30min e 15h48min, os *terceiro, quinto, sexto, sétimo e oitava denunciados*, patrocinando outros litisconsortes supervenientes, individual e separadamente, distribuíram mais 09 (nove) agravos de instrumento, com o mesmo **modus operandi**.

22. Os 09 (nove) agravos de instrumento então interpostos, a exemplo dos 07 (sete) anteriores, novamente indicavam números falsos das ações originárias. Mas, em todos se informava que o recurso impugnava decisão proferida pelo *segundo denunciado* na ação originária que tramitava na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo. Ou seja, na petição de interposição de cada um dos recursos informou-se números de ações originárias diferentes, pertencentes a diversas Varas Federais da Seção Judiciária do Espírito Santo. Em conseqüência, os recursos foram distribuídos aleatoriamente a 07 (sete) diferentes Relatores.

23. O modo operacional não se alterou. Da mesma forma que nos 07 (sete) agravos de instrumentos interpostos anteriormente, os 09 (nove) recursos não estavam instruídos sequer com as cópias da decisão impugnada — documento indispensável para sua interposição —, apenas contavam com cópias das procurações, contratos sociais e substabelecimentos.

24. Relembre-se que a tutela antecipada pleiteada na Ação Ordinária n. 99.0003061-3 já fora parcialmente concedida pelo *segundo denunciado*, em decisão datada de 02.06.1999, reconhecendo a validade e a eficácia das apólices da dívida pública e considerando-as vencidas a partir da citação da União Federal. Daí, autorizou os autores a efetuarem pagamentos de tributos e contribuições previdenciárias com a utilização das apólices pelos respectivos valores de face, corrigidos e apurados em conformidade com laudos anexados pelos próprios autores, e após pela Selic. Autorizou, ainda, os autores a utilizarem os títulos com seus valores corrigidos para garantia de dívidas com a União e suas autarquias, em sede administrativa, bem assim como moeda de privatização. Por fim, estabeleceu que uma vez transferidas a terceiros conservariam as apólices os mesmos efeitos então conferidos na decisão.

25. Diante da concessão parcial da antecipação da tutela, 05 (cinco) dentre os 09 (nove) agravos de instrumento interpostos objetivavam a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso, para ampliar os efeitos da decisão, de tal forma que os valores dos títulos, corrigidos pelos índices apurados pela Fundação Getúlio Vargas — FGV e pela Taxa Selic, fossem ainda acrescidos dos índices de inflação expurgados pelo Governo Federal.

26. Os outros 04 (quatro) agravos de instrumento requeriam a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, a fim de desobrigarem os agravantes do recolhimento do IPI em importações a serem efetuadas, que constituía o mérito da Ação Ordinária n. 98.0007330-2, em curso também na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária e também patrocinada pelo escritório do *terceiro denunciado*. Da mesma forma que nos demais agravos de instrumento, o número verdadeiro da ação originária não foi indicado nas respectivas peças de interposição. De se concluir, portanto, que o objeto desses 04 (quatro) agravos de instrumento era diverso do pedido constante da Ação Ordinária n. 99.0003061-3, a que se encontravam vinculados.

27. Ressalte-se que os 09 (nove) agravos de instrumento foram todos interpostos em 09.06.1999, antes mesmo da publicação da decisão do *segundo denunciado*, que concedeu em parte a tutela antecipada pedida pelos litisconsortes, somente publicada em 17.06.1999.

28. O Agravo de Instrumento n. 99.02.23416-0, autuado em 09.06.1999, foi interposto por Empreendimentos Salles Ramos Ltda, por meio do *sexto denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, indicou falsamente o Feito de n. 99.000.2526-1, da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, como originário. O recurso instruído apenas com cópia

da procuração e contrato social da empresa agravante, foi distribuído para o Juiz Federal Cruz Neto, da colenda Segunda Turma. No dia 11.06.1999, o *sexto denunciado* ingressa com pedido de desistência do recurso, que restou homologado pelo Senhor Relator em 25.06.1999. Retornando os autos para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, foram juntados aos autos da AO n. 99.0003061-3 e posteriormente desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*.

29. O Agravo de Instrumento n. 99.02.23420-8, autuado em 09.06.1999, foi interposto por Ribeiro Cereais Ltda, por meio do *quinto denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, indicou falsamente o Feito de n. 99.000.2609-8, da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, como originário. O recurso instruído apenas com cópia da procuração e contrato social da empresa agravante, foi distribuído para a Juíza Federal Maria Helena Cisne, da colenda Terceira Turma. No dia 11.06.1999, o *quinto denunciado* ingressa com pedido de desistência do recurso, que restou homologado pela Senhora Relatora em 18.06.1999. Retornando os autos para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, foram juntados aos autos da AO n. 99.0003061-2 e posteriormente desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*.

30. O Agravo de Instrumento n. 99.02.23421-6, autuado em 09.06.1999, foi interposto por Thiago Xible Salles Ramos — que não era parte no Processo n. 99.0003061-3, por meio do *sexto denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, indicou falsamente o Feito de n. 99.000.2561-0, da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, como originário. O recurso instruído apenas com cópia da procuração e do contrato social da empresa agravante, foi distribuído para o Juiz Federal Castro Aguiar, da colenda Segunda Turma. No dia 11.06.1999, o *sexto denunciado* ingressa com pedido de desistência do recurso, que restou homologado pelo Senhor Relator em 24.06.1999. Retornando os autos para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, foram juntados aos autos da AO n. 99.0003061-3 e posteriormente desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*.

31. O Agravo de Instrumento n. 99.02.23423-2, autuado em 09.06.1999, foi interposto por Linhagua Mineração Ltda, por meio do *terceiro denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, indicou falsamente o Feito de n. 99.000.2611-0, da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, como originário. O recurso instruído apenas com cópia da procuração e contrato social da empresa agravante, foi distribuído para o Juiz Federal

Fernando Marques, da colenda Quarta Turma. No dia 11.06.1999, o *sexto denunciado* ingressa com pedido de desistência do recurso, que restou homologado pelo Senhor Relator em 23.06.1999. Retornando os autos para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, foram juntados aos autos da AO n. 99.0003061-3 e posteriormente desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*.

32. O Agravo de Instrumento n. 99.02.23425-9, autuado em 09.06.1999, foi interposto por Empreendimentos Salles Ramos Ltda, por meio do *terceiro denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, indicou falsamente o Feito de n. 99.000.2556-3, da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, como originário. O recurso instruído apenas com cópia da procuração e contrato social da empresa agravante, foi distribuído para o Juiz Federal Carreira Alvim, da colenda Primeira Turma. No dia 11.06.1999, o *sexto denunciado* ingressa com pedido de desistência do recurso, que restou homologado pelo Senhor Relator em 11.06.1999. Retornando os autos para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, foram juntados aos autos da AO n. 99.0003061-3 e posteriormente desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*.

33. O Agravo de Instrumento n. 99.02.23429-1, autuado em 09.06.1999, foi interposto por Indústria e Comércio de Vassouras São Luiz Ltda, por meio do *sexto denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, indicou falsamente o Feito de n. 99.000.2527-0, da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, como originário. O recurso instruído apenas com cópia da procuração e contrato social da empresa agravante, foi distribuído para o Juiz Federal Cruz Neto, da colenda Segunda Turma. No dia 11.06.1999, o *sexto denunciado* ingressa com pedido de desistência do recurso, que restou homologado pelo Senhor Relator em 25.06.1999. Retornando os autos para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, foram juntados aos autos da AO n. 99.0003061-3 e posteriormente desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*.

34. O Agravo de Instrumento n. 99.02.23431-3, autuado em 09.06.1999, foi interposto por Camargo Trading Importação Exportação Ltda, por meio do *sétimo denunciado* que, na qualidade de advogado da empresa agravante, indicou falsamente o Feito de n. 99.000.3850-9, da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, como originário. O recurso instruído apenas com cópia da procuração e contrato social da empresa agravante, foi distribuído para o Juiz Federal Castro Aguiar, da colenda Segunda Turma. No dia 11.06.1999, o *sétimo denunciado* ingressa com pedido de desistência do recur-

so, que restou homologado pelo Senhor Relator em 24.06.1999. Retornando os autos para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, foram juntados aos autos da AO n. 99.0003061-3 e posteriormente desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*.

35. O Agravo de Instrumento n. 99.02.23436-4, autuado em 09.06.1999, foi interposto por Refrigerantes Coroa Ltda, por meio da *oitava denunciada* que, na qualidade de advogada da empresa agravante, indicou falsamente o Feito de n. 99.000.2524-5, da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, como originário. O recurso instruído apenas com cópia da procuração e contrato social da empresa agravante, foi distribuído para o Juiz Federal Paulo Barata, da colenda Segunda Turma. No dia 11.06.1999, o *sexto denunciado* ingressa com pedido de desistência do recurso, que restou homologado pelo Senhor Relator em 23.06.1999. Retornando os autos para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, foram juntados aos autos da AO n. 99.0003061-3 e posteriormente desentranhados e arquivados, na forma do despacho exarado pelo *segundo denunciado*.

36. No Agravo de Instrumento n. 99.02.23424-0, o *sétimo denunciado*, representando a Distribuidora Lunar Ltda, indicou falsamente o Feito de n. 99.0003852-5, em curso na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, como originário. O recurso, instruído apenas com cópia da procuração e contrato social da empresa agravante, foi distribuído para o *primeiro denunciado*, em 10.06.1999. No dia seguinte, ou seja, 11.06.1999, o *primeiro denunciado* profere despacho em que solicita informações ao Juízo agravado. Em petição datada de 11.06.1999, o *sétimo denunciado* acusa suposto erro no número do apontado processo originário, requerendo a retificação para que passasse a constar o número correto, isto é, 99.0003853-3, e reiterando o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso. O agravo de instrumento foi julgado prejudicado pelo *primeiro denunciado*, em 07.02.2001.

37. Mais uma vez, após a distribuição automática, houve pedido de desistência em 08 (oito) dos 09 (nove) agravos distribuídos, cujas petições foram protocoladas nos dias 10 e 11 de junho de 1999. Só não houve desistência no Agravo de Instrumento n. 99.02.23424-0, interposto por Distribuidora Lunar Ltda, patrocinada pelo *sétimo denunciado*, o único distribuído ao Juiz Federal Ricardo Regueira, *primeiro denunciado*. Este recurso *tratava de matéria diversa* da que era discutida na AO n. 99.0003061-3, conquanto se referia à discussão de incidência do IPI. Neste agravo de instrumento, o *sétimo denunciado* indicou como processo originário o Feito de n. 99.0003852-5, que na verdade tramitava na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo.

38. Uma vez fixada, em 09.06.1999, a prevenção do Relator Ricardo Regueira, o *primeiro denunciado*, eis que com ele se encontrava o único agravo sem desistência (AGI n. 99.02.23424-0), uma das litisconsortes supervenientes, a empresa Reali Supermercados Ltda, patrocinada pela *oitava denunciada*, interpôs mais um Agravo de Instrumento (Autos n. 99.02.23638-3), indicando como processo originário o mesmo do AGI n. 99.02.23424-0, distribuído na véspera ao Desembargador Federal Ricardo Regueira, o que ocasionou a distribuição a este Relator, por prevenção.

39. Todavia, conforme se viu, o número apontado como da ação originária em ambos os recursos era falso. Tanto que em 11.06.1999, os denunciados Paulo Roberto Scalzer e Scheyla Marcris Foeger requereram em ambos os agravos, *a retificação do número do processo originário*, conforme abaixo indicado:

AGI N.	PROCESSO ORIGINÁRIO INDICADO	PROCESSO ORIGINÁRIO RETIFICADO
99.02.23424-0	99.0003852-5 (6ª Vara/ES)	99.0003853-3 (4ª Vara/ES)
99.02.23638-3	99.0003852-5 (6ª Vara/ES)	99.0003061-3 (4ª Vara/ES)

40. Desta feita, tendo o número do processo originário indicado nos dois Agravos de Instrumento — 99.0003852-5 — sido retificado para fazer constar dois números distintos deste, cujos objetos também eram diversos (99.0003853-3 — IPI e 99.0003061-3 — validade de títulos da dívida pública), mister concluir que a apontada prevenção, na verdade, não existia. A despeito disso, o *primeiro denunciado*, na qualidade de Relator dos recursos, reconheceu a prevenção em despacho manual, à vista dos autos dos recursos. Com isto, na verdade, tornou-se legalmente prevento para as duas ações originárias, ambas da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, e ambas do interesse do escritório do *terceiro denunciado*, consciente de que assim participava das condutas criminosas dos demais denunciados.

41. Importante destacar que somente após fixada a suposta prevenção do primeiro denunciado, para julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas na Ação Originária n. 99.0003061-3, é que foi determinada, pelo *segundo denunciado*, a intimação da União Federal, com comunicação da concessão da tutela antecipada, e citados os réus União Federal/Fazenda Nacional e INSS. Por tal razão, em 30.06.1999, quando o INSS interpôs o Agravo de Instrumento n. 99.02.26771-8, a distribuição se deu por prevenção ao Agravo de Instrumento n. 99.02.23638-3, cujo Relator era o *primeiro denunciado*, já previamente escolhido, consoante já exposto.

42. Todos estes fatos foram apurados em Correição Ordinária realizada pela Corregedoria do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, em maio de 2001.

43. Ao que consta dos documentos que instruem a presente denúncia, os denunciados reuniram-se dolosamente, em comunhão de desígnios, para iludir o sistema de distribuição dos recursos no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por meio de expedientes fraudulentos, com vistas a forçar uma falsa prevenção do primeiro denunciado no julgamento dos recursos relativos à Ação Ordinária n. 99.0003061-3 e também para a Ação n. 99.0003853-3, ambas da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo.

44. Assim, o *terceiro, quarto, quinto, sexto, sétimo e oitavo denunciados*, voluntária e conscientemente, inseriram, nas respectivas petições de interposição dos agravos de instrumentos, interpostos em nomes das empresas que patrocinavam como advogados, números de processos originários diversos do que devia constar, com o fim de direcionar a distribuição dos recursos para o *primeiro denunciado*, que por tal razão tornar-se-ia prevento para todos os demais recursos, medidas cautelares e incidentes instaurados no egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região. As falsificações foram praticadas com a ciência e participação ativa do *segundo denunciado* que, na condução do feito originário, em 1ª instância, determinou o apensamento dos agravos de instrumento irregularmente interpostos aos autos da Ação Ordinária n. 99.0003061-3 — apesar de consignarem em suas peças de interposição processos originários em tramitação em outras Varas Federais da Seção Judiciária do Espírito Santo — e, posteriormente, o arquivamento de todos, consoante despacho exarado nos autos principais. Também por ordem do *segundo denunciado* os agravos de instrumento não constavam do sistema de informática da Justiça Federal, sem embargo de alguns terem sido acostados aos autos.

45. O dolo dos denunciados é inferido pela atuação de cada um deles na empreitada criminosa, bem assim pelas circunstâncias do processo em si. O volume de recursos interpostos pelos litisconsortes — 17 (dezessete) ao todo —, distribuídos em bloco, com a reiterada omissão de número correto da ação originária em todos eles, evidenciam a tramóia concebida para conduzir a distribuição ao Relator previamente ajustado, o Juiz Federal Ricardo Regueira, *primeiro denunciado*. As sucessivas decisões proferidas por este magistrado no curso dos dois processos, todas elas favoráveis aos interesses do escritório do advogado Beline, indiciam que a fixação da competência em suas mãos era fator imprescindível para o sucesso da empresa criminosa.

46. Com efeito, o *primeiro denunciado* tinha plena consciência da fraude contida nos recursos e anuiu a ela voluntariamente. Prova clara disto está no fato de que determinou a retificação do número dos processos originários, em ambos os recursos, *no mesmo dia* — 21.06.1999. Ainda assim, deu-se por prevento para julgar os recursos, quando sabia que a prevenção era inexistente, porquanto fundada em expediente nitidamente ardiloso, para assim atrair para si a competência para julgamento dos recursos referentes a 2 (dois) feitos fundamentais pra o sucesso da empreitada criminosa.

47. Repita-se, a distribuição dos recursos foi fraudulentamente dirigida ao primeiro denunciado que beneficiou os autores em inúmeras decisões no curso dos processos, conforme detalhadamente relatados pelo Procurador Regional da República André Barbeitas e pela Procuradoria da Fazenda da União. Trata-se de ações em que se encontravam em jogo milhões de reais dos cofres públicos, colocados em risco por teses esdrúxulas e temerárias, porém agasalhadas pelo *primeiro denunciado*.

48. Nítida, também, a consciência e vontade do *segundo denunciado* em anuir na fraude. Prova disto está no fato de que, para a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, foram devolvidos todos os agravos de instrumento em que houve desistência, e, por decisão sua, apensados e/ou juntados aos autos da Ação n. 99.0003061-3, embora em nenhum deles houvesse menção a esta numeração. Além do mais, o *segundo denunciado* cuidou de ocultar a fraude ao determinar, em despacho datado de 28.04.2000, o desapensamento e arquivamento de todos os agravos de instrumento, sem que a existência dos mesmos estivesse registrada no sistema de cadastramento de feitos informatizado da Justiça Federal.

49. Os agravos de instrumento interpostos, bem assim o artifício neles empregado só vieram à luz a partir da correição ordinária realizada pela Corregedoria do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

50. O *terceiro denunciado*, o advogado Beline José Salles Ramos é o chefe do escritório de advocacia, onde trabalhavam o *quinto, sexto, sétimo e oitava denunciados*. Do *terceiro denunciado* partiu toda a urdidura da trama. Estavam em seu nome as procurações **ad judicia** que todos litisconsortes agravantes outorgaram. Foi o *terceiro denunciado*, ainda, quem interpôs o Agravo n. 99.0223423-2, indicando falsamente a ação originária como sendo a tombada sob o número 99.0002611-0, pertencente à 5ª Vara de Vitória. Igualmente interpôs o Agravo n. 99.02.23425-9, indicando falsamente a Ação Originária n. 99.0002556-3, pertencente também à 5ª Vara de Vitória. Foi

dele também a iniciativa de substabelecer os mandatos judiciais em favor dos demais denunciados, em nítida tentativa de dificultar a constatação da fraude.

51. O *quarto denunciado* foi quem deu início à empreitada criminosa, ao ajuizar a ação ordinária e posteriormente interpor o Agravo de Instrumento n. 99.0222245-5, indicando falsamente a ação originária como sendo a de número 99.0002547-4, pertencente à 5ª Vara, para depois desistir do recurso.

52. O *quinto denunciado*, advogado do escritório do terceiro denunciado, interpôs os Agravos de Instrumento ns. 99.02.22256-0, 99.02.22275-7, 99.0222284-6 e 99.02.23420-8, indicando neles, falsamente, como ações originárias, respectivamente, os números 99.0002552-0, 99.0003063-0, 99.0003064-8 e 99.0002609-8, pertencentes a ações em curso na 2ª, 7ª, e 5ª Varas Federais da Seção Judiciária do Espírito Santo, para, oportunamente, desistir de todos estes recursos.

53. O *sexto denunciado*, também advogado do escritório do terceiro denunciado, atuou na fraude interpondo o Agravo de Instrumento 99.02.22257-9, no qual indicou falsamente a Ação Originária n. 99.0002551-2, da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo. Da mesma forma procedeu no Agravo de Instrumento n. 99.02.22271-4, em que indicou o número falso de Ação Originária 99.0002550-4, da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo. No Agravo de Instrumento n. 99.02.23416-0, indicou o falso número 99.0002526-1, pertencente à 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, como da ação originária. No Agravo de Instrumento n. 99.02.23421-6, indicou o falso número 99.0002561-0, referente à ação em curso na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo. E, por fim, no Agravo n. 99.02.23429-1, indicou como ação originária, falsamente, a de n. 99.0002527-0, da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo. Conforme exposto, desistiu de todos oportunamente.

54. O *sétimo denunciado* teve importante atuação na fraude. Inicialmente, interpôs o Agravo n. 99.02.23431-3, indicando falsamente a Ação Originária n. 99.0003850-9, em curso na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo. Da mesma forma, interpôs o Agravo n. 99.02.23424-0, mencionando falsamente a Ação Originária n. 99.0003852-5, também em trâmite na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, sendo que este último recurso logrou ser distribuído ao Relator previamente escolhido, isto é, o primeiro denunciado. Assim, firmou também a petição de retificação da numeração, o que permitiu a fixação da competência daquele Relator também

para o Processo n. 99.0003853-3, da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo.

55. A *oitava denunciada*, também advogada do escritório do terceiro denunciado, teve destacada atuação na fraude. Interpôs o Agravo n. 99.02.23436-4, indicando falsamente a Ação Originária n. 99.0002524-5, em curso na 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo. Ingressou, também, com o Agravo de Instrumento n. 99.02.23638-3, indicando, falsamente, a Ação Originária n. 99.0003852-5, a fim de garantir a prevenção do *primeiro denunciado*. Um dia depois, isto é, em 11.06.1999, peticionou pela retificação do número da ação originária, consolidando a prevenção do primeiro denunciado para a Ação n. 99.0003061-3, que tramitava na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo.

56. Diante dos fatos acima narrados, o Ministério Público Federal denuncia José Ricardo de Siqueira Regueira, Antônio Ivan Athié, Beline José Salles Ramos, Felipe Osorio dos Santos, Marcelo Araújo Sívila, Paulo Castro Cabral de Macedo, Paulo Roberto Scalzer, Scheyla Marcris Foeger nas penas do artigo 299 do Código Penal, 16 (dezesseis) vezes, em concurso material e de pessoas, na forma do disposto no art. 69 c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, requerendo sejam os denunciados notificados para apresentarem resposta no prazo de 15 (quinze) dias (art. 220, § 2º, do RISTJ), e, em seguida, submetendo-se à Corte Especial deste Tribunal para o recebimento da denúncia e o regular processamento, nos termos do Regimento Interno do egrégio Superior Tribunal de Justiça (arts. 221 e ss.), até final condenação" (fls. 17/40).

Acompanha a exordial acusatória cópia integral de sindicância administrativa realizada no âmbito do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cujo relatório contém o seguinte excerto, **verbis**:

"Portanto, a despeito de terem sido interpostos 17 agravos de instrumento, a secretaria informou apenas a existência de um, interposto pelo INSS, sendo relevante o fato de que esses agravos de instrumento não constavam do sistema, sem embargo de alguns terem sido adunados aos autos e outros apensados.

Face a essa discrepância foi determinado o desarquivamento desses recursos, e analisados mais 03 agravos que permaneciam apensados ao processo principal. Pôde-se, então, observar:

a. No dia 31.05.1999, a Autora e alguns litisconsortes superveniente, individualmente, distribuíram 07 (sete) agravos de instrumento, an-

tes mesmo de o MM. Juiz apreciar o pedido de antecipação de tutela. Nesses recursos objetivava-se a apreciação de tal pedido pelo TRF, em substituição ao Juízo monocrático, a fim de que fosse concedida a tutela antecipada, nos termos do pedido constante do aditamento;

Em nenhum desses recursos foi indicado o número correto da ação originária, ou seja, AO n. 99.0003061-3, embora informassem que o recurso era contra o MM Juízo da 4ª Vara — ES.

Os agravos foram instruídos tão-somente com procurações, contratos sociais e, em alguns casos, substabelecimento.

Após a distribuição automática, foi requerida desistência dos mesmos em petições protocoladas em 1º e 02 de junho de 1999.

Transitada em julgado a decisão que homologou a desistência dos recursos, foram os autos encaminhados à 4ª Vara — ES — indicada nas razões de recurso como sendo a Vara de Origem — e juntados ou apensados aos autos da AO n. 99.0003061-3, *a despeito de os números das respectivas ações originárias declaradas no recurso serem diversos e, em alguns casos, pertencerem a outras Varas.*

b. Em 09.06.1999, alguns litisconsortes supervenientes, individualmente, distribuíram mais 09 (nove) agravos de instrumento.

Como já havia sido concedida a antecipação da tutela, 05 (cinco) dos agravos pretendiam que fosse atribuído efeito suspensivo ao recurso, de forma a que tais efeitos permitissem também a antecipação da tutela quanto ao direito de as Autoras verem acrescidos aos valores apurados pela FGV os índices expurgados do Governo Federal;

Os outros 04 (quatro) agravos de instrumento tinham como objeto a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, de forma a que tais efeitos também permitissem a antecipação da tutela quanto ao direito de a Agravante desobrigar-se do recolhimento do IPI nas importações a serem efetuadas, ao argumento de que a simples importação de produtos não se constitui em fato gerador do IPI. *Verificou-se, pois, que o objeto desses agravos era diverso do pedido constante na ação ordinária em referência.*

Novamente, *não indicaram corretamente o número da ação originária*, embora informassem que o recurso era contra o MM. Juiz da 4ª Vara — ES.

Em que pese os pedidos nos agravos indicarem que as Agravantes conheciam a decisão agravada, *os recursos não foram instruídos com as*

cópias da mesma, documento indispensável para sua interposição, sendo instruídos apenas com procurações, contratos sociais e substabelecimentos.

Após a distribuição automática, houve pedido de desistência em 08 (oito) dos 09 (nove) agravos distribuídos, cujas petições foram protocoladas nos dias 10 e 11 de junho de 1999. Os autores só não pediram desistência do Agravo de Instrumento n. 99.02.23424-0, interposto por Distribuidora Lunar Ltda, que fora distribuído ao Desembargador Federal Ricardo Regueira. Este recurso *tratava de matéria diversa* da que era discutida na AO n. 99.0003061-3. O referido agravo de instrumento referia-se ao IPI.

Transitada em julgado a decisão que homologou a desistência dos recursos, foram os respectivos autos encaminhados à 4ª Vara — ES — indicada nas razões de recurso como sendo a Vara de Origem — e juntados ou apensados aos autos da AO n. 99.0003061-3, embora, conforme dito, *os agravos de instrumento informassem números de ações originárias diversas e alguns tratassem de matéria diversa.*

c. Em 10.06.1999, uma das Litisconsortes supervenientes — Reali Supermercados Ltda — distribuiu mais 01 agravo de instrumento (99.02.23638-3), indicando como processo originário o mesmo do AGI n. 99.02.23424-0 (distribuído na véspera ao Desembardador Federal Ricardo Regueira) o que ocasionou a distribuição ao eminente Relator, por prevenção.

Em ambos os agravos, *as Agravantes requereram, em 11.06.1999. a retificação do número do processo originário,* conforme abaixo indicado:

AGI N.	PROCESSO ORIGINÁRIO INDICADO	PROCESSO ORIGINÁRIO RETIFICADO
99.02.23424-0	99.0003852-5(6ª Vara/ES)	99.0003853-3(4ª Vara/ES)
99.02.23638-3	99.0003852-5(6ª Vara/ES)	99.0003061-3(4ª Vara/ES)

Ora, se o número do processo originário indicado nos dois Agravos de Instrumento — 99.0003852-5 — foi retificado para fazer constar dois números distintos deste, cujos objetos também eram diversos (99.0003853-3 — IPI e 99.0003061-3 — validade de títulos da dívida pública) *concluiu-se que a apontada prevenção, na verdade, não existia.* Este fato não podia ser do conhecimento do setor de distribuição, o que não aconteceu com relação ao eminente Relator que reconheceu a prevenção em despacho manual, à vista dos autos do recurso.

Ressalte-se que somente após fixada a prevenção, para julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas na Ação Originária n. 99.0003061-3, é que foi providenciada a intimação da União Federal comunicando a concessão da tutela antecipada, e citados os réus (União Federal/Fazenda Nacional e INSS).

d. Conseqüentemente, em 30.06.1999, quando o INSS interpôs o AGI n. 99.02.26771-8, a distribuição deu-se por prevenção ao AGI n. 99.02.23638-3 (Relator: Desembagador Federal Ricardo Regueira, já previamente escolhido)" (fls. 04/07 — primeiro apenso).

Devidamente notificados, os denunciados ofereceram respostas.

O acusado Paulo Castro Cabral de Macedo, em sua defesa, aduz:

a) a inépcia da denúncia, em razão da inexistência de descrição dos elementos essenciais do tipo penal. Diz que a peça acusatória deveria ter minudenciado qual das condutas inscritas no art. 299 do Código Penal o acusado teria praticado e, após, especificar '... *qual direito seria prejudicado ou qual obrigação seria criada em virtude desta ação ou omissão, e ainda descrever na denúncia porque a alteração poderia ser considerada como fato juridicamente relevante, para fins de constituir, fundamentar ou modificar direito...*' (fl. 74).

Argumenta a necessidade de ter consignado a exordial '... *qual seria o dano potencial efetivo causado pela ação ou omissão...*' (fl. 75). Concluindo que '... *a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra o ora acusado é inquestionavelmente inepta, eis que não contém a necessária e minuciosa narração dos fatos delituosos, com a indicação de todos os elementos estruturais e circunstanciais que lhes são inerentes, ressentindo-se, ainda, do vício da imprecisão e da superficialidade*' (fl. 75).

b) a atipicidade do fato, alegando que a petição não constitui documento, nos termos do dispositivo narrado na exordial, uma vez que "... *é um meio de requerer ou solicitar, e ainda que conste a numeração equivocada do processo originário, isto não leva à caracterização do delito previsto no art. 299 do Código Penal*" (fl. 77).

c) a ausência de dolo, porquanto a "*digitação equivocada do número de ação originária em agravo de instrumento, não identifica o dolo específico, a intenção de lesar, elemento subjetivo do crime de falsidade ideológica e tampouco caracteriza a potencialidade de dano, pois que não cria obrigação e tampouco altera a verdade de fato*" (fl. 90). Assevera que tais equívocos de digitação seriam corriqueiros e, em abono à sua tese, aponta supostas falhas na denúncia.

Os acusados Scheyla Marcris Foeger Roman, Paulo Roberto Scalzer e Beline José Salles Ramos oferecem respostas idênticas às fls. 94/115, 116/136 e 137/157, respectivamente.

Felipe Osório dos Santos, em sua resposta, constante às fls. 176/190, bateu novamente nos mesmos argumentos anteriormente descritos.

Antônio Ivan Athié, em sua resposta (fls. 192/231), alega:

a) a ilegitimidade do órgão do Ministério Público em razão da ofensa ao princípio do promotor natural: argumenta que a Subprocuradora-Geral da República inicialmente designada pelo Procurador-Geral da República para acompanhar a apuração dos fatos durante a fase inquisitorial restou afastada das investigações, sem qualquer motivo, tendo sido designado outro órgão ministerial de igual hierarquia que, por sua vez, se deu por impedido, ocasionando a designação de outro Subprocurador-Geral da República, o qual subscreveu a denúncia.

Sustenta que "... diante dos princípios constitucionais que fundamentam e impõem a observância do princípio do promotor natural, a superioridade hierárquica do Procurador-Geral não pode ser alegada para fundamentar um poder ilimitado de designação, só podendo tal superioridade ser concedida num sentido administrativo, jamais se podendo cogitar de hierarquia funcional. Nenhuma decisão portanto, pode ser imposta em matérias cuja solução dependa da convicção do membro da instituição, garantido por irrestrita independência funcional" (fls. 201/202).

Concluiu com a seguinte informação, **litteris**:

"A todos esses argumentos, some-se um fato novo, que os endossa e ratifica: o novo Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fontelles, em 03 de julho último, ingressa com Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada sob o n. 2.913, em relação ao inciso II do art. 48 da Lei Complementar n. 75/1993, sustentando que a atribuição do Procurador-Geral da República é, apenas, junto ao Supremo Tribunal Federal.

Os fundamentos da preliminar aqui colocada resultam em que os Subprocuradores-Gerais da República, que possuem o mesmo nível hierárquico dos Ministros dos Tribunais Superiores, não podem, sem justa causa, serem afastados dos processos cuja atribuição lhes foi regularmente delegada. A esse argumento acresça-se um outro, com o endosso do atual Procurador-Geral da República: *muito menos por quem não detém atribuição constitucional para tal afastamento*.

A denúncia é, assim, nula, pois apresentada por Subprocurador-Geral, sem atribuição legítima para tal, pois decorrente tal atribuição da não-observância dos critérios legais que excepcionam o princípios constitucional garantidor do promotor natural" (fls. 202/203).

b) a inépcia da denúncia e ausência de justa causa por atipicidade do fato, porquanto não há nar-ração da sua participação no esquema que objetivava a "burla da distribuição" e, ainda, porque a conduta a ele atribuída (ordem de arquivamento dos agravos de instrumento encaminhados à primeira instância em razão do pedido de desistência), não constitui ilícito penal.

José Ricardo de Siqueira Regueira, em síntese, esgrima-se em afirmar que a denúncia não descreve, em relação à sua pessoa, a realização de qualquer conduta típica (fls. 274/288). Em sua defesa, junta pareceres proferidos por Eugenio Raúl Zaffaroni (fls. 290/318); Nilo Batista (fls. 320/348); Juarez Cirino dos Santos (fls. 350/380) e Miguel Reale Júnior (fls. 382/410).

Marcelo de Araújo Sívila, traz as teses de *crime impossível* e de *atipicidade da conduta*, sendo que extrai o seguinte trecho de sua resposta, **verbis**:

"Não há, no nosso diploma processual ou penal, absolutamente nada que proíba o advogado de, pagando as custas recursais, resolva antecipar-se ao juízo de primeiro grau e interponha dezesseis agravos de instrumento e desista da maioria deles quando pressente que seu cliente não terá boas expectativas diante de tal ou qual juiz.

E se a finalidade destes agravos fosse, verdadeiramente, firmar a prevenção do primeiro denunciado, como quer a denúncia, ainda assim não se trataria de fato típico. Se o Ministério Público é movido por desconfianças de solicitações ocultas, suspeita sobre a corruptibilidade dos juízes, ou sobre a sua parcialidade, deve proceder às investigações competentes, e a denúncia precisa, mas não pode forçar uma acusação contra o advogado que explora o máximo das possibilidades previstas no Código de Processo Civil para garantir o sucesso da sua causa.

O advogado, como profissional hábil e criativo, pode ter o dom de descobrir e explorar os meios mais inesperados em favor do seu cliente. Não é justo acusá-lo de criminoso, quando, pelo contrário, consegue, com acuidade técnica, ser o intérprete sensível da lei. Quem quer criticar os seus abusos e excessos, deve criticar também o legislador processual que não coibiu as formas abusivas" (fl. 529).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: De início, não há falar em contrariedade ao princípio do promotor natural, porquanto não demonstrado que a designação de outro Subprocurador-Geral da República, pelo Procurador-Geral tenha sido feita em detrimento da independência funcional do órgão ministerial que até então atuara nas investigações criminais.

Nesse sentido transcrevo pronunciamento do Pretório excelso:

> "Julgado recurso extraordinário interposto por assistente da acusação, regularmente constituído, contra acórdão do STJ que, dando provimento a recurso ordinário em **habeas corpus**, anulara ação penal proposta pelo Ministério Público Federal — após representação de servidor público, que teria sido ofendido em sua honra —, por considerar caracterizada a violação ao princípio do promotor natural, em razão de o Procurador-Geral da República haver escolhido um dos membros daquela instituição para o oferecimento da denúncia. Preliminarmente, a Turma, por maioria, rejeitou a ilegitimidade do assistente da acusação para a interposição do recurso extraordinário, por considerar que a omissão do órgão do Ministério Público autorizaria o servidor ofendido a oferecer tal recurso, uma vez que a possibilidade de legitimação concorrente tanto do ofendido quanto do *Parquet* para a propositura da ação penal, em crime de ofensa **propter officium**, resultou em benefício concedido ao servidor, que é o maior interessado na preservação da própria honra. Por conseguinte, diante da especificidade do caso concreto, a Turma, afastou a aplicação do Verbete n. 208 da Súmula do STF — "O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de **habeas corpus**.". Vencido, no ponto, o Ministro Celso de Mello, que não conhecia do recurso extraordinário, por entender que a legitimidade concorrente do assistente não se estende ao processo penal de **habeas corpus**. *Prosseguindo no julgamento, a Turma, no mérito, aplicando o entendimento firmado pelo Plenário no julgamento do HC n. 67.759/RJ (DJ de 1º.07.1993), e afastando, portanto, a contrariedade ao princípio do promotor natural, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão do STJ, por considerar não demonstrado que o Procurador-Geral da República teria designado seletivamente determinado membro do Ministério Público em comprometimento do princípio da independência funcional dessa instituição.* RE n. 387.974/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, 14.10.2003." (RE n. 387.974, Rel. Min. Ellen Gracie, Informativo de Jurisprudencia n. 326.)

Quanto ao art. 48, inciso II, da Lei Complementar n. 75/1993, observo que até pronunciamento da Corte Suprema em contrário, ele é dotado de presunção de

constitucionalidade, razão pela qual descabe falar em ilegalidade na designação do Subprocurador-Geral da República.

Sobre a questão, cito pronunciamento do Supremo Tribunal:

"Retomado o julgamento de **habeas corpus** impetrado em favor de desembargador contra acórdão do STJ que, tendo em conta a instauração de incidente de inconstitucionalidade do artigo 48, inciso II, parágrafo único da LC n. 75/1993 em face do princípio do promotor natural, não determinou o arquivamento de notícia-crime, requerido pelo Subprocurador-Geral por delegação do Procurador-Geral da República. O Ministro Carlos Velloso, Relator, votou no sentido de indeferir o *writ* por entender que, se acolhida a pretensão de inconstitucionalidade em questão, seria inviável o pedido de arquivamento, ante a ilegitimidade do Subprocurador-Geral que o formulou. O Ministro Carlos Velloso ressaltou ainda que, embora a Corte Especial do STJ não tenha conhecido da referida argüição de inconstitucionalidade, o acórdão referente a tal julgamento ainda está pendente de publicação, podendo ser objeto de recurso. *Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes, proferiu voto-vista no sentido de deferir o* **habeas corpus** *por entender que a lei que possibilita a delegação de atribuições do Procurador-Geral aos Subprocuradores-Gerais goza de presunção de constitucionalidade e que a manutenção de um procedimento criminal contra alguém, a pretexto de se julgar incidente de inconstitucionalidade instaurado, atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana e ainda não atende às três máximas parciais do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim. HC n. 81.990/PE, Relator Min. Carlos Velloso, 05.11.2002.* (HC n. 81.990)" (Informativo de Jurisprudência n. 289)

Passo a analisar a admissibilidade da acusação em relação ao *terceiro, quarto, quinto, sexto, sétimo e oitava denunciados,* todos advogados.

O art. 299 do Código Penal brasileiro tem a seguinte redação, **verbis**:

"Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser descrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sofre fato juridicamente relevante:

Pena — reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte."

Os fatos narrados na denúncia, a saber, a inserção de números trocados dos processos originários nos recursos de agravo de instrumento, em princípio, se amoldam à conduta inscrita no tipo acima mencionado, na modalidade *fazer declaração diversa da quer devia ser descrita*, já que *documento* é todo escrito devido a um autor determinado, contendo exposição de fatos ou declaração de vontade, dotado de significado ou relevância jurídica.

Há demonstração, também, do intuito de criar obrigação ou alterar a verdade de fato juridicamente relevante, que seria a criação de uma situação de prevenção de determinado Relator (criar obrigação) ou mascarar a sua existência (alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante).

A potencialidade da conduta também está presente e consiste na possibilidade de obtenção de decisões judiciais, mediante a manipulação da distribuição dos recursos, o que acarreta lesão ao direito de defesa da parte adversa.

Ademais, o referido delito não é de dano, ou seja, não há necessidade de que haja efetivo prejuízo, bastando a possibilidade de sua ocorrência.

Nesse sentido:

"Processual Penal — Falsidade ideológica — Crime formal — Alegação de inocorrência de prejuízo — Trancamento de ação penal — Crime em tese.

— Tratando-se, o delito previsto no art. 299 do Código Penal, de crime formal, não exige a ocorrência de dano para sua caracterização, sendo suficiente que a conduta se apresente capaz de produzir prejuízo a terceiro.

— O bem jurídico protegido na falsidade ideológica é a fé pública e não o patrimônio.

Recurso provido."

(RHC n. 643/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ de 20.08.1990).

"Penal. Falsidade ideológica. Caracterização.

1. Para a configuração do crime de falsidade ideológica não é imprescindível a ocorrência de dano efetivo, bastando a potencialidade lesiva.

2. Recurso especial não conhecido."

(REsp n. 35.330/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ de 20.09.1993).

Cito precedente do egrégio Supremo Tribunal Federal:

"**Habeas corpus**. Falsidade ideológica a ser apurada em inquérito policial, que se pretende deva ser trancado. — Esta Primeira Turma, ao julgar o HC n. 62.874 (RTJ-115/166 e segs.), entendeu que, ainda quando se admita que o documento sujeito a verificação não é hábil para a configuração de falsidade ideológica, isso só ocorreria 'quando a verdade, que o funcionário está adstrito a verificar, é apurável por meio de confronto objetivo e concomitante da autoridade, dispensando indagação complexa e futura'. Como também decidiu esta Corte, por sua Segunda Turma, ao julgar o RE Criminal n. 93.292 (RTJ 101/311 e segs.), 'para que se configure esse crime (o de falsidade ideológica) não é mister a ocorrência de dano efetivo, basta que se verifique a potencialidade de um evento danoso'. — Inexistência, pois, de razão para o trancamento do inquérito policial. Recurso ordinário a que se nega provimento."

(STF, RHC n. 67.023/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.02.1989).

Outrossim, tenho que a parte da petição recursal que informa os dados do processo de origem constitui documento nos termos do art. 299 do Código Penal, uma vez que, inicialmente, indica perante o Tribunal **ad quem,** a existência de uma relação processual.

Nesse contexto, está o advogado adstrito ao dever a omissão de jurídico de dizer a verdade, motivo porque a indicação intencional do número da ação originária diverso da realidade, visando burlar à distribuição, *consistiria falsidade ideológica.*

A propósito:

"(...) desde que o documento particular se apresente como prova preconstituída, cujo redator ou signatário está adstrito ao dever jurídico de dizer a verdade, não há por que recusar a identificação de sua falsidade ideológica como **species** *do crime de falsidade documental."* (**Hungria, Nelson**. "Comentários ao Código Penal". Vol. IX. 2ª Edição. Ed. Forense, Rio de Janeiro: 1959, p. 276.)

"(...) a consumação se dá, na forma de inserir, no momento em que o agente conclui o documento por ele próprio confeccionado, no qual inseriu a falsidade intelectual, porque até aí poderá, por sua própria vontade, alterar o conteúdo de forma a eliminar o falso." (**Prado, Luiz Regis**. "Curso de Direito Penal Brasileiro". Vol. 4. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2001, p. 212).

Quanto ao dolo, a sua existência me parece estar demonstrada, de molde a autorizar a *admissão da acusação*, porquanto foram 16 (dezesseis) agravos de instrumento preenchidos com números de ações originárias trocados, quando todos diziam respeito a apenas um processo, o que desfiguraria, em princípio, a ocorrência de simples *equívoco ou coincidência*. Some-se a isso a circunstância de que contra uma decisão cabe apenas um recurso e, no caso, foram dezesseis recursos contra uma *decisão que sequer existia*. Na mesma linha, a co-autoria em sentido amplo está, aqui, delineada (em sede de juízo de admissibilidade da demanda).

No tocante aos desembargadores federais, a denúncia descreve que teriam ciência do conluio, tendo ainda, contribuído e participado para a sua efetivação e ocultação.

O primeiro denunciado determinou a correção dos números de processos originários que constavam nos agravos e aceitou prevenção claramente inexistente. Mister ressaltar que, sem a vinculação entre ele e o julgador monocrático, ao que parece, não seria possível a realização da fraude.

O segundo denunciado, então juiz de primeira instância, determinou o arquivamento dos agravos e, ainda, a deleção do sistema eletrônico dos dados a ele relativos, de forma que, mediante simples consulta às informações processuais, não seria possível aferir a existência dos inúmeros agravos interpostos visando à fraude. Ainda mais, tão-somente após o estabelecimento da prevenção no âmbito recursal, é que intimou a Fazenda Pública do teor das decisões antecipatórias da tutela.

A propósito, corroborando a acusação está o relatório prestado pela ilustre Corregedora-Geral do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, oriundo de correição realizada para apurar possíveis denúncias de irregularidades nas referidas ações, **verbis**:

> *"Portanto, a despeito de terem sido interpostos 17 agravos de instrumento, a Secretaria informou apenas a existência de um, interposto pelo INSS, sendo relevante o fato de que esses agravos de instrumento não constavam do sistema, sem embargo de alguns terem sido adunados aos autos e outros apensados.*
>
> Face a essa discrepância foi determinado o desarquivamento desses recursos, e analisados mais 03 agravos que permaneciam apensados ao processo principal. Pôde-se, então, observar:
>
> *a. No dia 31.05.1999, a Autora e alguns litisconsortes supervenientes, individualmente, distribuíram 07 (sete) agravos de instrumento,* antes mesmo de o MM. Juiz apreciar o pedido de antecipação de tutela.

Nesses recursos objetivava-se a apreciação de tal pedido pelo TRF, em substituição ao Juízo monocrático, a fim de que fosse concedida a tutela antecipada, nos termos do pedido constante do aditamento;

Em nenhum desses recursos foi indicado o número correto da ação originária, ou seja, AO n. 99.0003061-3, embora informassem que o recurso era contra o MM Juízo da 4ª Vara — ES.

Os agravos foram instruídos tão-somente com procurações, contratos sociais e, em alguns casos, substabelecimento.

Após a distribuição automática, foi requerida desistência dos mesmos em petições protocoladas em 1º e 02 de junho de 1999.

Transitada em julgado a decisão que homologou a desistência dos recursos, foram os autos encaminhados à 4ª Vara — ES — indicada nas razões de recurso como sendo a vara de origem — e juntados ou apensados aos autos da AO n. 99.0003061-3, *a despeito de os números das respectivas ações originárias declaradas no recurso serem diversos e, em alguns casos, pertencerem a outras Varas.*

b. Em 09.06.1999, alguns litisconsortes supervenientes, individualmente, distribuíram mais 09 (nove) agravos de instrumento.

Como já havia sido concedida a antecipação da tutela, 05 (cinco) dos agravos pretendiam que fosse atribuído efeito suspensivo ao recurso, de forma a que tais efeitos permitissem também a antecipação da tutela quanto ao direito de as Autoras verem acrescidos aos valores apurados pela FGV os índices expurgados do Governo Federal;

Os outros 04 (quatro) agravos de instrumento tinham como objeto a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, de forma a que tais efeitos também permitissem a antecipação da tutela quanto ao direito de a Agravante desobrigar-se do recolhimento do IPI nas importações a serem efetuadas, ao argumento de que a simples importação de produtos não se constitui em fato gerador do IPI. *Verificou-se, pois, que o objeto desses agravos era diverso do pedido constante na Ação Ordinária em referência.*

Novamente, *não indicaram corretamente o número da ação originária,* embora informassem que o recurso era contra o MM. Juiz da 4ª Vara — ES.

Em que pese os pedidos nos agravos indicarem que as Agravantes conheciam a decisão agravada, *os recursos não foram instruídos com as*

cópias da mesma, documento indispensável para sua interposição, sendo instruídos apenas com procurações, contratos sociais e substabelecimentos.

Após a distribuição automática, houve pedido de desistência em 08 (oito) dos 09 (nove) agravos distribuídos, cujas petições foram protocoladas nos dias 10 e 11 de junho de 1999. Os autores só não pediram desistência do Agravo de Instrumento n. 99.02.23424-0, interposto por Distribuidora Lunar Ltda, que fora distribuído ao Desembargador Federal Ricardo Regueira. Este recurso *tratava de matéria diversa* da que era discutida na AO n. 99.0003061-3. O referido agravo de instrumento referia-se ao IPI.

Transitada em julgado a decisão que homologou a desistência dos recursos, foram os respectivos autos encaminhados à 4ª Vara — ES — indicada nas razões de recurso como sendo a Vara de Origem — e juntados ou apensados aos autos da AO n. 99.0003061-3, embora, conforme dito, *os agravos de instrumento informassem números de ações originárias diversas e alguns tratassem de matéria diversa.*

c. Em 10.06.1999, uma das Litisconsortes supervenientes — Reali Supermercados Ltda — distribuiu mais 01 agravo de instrumento (99.02.23638-3), indicando como processo originário o mesmo do AgI n. 99.02.23424-0 (distribuído na véspera ao Desembargador Federal Ricardo Regueira) o que ocasionou a distribuição ao emintente Relator, por prevenção.

Em ambos os Agravos, *as Agravantes requereram, em 11.06.1999. a retificação do número do processo originário,* conforme abaixo indicado:

AGI N.	PROCESSO ORIGINÁRIO INDICADO	PROCESSO ORIGINÁRIO RETIFICADO
99.02.23424-0	99.0003852-5(6ª Vara/ES)	99.0003853-3(4ª Vara/ES)
99.02.23638-3	99.0003852-5(6ª Vara/ES)	99.0003061-3(4ª Vara/ES)

Ora, se o número do processo originário indicado nos dois Agravos de Instrumento — 99.0003852-5 — foi retificado para fazer constar dois números distintos deste, cujos objetos também eram diversos (99.0003853-3 — IPI e 99.0003061-3 — validade de títulos da dívida pública) *concluiu-se que a apontada prevenção, na verdade, não existia.* Este fato não podia ser do conhecimento do setor de distribuição, o que não aconteceu com relação ao eminente Relator que reconheceu a prevenção em despacho manual, à vista dos autos do recurso.

Ressalte-se que somente após fixada a prevenção, para julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas na Ação Originária 99.0003061-3, é que foi providenciada a intimação da União Federal comunicando a concessão da tutela antecipada, e citados os réus (União Federal/Fazenda Nacional e INSS).

d. Conseqüentemente, em 30.06.1999, quando o INSS interpôs o AGI n. 99.02.26771-8, a distribuição deu-se por prevenção ao AgI n. 99.02.23638-3 (Relator: Desembargador Federal Ricardo Regueira, já previamente escolhido)" (fls. 04/07).

Quanto à existência de continuidade delitiva, e não concurso material, embora me pareça plausível a tese, tenho que a sua ocorrência será melhor verificada após a instrução criminal, quando reunido todo o material cognitivo. Aplicável, de qualquer forma, a Súmula n. 243 do Superior Tribunal de Justiça quanto ao **sursis** processual.

Voto pelo recebimento da denúncia.

Admitida a denúncia e, tendo em vista a gravidade da imputação, realizada no exercício da função judicante, acrescida do fato de que ainda continua a correr inquérito em relação a outros crimes supostamente cometidos em conexão, no qual houve inclusive quebra de sigilos bancário, telefônico e fiscal, em decisão confirmada por esta Corte Especial, impõe-se o afastamento preventivo dos magistrados, nos termos do art. 29 da Loman, sem prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens.

Sendo assim, **voto** pelo afastamento dos magistrados nos termos acima expostos.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, em sede de juízo de admissibilidade da acusação, não tenho absolutamente nada a acrescentar ao minucioso voto do eminente Ministro-Relator.

Acompanho o voto de S. Exª. também quanto ao aspecto do afastamento, porque, como foi dito hoje pela manhã, o afastamento tem um caráter administrativo no bom andamento da própria administração da justiça, no interesse do jurisdicionado e dos próprios denunciados.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, com as ponderações do Sr. Ministro Gilson Dipp.

Recebo a denúncia, com afastamento.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: De tudo quanto nesta tarde observei no curso deste julgamento (denúncia, sustentações orais — primeiro, a da acusação, depois, a da defesa —, memoriais e pareceres), a impressão que em mim foi ficando e acabou mesmo ficando foi, diria eu, a da tentativa de criminalização de atos processuais; portanto, de atos tipicamente jurisdicionais.

Aliás, hoje de manhã, o tema foi aflorado nas observações do Ministro Luiz Fux em caso assemelhado, em prudente voto proferido depois de haver pedido vista do processo que julgávamos. Conquanto tenhamos todos nós, sem exceção, recebido a denúncia, naquele momento, entretanto, já trazia eu à minha memória o que reza o art. 41 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/1979), nestes termos: "Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir."

2. Entre os dois casos — o desta manhã, com denúncia já recebida, repito, unanimemente, e o caso desta tarde, que ora estamos julgando —, há, ao que penso, diferenças, e diferenças prejudiciais ao primeiro, por isso é que não havia, naquele caso, suficiente justificativa tendente a impedir tivesse a ação prosseguimento.

3. No caso presente, quanto ao primeiro e ao segundo denunciados — José Ricardo de Siqueira Regueira e Antônio Ivan Athié, membros do Tribunal Regional Federal da 2ª Região —, a denúncia, vejam bem, começa falando que eles, os dois denunciados, "praticaram uma série de atos processuais contra expressa disposição de lei".

Mas o ato processual é controlável pelas partes, por ambas as partes — a do pólo ativo e a do pólo passivo —, aliás, há de sê-lo sempre e sempre, principalmente pela parte adversa, e as partes, ambas, obviamente são representadas em juízo por advogados, os quais têm uma série de direitos, tais como examinar autos, peticionar, requerer e retirar autos etc.; e o que é mais importante: o ato processual é recorrível (submete-se ao crivo de outros juízes) — e como há recursos!, eles existem em número que permite, na instância ordinária, o controle das leis e dos fatos; na instância excepcional, o controle das leis, precipuamente.

4. De acordo com o que me foi possível ir aqui anotando, o pano de fundo tem a ver com uma antecipação de tutela, daí, em seqüência, a distribuição de vários agravos de instrumento em segundo grau — comportamento reprovável de advogados, ao que tudo indica —, as desistências e a prevenção.

De fato, tais atos são atos processuais. Em vários momentos, as leis de processo a eles se referem, também a eles se referem os regimentos dos tribunais. Atos jurisdicionais, como tais, sujeitos, primeiro, ao controle da parte contrária, segundo, ao controle de órgãos colegiados do próprio Tribunal, por fim, ao controle de outros tribunais.

Há informações, pelo que me foi proporcionado neste momento ler e ouvir, de que esses atos foram submetidos a colegiados. Sei lá se todos os atos, mas alguns o foram sem dúvida alguma. Outros membros do Tribunal são indicados como tendo participado dos julgamentos.

5. A opinião que tenho, posso estar errado, mas o convencimento que me ficou é o que estou expondo, a saber, que se está, no caso presente, querendo censurar penalmente a prática de atos jurisdicionais. Juridicamente, é possível? Evidentemente que não, não é possível, pois todos sabemos que o magistrado não há de ser censurado pelas suas opiniões, tal como escrito na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

6. Durante a discussão ou quando já da votação, alguém, talvez um dos nossos ilustres Colegas, não me recordo bem, referiu-se ao delito de opinião, e um dos pareceristas lembrou que, um dia, em algum lugar, num Tribunal ou num arrazoado, o eterno **Ruy Barbosa** falava do "crime de hermenêutica". Isso me preocupou, levando-me a memória de leituras a alguns tristes conceitos dos anos trinta, como a "idéia fundamental" ou o "são sentimento do povo".

7. Daí a dificuldade com que me deparo, isto é, a de ter como aplicável à espécie o enunciado no art. 299 do Código Penal. O assunto foi amplamente analisado por pareceristas de notório saber jurídico, todos conhecidos, de conhecimento do mundo intelectual, do mundo jurídico, mormente da dogmática penal e processual, nacional e internacional.

8. Dir-se-á que algo mais existe. Ao que parece (há informações nesse sentido), o inquérito foi aberto com a tendência de se apurar apropriação de dinheiro, valor ou qualquer outro bem, ou com a tendência de se investigar a solicitação ou o recebimento de vantagem indevida. Isso é possível, mas aqui não há palavras nesse sentido: inexiste apontamento de indícios, de algum preciso e claro indício. Talvez por isso é que tenha a denúncia sido formulada sob a alegação de falsidade ideológica — crime aqui de difícil configuração, tal qual se lê da fundamentação dos diversos pareceres apresentados.

9. Ainda que se admita (**ad argumentandum tantum**) tenha havido o propósito de favorecimento a que alude o denunciante, mesmo assim, não tenho eu como afastar a minha perplexidade diante dos acontecimentos narrados, isso por-

que, volto a insistir, trata-se de atos controláveis, tanto que são atos processuais, podendo exercer o controle deles, primeiro, a outra parte, depois, o próprio Tribunal e, por fim, outros tribunais. E controle houve, se não de todos os atos, de alguns sim, pelo menos.

10. A mim se me afigura ou que o fato narrado — vejam que eu estou examinando a conduta dos dois magistrados, *unicamente* — não constitui crime, evidentemente (Código de Processo Penal, art. 43, I), ou que a acusação é improcedente à míngua desde logo de provas suficientes para a sua sustentação (Lei n. 8.038/1990, art. 6º e Regimento, art. 222).

11. Num e noutro aspecto, o que vejo é que a acusação fundada em falsidade ideológica, repito, em falsidade ideológica, não tem como se sustentar no presente caso, relativamente aos magistrados.

12. Voto no sentido de julgar improcedente a acusação quanto aos denunciados José Ricardo de Siqueira Regueira e Antônio Ivan Athié.

No atinente aos demais denunciados, voto pela remessa dos autos a juízo de primeiro grau, tendo em vista, de acordo com a minha ótica, a cessação da competência pela prerrogativa de função.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, rogo vênia ao Sr. Ministro-Relator e aos demais eminentes Colegas que acompanharam o voto de S. Exª. para aderir parcialmente ao voto do Sr. Ministro Nilson Naves. Penso tanto quanto S. Exª. que se trata de apreciação em torno de atos de cunho jurisdicional.

Com relação ao Desembargador Federal José Ricardo de Siqueira Regueira, a imputação substancial é a de que S. Exª. reconheceu por despacho manual uma prevenção que, na verdade, não existia. Ora, saber se a prevenção ocorre ou não é matéria estritamente jurisdicional, e não se pode afirmar que haja, no caso, a prática de uma conduta típica tal como assevera a denúncia, classificando o fato no art. 299 do Código Penal.

Acompanho inteiramente o voto do Sr. Ministro Nilson Naves com relação ao Desembargador José Ricardo de Siqueira Regueira e mais ainda com relação ao Desembargador Federal Antônio Ivan Athié, que, simplesmente, recebeu os 16 volumes, os 16 agravos, e determinou o arquivamento. Não vejo como se possa, na hipótese, considerar crime esse simples fato, que, como foi dito da tribuna, normalmente é feito pela secretaria. O juiz apenas determina, por despacho, o apensamento aos autos da ação principal ou o arquivamento.

Rejeito a denúncia com relação aos dois acusados referidos e, quanto aos outros denunciados, determino a remessa dos autos ao Juízo competente.

Rejeito o afastamento dos desembargadores.

VOTO VENCIDO

O Sr. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, ouvi com atenção o relatório, a escorreita peça acusatória, desenvolvida pela ilustre representante do Ministério Público, e as brilhantes defesas dos nobres advogados. Não vislumbrei crime.

Com relação aos advogados, no caso, tenho notícia de que foram interpostos vários agravos, talvez até mal instruídos, mal postos, dos quais desistiram e que foram devolvidos. As teses defendidas, como aliás disse da tribuna o advogado Beline José Salles Ramos, se não me falha a memória, foram antes defendidas por brilhantes juristas brasileiros. Ainda pela manhã, comentava com o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro que tivemos a oportunidade de julgar na Primeira Seção um caso de expropriação do princípio do século em que se pretendia a correção monetária plena desde a data em que se operara o que recusamos. Esses títulos, ao que se noticia, têm sido comprados por pessoas dignas e honestas, ou mesmo por outras que não sejam, que sejam meros especuladores.

A petição do advogado, na verdade, não pode ser considerada documento para fins penais. O advogado pode até ter procedido mal no aspecto profissional, mas não vejo crime; da mesma forma com relação ao Desembargador Antônio Ivan Athié, que se limitou a determinar o arquivamento dos agravos desistidos, o que foi bem acentuado da tribuna e também pelos votos que me antecederam. Quanto ao Desembargador José Ricardo de Siqueira Regueira, também não vejo crime, por isso que exerceu o dever de julgar e o fez, como é de presumir-se, de acordo com o seu convencimento.

Foi muito feliz o Sr. Ministro Nilson Naves quando enunciou, pela manhã, ao julgarmos um caso que não se assemelhava a este, que o acusado teria, sim, buscado ou forjado a prevenção. Na hipótese, o Sr. Ministro Barros Monteiro acentuou que houve uma decisão por prevenção do Desembargador. Ainda pela manhã, ouvimos um voto brilhante do Sr. Ministro Luiz Fux, demonstrando a diferença da atuação jurisdicional e de outra comum, ou até da administrativa dolosa.

Não posso vislumbrar crime de qualquer dos acusados. Diferentemente dos eminentes Ministros Nilson Naves e Barros Monteiro, no caso, entendo que não teria havido concurso de ações criminosas, pois assim não qualifico os fatos denunciados.

Rejeito por inteiro a denúncia com relação aos juízes e aos advogados.

Estou convencido de que não há crime. E mais, jamais disse aqui que a conduta do advogado seria correta ou não, aliás, frisei bem que do ponto de vista ético, sim, poderia deixar a desejar, mas do ponto de vista criminal, não — e estamos julgando crime, aqui. Quem julga ética de advogado é a Ordem dos Advogados do Brasil, a que me honrei de pertencer durante 30 anos.

Quanto ao afastamento, tenho que a Loman precisa ser emendada — já disse isso antes —, para possibilitar àquele magistrado que esteja sendo acusado o afastamento espontâneo, porque é assim que se deve proceder.

Neste caso, e não tendo reconhecido crime por qualquer dos acusados, não vejo por que negar a aplicação do artigo 5º, LV e LVII, da Constituição. Por isso mesmo, acompanho os votos dissidentes que me antecederam.

Rejeito o afastamento dos desembargadores proposto pelo Sr. Ministro-Relator.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, acompanho por inteiro as considerações feitas pelo Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Fui advogado por trinta anos e sou juiz há doze, e a sustentação humilde e emocionada do advogado, dizendo "fiz", deixa claro que o advogado não pode enxergar no Poder Judiciário uma roleta em que seu constituinte corre o risco de ver a pretensão do seu cliente examinada por um juiz avesso à tese que defende, que, com certeza, irá indeferir a liminar. A meu ver, não é o direito do advogado, mas a obrigação — se existe no tribunal juiz favorável a sua tese — procurar esse juiz que é favorável a sua pretensão. E para isso é lícito ao advogado tentar driblar a distribuição para que seu processo, sua petição caia em um juiz que seja favorável.

O que é censurável, anômalo, é a existência de juízes de um mesmo tribunal que, sistematicamente, julgando a mesma matéria, indeferem ou deferem. A contradição interna, no tribunal, é anômala. O procedimento de o advogado entregar o seu cliente a uma roleta e esperar que lhe dê o bingo, a meu ver, é censurável. O advogado, em primeiro lugar, deve ter a coragem de fazer o que esse advogado, que se diz humilde, mas é sincero e tranqüilo, fez, assumindo seu ato. Não vejo também ilícito em tal conduta.

Quanto aos dois juízes, ouvi uma observação interessante do Ministério Público. O juiz que decide contra a Fazenda corre risco. Há pouco, julgamos a questão do Paraná, em que Estado que pleiteia pagamento insuficiente, se o Estado estiver

errado, arcará com essa responsabilidade. Mas se nos manifestarmos contrário ao Estado, dir-se-á que o Judiciário criou um esqueleto. São corriqueiras, nos jornais, notícias a dizerem que o Judiciário mandou que se pague integralmente os funcionários gerando prejuízo aos cofres públicos. Na verdade, entretanto, o que fazemos em tais casos é, simplesmente, aplicar a lei.

Estamos diante dessa preocupação dos juízes.

Certa vez, comentei que juiz brasileiro exerce hoje, profissão de risco. Bem por isso está ficando vazia, e poucas pessoas esquentam lugar na Primeira Seção deste Tribunal, porque votar contra o Estado é ato de risco.

E o que ocorreu aqui? Os dois juízes decidem contra a Fazenda Nacional nesse tema. Os advogados, conseqüentemente, distribuem o processo para os referidos juízes. Então, vamos punir esses juízes. Qual é a posição desses juízes nesse caso? Se alguém perguntar qual o número dos dois ou três processos que tenho em pauta, não saberei; não tenho condições de controlar, porque minha memória não é suficiente para esse tema — aliás, a minha memória não foi feita para guardar número de processos, mas para coisas melhores. Esses processos chegam, e esses juízes, pura e simplesmente, os recebem. Então, são culpados, são criminosos, vamos afastá-los, para que não recebam mais e, no entanto, exige-se que o Poder Judiciário seja rápido.

Sr. Presidente, estamos julgando, penetrando a intimidade do ato jurisdicional, punindo um delito de opinião profissional.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, porque, na verdade, não enxergo ilícito em nada do que se contou aqui.

Fico com a minha consciência dizendo, sem querer polemizar mais, que observo — eu que nunca julguei em roleta —, que o defeito está no processo de distribuição, está na estrutura do Poder Judiciário. Digo que não entregaria a minha causa a advogado que se submetesse à roleta, não jogo meu dinheiro e nem a minha causa em roleta.

Por uma questão de coerência, acompanho o voto do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, rejeitando o afastamento dos desembargadores.

VOTO VENCIDO (Em Parte)

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, quando do início do julgamento deste processo, tinha a nítida impressão de que se cuidava de mera repetição daquele assunto julgado, envolvendo um outro juiz do mesmo tribunal. Posteriormente, observei que, na verdade, se havia algumas semelhanças, pontos diferencia-

dores estavam presentes que definiam, com muita nitidez, que se cuidava de hipótese diferente daquela.

Pude perceber também, no desenrolar deste julgamento, que este feito marca um momento do Tribunal, diria até um momento para a Justiça brasileira, porque, em real verdade, estaremos aqui, se não a definir, como penso eu com a devida vênia, que a conduta do magistrado na sua atividade jurisdicional pode importar em crime, pelo menos, como se deu na visão dos eminentes Colegas que acompanharam o Sr. Ministro-Relator e na própria visão do Relator, que há uma zona cinzenta que não deixa definir com muita nitidez a partir de quando o juiz corre risco em externar o seu convencimento. Este julgamento também marca, muito fortemente, a história deste Tribunal pela beleza das sustentações da douta Subprocuradora-Geral da República e dos eminentes advogados que aqui estiveram presentes.

Com essas considerações e sabendo da gravidade do meu posicionamento, sobretudo por discordar de respeitados juristas que militam na Seção de Direito Privado, por discordar do eminente Ministro-Relator, Felix Fischer, que é muito respeitado pelo tecnicismo que confere aos seus julgados, não se deixando envolver por emoções que possam turvar o seu julgamento, por reconhecer o saber jurídico dos doutos Colegas que compõem a Terceira Seção e que já se manifestaram pelo recebimento da denúncia e também aos demais que acompanharam o eminente Ministro-Relator, peço vênia a S. Exªs. para acompanhar o voto do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

O fato de não ter reconhecido a incorrência de crime não conduz a que eu estivesse a fazer aplauso às condutas dos que estão sendo aqui julgados. No entanto, por mais recriminável que pudesse ser, se não enxergasse a perpetração de crime, não poderia, por ser antiética a conduta, por ser reprovável, só por isso, receber a denúncia ou mesmo, posteriormente, vir a condenar os acusados. Também, o fato de ter rejeitado a denúncia, ficando vencido nesse ponto, não me conduz, **data venia**, a acompanhar os que votaram em divergência. É que, tendo ficado vencido, e a maioria do Tribunal tendo vislumbrado, pelo menos, o crime em tese, tenho que me curvar a esse entendimento, pois, se é assim, não seria de os desembargadores continuarem na atividade jurisdicional enquanto estivessem sendo processados por ato que decorre de sua própria atividade.

Por isso é que, com o devido respeito, voto pelo afastamento dos desembargadores.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, sou Ministro deste Tribunal pela classe dos juízes federais e escolhi a profissão de Magistrado porque acredito no

Direito e acredito que o Direito pode mudar a cultura deste País. Este País tem que deixar de ser o País do "*jeitinho*". Não é possível ouvir, sem indignação, que o advogado pode tudo; que o advogado pode, um dia, dizer que quer o julgamento pelo juiz natural, pelo promotor natural e, ao mesmo tempo, afirmar que o advogado pode burlar a distribuição, que é o ato mais sagrado da minha profissão. Se eu souber que um colega meu está fraudando a distribuição ou está colaborando com a fraude na distribuição, direi, na frente dele, que ele é um juiz desonesto. O juiz não pode escolher os seus processos, e tal fato não pode ser tratado com naturalidade nesta Corte Especial — daí a minha indignação.

Está na Constituição, art. 133, que "o *advogado é indispensável à administração da Justiça*" e, se ele é indispensável à administração da Justiça, tem que ser leal com o juiz. Um juiz que recebe agravos de instrumento para arquivar e não se dá conta de que está sendo vítima de uma fraude é, realmente, um juiz que não tem noção da importância da sua função ou é desonesto e, por isso, em relação a ele, a denúncia precisa ser recebida.

A sociedade não pode tomar conhecimento de uma absolvição primária sem o esclarecimento completo desses fatos. Digo mais: um advogado que comparece a esta Corte e confessa que escolhe juiz é um profissional que não percebeu a importância da sua função, porque o advogado é indispensável à administração da Justiça — à qual deve servir.

Acompanho integralmente o voto do Sr. Ministro-Relator, recebendo a denúncia.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, pela manhã, na ação penal anterior em que a denúncia foi recebida, votei na consciência de que o juiz determinou a distribuição para si e, ao fazer isso, praticou um ato administrativo e não jurisdicional.

Sabemos que o Código de Processo exige rigorosamente que todos os processos sejam distribuídos, obedecendo a critérios de impessoalidade. Esse é um princípio de moralidade processual.

Examinei com muito cuidado todos os longos memoriais que foram apresentados, a denúncia, um fato material, e não estou convencido, com a devida vênia da divergência aqui instaurada, se esse ato é puramente de natureza jurisdicional ou administrativa, uma vez que há dúvidas postas na apuração dos fatos, e estas só poderão ser clareadas no curso da instrução processual.

Em tese, em face do cotejo existente entre a denúncia e os fatos apurados, há possibilidade do cometimento de um delito. Se caracterizada a ação de distribuição como de natureza administrativa e, se caracterizada, mesmo sendo de natureza administrativa, ocorrendo um consentimento naqueles atos de natureza administrativa da distribuição, há possibilidade de se apurar cometimento de delito.

Quanto ao outro fato aqui narrado, do segundo denunciado, observo que as atitudes não estão muito claras acerca da inexistência de delito e penso que só pode haver o não-recebimento da denúncia quando há bastante clareza sobre os fatos apontados não caracterizarem, em nenhuma circunstância, delito previsto na alínea **a** do nosso ordenamento jurídico-penal.

Sr. Presidente, em face da minha convicção, recebo a denúncia como foi apresentada no voto do eminente Ministro-Relator, tendo em vista a concepção de que, em tese, confrontando a denúncia com os fatos apurados, há a possibilidade de se desvendar a ocorrência ou não de ilícito. Essa manifestação só poderá ser detectada no campo de uma instrução mais ampla, uma vez que sabemos que no foro privilegiado, em que há uma característica toda especial a respeito da denúncia, o procedimento de apuração é sumário.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Sr. Presidente, a matéria está mais do que debatida. Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, recebendo a denúncia, participando da veemente indignação do eminente Ministro Ari Pargendler.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Presidente, meu voto, sendo o último, não terá nenhuma influência na Corte. Acompanhei com muita atenção a intervenção dos eminentes advogados da tribuna tal e qual o fiz ouvindo atentamente a intervenção da douta Subprocuradora-Geral da República e os votos que aqui foram proferidos.

A matéria não é simples, mas, desde logo, uma observação tenho como pertinente: de fato, como afirmou o Senhor Ministro Ari Pargendler, não se pode receber com naturalidade, sem indignação, a afirmação de um advogado de que é lícito escolher o Juiz, utilizando manobras para fraudar a distribuição. Isso, evidentemente, não tem nenhum apoio não só no sistema normativo como igualmente no plano da ética. Ao advogado não é lícito burlar nem o sistema normativo nem o seu próprio código de ética, que o faz respeitar a atividade profissional dentro dos limites que o Direito positivo impõe.

Hoje de manhã, ao votar em caso assemelhado, acompanhei o raciocínio que foi desenvolvido pelo Senhor Ministro Luiz Fux no sentido de que se teria de estabelecer uma fronteira bem delineada com relação à possível criminalização dos atos jurisdicionais, e, sem dúvida alguma, naquele caso, as circunstâncias indicavam a possibilidade de, feita essa ressalva, identificar um comportamento delituoso e, por isso, entendendo suportada em fatos a denúncia apresentada, esta Corte, por unanimidade, acolheu-a.

Neste processo, o que se tem é a indicação de uma manobra fraudulenta, envolvendo Juízes de determinadas causas e advogados que nela atuaram. É certo que, como consta da denúncia, esses fatos estão indicados com suficiente força para justificar o entendimento de que seria possível o recebimento da denúncia na medida em que a indicação dessas manobras fraudulentas estão confortadas pela existência de processos que foram distribuídos de forma anômala e igualmente arquivados de forma anômala. Ora, como salientou o Senhor Ministro Felix Fischer, esses fatos têm o sentido da convergência na base daquilo que se exige da denúncia apresentada.

Refleti sobre a argumentação desenvolvida pelos eminentes Ministros Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros e César Rocha no sentido de rejeitar a denúncia de um lado ou de pura e simplesmente julgá-la improcedente no seu todo. Realmente, ao longo dos debates, tive a minha inclinação no sentido de acompanhar esse raciocínio à medida que lastreado em argumentos extremamente sensíveis, o principal deles, de que não é possível simplesmente acatarmos qualquer tipo de denúncia, particularmente quando envolve atos jurisdicionais, porque, assim fazendo, certamente estaremos correndo o risco de menosprezar a atividade judicante e coagir a autonomia e a independência do Juiz.

Todavia, tenho que a intervenção feita pelo eminente Ministro Ari Pargendler, veemente na sua indignação, tratou de um aspecto que, a meu sentir, merece resguardo da Corte, qual seja, o de que os elementos que foram postos na denúncia, na amplitude ao apontar manobras fraudulentas diante das circunstâncias de fato que nela constam, indicam, certamente, os fundamentos suficientes para que a denúncia seja recebida e, sendo recebida, passando, desde logo, ao largo das questões preliminares que foram muito bem traduzidas pelo eminente Ministro Felix Fischer.

Por essas razões, Senhor Presidente, acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator, para receber a denúncia e acolher o pedido de afastamento.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 33 — SP (2003/0171606-0)

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: União

Requerido: Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

EMENTA

Agravo regimental em suspensão de liminar. União. Ministério Público. Ação civil pública. Fundef. Definição do valor mínimo anual por aluno. Alegação de risco de lesão à ordem e à economia públicas. Requisitos à concessão da tutela — não presentes. Irreversibilidade do provimento antecipado — vedada. Valores discutidos vultosos — Possibilidade de lesão à economia pública.

1. A suspensão é medida de caráter excepcional, devendo ser concedida somente quando evidenciado pela parte requerente a possibilidade de lesão a pelo menos um dos bens públicos protegidos pela norma de regência, no caso a Lei n. 8.437/1992, art. 4º.

2. A tutela antecipada requer prova inequívoca e verossimilhança da alegação para a sua concessão. No presente caso, tais pressupostos não ficaram evidenciados, tendo em consideração que a matéria discutida é controvertida e os valores apresentados não gozam de qualquer certeza e liquidez.

3. Veda-se a concessão da antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

4. Agravo regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Rela-

tor. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon e Paulo Gallotti e, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Gilson Dipp foram substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Ajuizou o Ministério Público Federal ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, contra a União, pleiteando que esta ficasse impedida de definir o valor mínimo anual por aluno, para fins de complementação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental — Fundef, em importância que afirmou inferior àquela resultante da aplicação dos critérios legais estabelecidos para tal fim. Para tanto, afirmou que a fórmula utilizada pelo Governo Federal não traduzia a vontade do legislador, estabelecida na Lei n. 9.424/1996, art. 6º, § 1º.

Concedida a tutela requerida pelo Juízo da 19ª Vara Federal de São Paulo — Capital, seguiu-se agravo de instrumento ao TRF da 3ª Região. Foi requerido, ainda, pedido de suspensão da tutela à Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Indeferido o pedido de suspensão pelo Presidente do TRF da 3ª Região, interpôs, a União, agravo regimental ao colegiado que restou por ratificar àquela decisão.

Paralelamente o Juízo da 19ª Vara Federal aplicou à União multa diária de R$ 10.000.00 (dez mil reais), desde 1º de janeiro de 2000, sob fundamento de falta de cumprimento da decisão liminar.

Requereu a União a esta Presidência, então, suspensão dos efeitos da tutela antecipada. Aduziu que o Fundo, dentre os 27 (vinte e sete) existentes, que produzir o menor valor mínimo por aluno, seria o padrão na definição do valor mínimo por aluno nacional, não sendo correta a tese do Ministério Público no sentido *"que se deve encontrar um valor médio anual por aluno de todos os Fundos, que será eleito como valor mínimo para todos os Estados e para o Distrito Federal"*(fl. 06).

Alegou, ainda, que a fórmula proposta pelo Ministério Público é extremamente onerosa, importando na necessidade da União despender, de pronto, recursos da ordem de R$ 1.559.000.000,00 (um bilhão e quinhentos e cinqüenta e nove milhões de reais), conforme cálculo estimado na própria inicial, vindo a concessão da tutela acarretar graves danos para a ordem administrativa e para a ordem econômica.

A despeito da manifestação do Ministério Público pelo indeferimento do pedido de suspensão, deferi-o porquanto entendi presentes os requisitos autorizadores da medida.

Vem agora o Ministério Público Federal com este agravo sustentando que a exeqüibilidade antecipada *"só vem atender ao interesse público"* (fl. 138), e, ainda, que a União não demonstrou o perigo de dano à ordem administrativa e econômica decorrente.

Não reconsiderando a decisão recorrida, trago este regimental para deliberação desta Corte Especial.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhores Ministros, a suspensão é medida de caráter excepcional, devendo ser concedida somente quando evidenciado pela parte requerente a possibilidade de lesão a pelo menos um dos bens públicos protegidos pela norma de regência, no caso a Lei n. 8.437/1992, art. 4º.

Restrita à verificação de repercussões lesivas a certos interesses públicos advindas de decisões liminares, a via suspensiva não admite incursões em matéria de mérito, o que afasta de imediato qualquer análise quanto a possíveis **error in procedendo** ou **error in judicando** nas decisões proferidas pelos demais órgãos jurisdicionais, não constituindo, em expressão já repetida em inúmeras vezes nesta Corte Especial, em sucedâneo recursal.

Tendo em conta essas premissas, entendi que o pedido formulado pela União apresentava os requisitos necessários à concessão da contracautela.

A questão em discussão nos autos principais gira em torno da interpretação da Lei n. 9.424/1996, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério — Fundef, art. 6º, § 1º, sobre o qual há enorme distinção de entendimentos entre as partes envolvidas.

Além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou a caracterização do abuso do direito de defesa, ou, ainda, o manifesto propósito protelatório do réu, o CPC, art. 273, **caput**, prescreve que a tutela antecipada

poderá ser deferida pelo órgão jurisdicional, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação. No presente caso, penso que não há prova, qualificada de "inequívoca", a justificar a concessão da medida antecipatória. Não obstante a discussão girar em torno tão-somente de matéria de direito, a mesma apresenta-se bastante controvertida, com entendimentos totalmente díspares a exigir a necessidade do desenrolar do contraditório em sua cognição plena. Os valores discutidos são, nesse sentido, destituídos de qualquer liquidez e certeza, podendo-se considerar a concessão da tutela antecipada em situações como essa, no mínimo, apressadas, quando não temerárias. Nesse sentido, transcrevo entendimento esboçado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello em hipótese bastante análoga à presente:

> "Cumpre atentar não só para a complexidade da matéria versada na inicial, a exigir a audição da ré, como também para a dilação probatória e os valores em discussão. Está-se diante de um sistema que precisa ser, antes de tudo, equilibrado, viabilizando-se, com isso, o tratamento isonômico e a própria manutenção. O Fundo é de natureza nacional — vale dizer, dele participam todas as unidades da Federação. *Descabe, sem as demonstrações pertinentes, sem a revelação insofismável da procedência do que foi articulado na inicial, implementar a tutela, sob pena de haver a fragilização do próprio Fundo, com evidente prejuízo do valor — educacional — a que está voltado. Indefiro a tutela antecipada.*" (ACO n. 700/RN, DJ do dia 28.11.2003, grifei)

Também o Ministro Carlos Velloso, ao afirmar:

> "(...) É de ser indeferida a tutela antecipada, mesmo porque os valores pleiteados não são líquidos nem certos. A instrução, portanto, é em todo necessário e somente por decisão final poderão ser tidos como devidos e, se devidos, estabelecido o seu **quantum**. Indefiro, portanto, a tutela antecipada." (ACO n. 683/CE, DJ do dia 28.10.2003)

Os valores discutidos, malgrado a sua falta de liquidez e certeza, são sem sombra de dúvida vultosos, tendo em conta as assimetrias econômicas entre os entes federativos, e assim sendo possuem uma potencialidade de impacto nas finanças públicas bastante elevado, o que justifica o deferimento da suspensão requerida. O próprio Ministério Público, em sua peça inicial na ação civil pública, datada do ano de 1998, afirma que teria a União deixado de aplicar no Fundef o valor de R$ 1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos milhões de reais).

Não se pode desconsiderar, ainda, o alto risco de irreversibilidade da decisão liminar, pois vejo como pouco provável, em caso de insucesso da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público, a possibilidade da União recuperar posteriormen-

te os valores a mais repassados ao Fundef, o que por si só, a teor do CPC, art. 273, § 2º, constitui-se em obstáculo intransponível à concessão da medida antecipatória.

A matéria em discusão é de interesse público sim, mas a determinação para que a União faça um controvertido encaixe financeiro de mais de um bilhão de reais, sem qualquer previsão orçamentária, no Fundef, constitui-se fator de risco à economia pública, e sua execução pode simplesmente representar a retirada de recursos do roto para dar ao maltrapilho, sem qualquer benefício para a sociedade.

É nesse contexto que reafirmo os termos da decisão impugnada pelo Ministério Público Federal, reconhecendo a possibilidade de danos à ordem e à economia públicas decorrentes da tutela antecipada concedida, sem deixar de reconhecer, porém, a importância do direito discutido na ação principal e das implicações de ordem social daí decorrentes.

Assim sendo, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA N. 61 — CE (2003/0238265-2)

Agravante: Associação dos Juízes Classistas da Justiça do Trabalho da 7ª Região — Ajucla-VII

Advogados: Ricardo Sarquis Melo e outro

Agravada: União

Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região

EMENTA

Agravo regimental. Juízes classistas da Justiça do Trabalho. Reajuste de proventos e pensões. Majoração dada pela Lei n. 10.474/2000 à Magistratura da União. Suspensão de tutela antecipada. Requisitos. Lesão aos valores tutelados pela Lei n. 8.437/1992 demonstrada. Efeito multiplicador.

1. Exauridas todas as vias recursais no Tribunal de origem, revela-se cabível o pedido originário de suspensão perante o Superior Tribunal de Justiça, afigurando-se, no caso, como condição de procedibilidade do pleito o anterior julgamento, pela Corte local, do agravo regimental ou

do agravo de instrumento lá interposto, conforme ocorreu no caso dos autos, a teor da Lei n. 8.437/1992, art. 4º, § 5º (acrescido pela MP n. 2.180-35/2001).

2. A suspensão de tutela antecipada, como medida de natureza excepcionalíssima, somente deve ser deferida quando demonstrada a possibilidade real de que a decisão questionada cause conseqüências graves e desastrosas a pelo menos um dos bens tutelados pela Lei n. 8.437/1992, art. 4º: ordem, saúde, segurança e economia públicas.

3. O provimento, consubstanciado na ordem de pagamento de reajustes de proventos e pensões de Juízes classistas, estendendo a eles os efeitos da majoração conferida pela Lei n. 10.474/2000 à Magistratura da União, é daqueles que não pode ser antecipado, a teor do decidido pelo Plenário da Suprema Corte, no julgamento da ADC-4/DF.

4. Há fundado risco de lesão à ordem pública, nesta compreendida a administrativa, particularmente quando considerado o real efeito multiplicador de inúmeras questões análogas, fundadas em argumentos lastreados em cognição sumária e ainda submetidas à solução definitiva nas instâncias ordinárias, aqui evidenciado na apresentação de ações idênticas perante esta Presidência, como a STA n. 62/PE.

5. Somado a isso, o reajuste a 56 Juízes classistas aposentados e pensionistas, sendo que, na STA n. 62/PE, são mais 80 beneficiados com a antecipação de tutela, implica em considerável desembolso mensal pela União, antes mesmo que definitivamente julgadas tais ações, a configurar concreto risco de lesão à economia pública.

6. Com a demonstração do risco de dano alegado, impõe-se a manutenção da suspensão da tutela antecipada contra a União.

7. Agravo regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o

Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Gilson Dipp foram substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: A União, invocando o abrigo da Lei n. 4.348/1964, art. 4º, Lei n. 8.038/1990, art. 25, Lei n. 8.437/1992, art. 4º e Lei n. 9.494/1997, art. 1º, apresentou pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida nos autos do Agravo de Instrumento n. 2002.05.00.027642-9, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Para tanto, relatou que a Associação dos Juízes Classistas da Justiça do Trabalho da Sétima Região — Ajucla — VII ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, para pleitear a revisão dos proventos e pensões de seus associados, a fim de que fosse estendido a eles os efeitos da Lei n. 10.474/2002.

Indeferido o pedido de tutela antecipada pelo Juiz da 1ª Vara Federal do Ceará, a autora interpôs agravo de instrumento no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, obtendo êxito quanto à concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso.

Por isso, a União interpôs agravo regimental, que restou prejudicado, em face do provimento do agravo de instrumento pela Primeira Turma daquele Regional, em acórdão do seguinte teor:

> "Constitucional. Administrativo. Juízes classistas. Qualidade de magistrado Federal. Tratamento legal dado pela Lei n. 10.474/2002.
>
> — Os juízes classistas trabalhistas de qualquer grau são considerados magistrados pela Lei Suprema, gozando de todos os direitos e vantagens atribuídos aos juízes em geral, à exceção da vitaliciedade.
>
> — Na qualidade de magistrados, é de se lhes aplicar, exceto quanto às especificidades próprias da condição de juízes transitórios, o tratamento legal dado aos magistrados togados, inclusive os consectários da Lei n. 10.474, de 27 de junho de 2002, isto porque, muito embora a Emenda Constitucional n.

24, de 09 de dezembro de 1999, tenha retirado da composição da Justiça do Trabalho a representação classista, tratou de preservar o direito adquirido dos que estavam em atividade, a teor do disposto no art. 2º.

— Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado" (fl. 120).

Diante dessa situação fática, a União apresentou pedido de suspensão da tutela antecipada, que foi deferido pelo então Presidente desta Corte, Ministro Nilson Naves, com os seguintes fundamentos:

"Como consabido, a contracautela aqui pleiteada somente tem vez quando efetivamente demonstrado que da medida atacada resulta gravame a pelo menos um dos bens tutelados pela norma de regência: ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Nessa moldura, vislumbro que a decisão vergastada tem o condão de causar grave lesão ao Erário, porquanto o acréscimo verificado nas despesas com pessoal impactará negativamente o orçamento da requerente, em patente prejuízo das medidas adotadas em prol do equilíbrio orçamentário, quadro que mais se agrava em conseqüência do potencial efeito multiplicador da liminar, o qual já se confirma ante a notícia de ter sido protocolizado, neste Superior Tribunal, novo pedido de contracautela — STA n. 62 —, em que se busca, tal como agora, suspender tutela antecipada que determinou a revisão dos vencimentos de juízes classistas do Estado de Pernambuco.

Na hipótese, verifico, ainda, que a decisão impugnada está a prestigiar o interesse privado em detrimento do público, sendo certo, ademais, que nenhum prejuízo advirá aos requeridos se os acréscimos salariais pleiteados na ação originária, na hipótese de serem eles bem-sucedidos, forem concedidos ao final da demanda, devendo, na espécie, ser aplicado o princípio da proporcionalidade do dano.

Isso posto, defiro o pedido para suspender os efeitos da decisão proferida pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos autos do Agravo de Instrumento n. 2002.05.00.027642-9." (fls. 123/126).

Contra essa decisão, a Associação dos Juízes Classistas da Justiça do Trabalho da 7ª Região interpõe agravo regimental, sustentando, em preliminar, a existência de supressão de instância, com o argumento de que caberia à União interpor, contra acórdão da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, recurso para o Pleno daquele Tribunal.

Ao longo da explanação sobre o mérito da causa, defende a manutenção do sistema que vinculava o valor dos proventos ou pensões de Juízes classistas a 2/3 dos vencimentos dos Juízes togados de 1º grau, alegando que a referida vinculação foi instituída pela Lei n. 499/1948, art. 5º, mantida posteriormente pela Lei n. 4.439/1964, art. 5º, constituindo, portanto, direito adquirido, previsto na Constituição Federal, art. 5º, XXXVI.

Desse modo, sustenta que a Lei n. 9.655/1998, não mantendo mais aquela vinculação, não pode ser aplicada retroativamente, razão pela qual fariam "jus" à majoração dada pela Lei n. 10.474/2000 à Magistratura da União, por serem considerados os classistas como "magistrados", nos termos da Carta Magna.

Aduz, também, que não há que se falar em lesão à ordem pública e administrativa, mas ao contrário, em "autêntico abuso de poder, onde é apontado o rolo compressor do governo para triturar direitos consolidados de cidadãos da terceira idade", ressaltando que "o sistema de pagamentos que lutam os substituídos para ser mantido remonta a 1981, recepcionado pela Constituição de 1988, cujas normas pertinentes são de leitura claríssima (art. 5º, XXXVI, 111,115 e 116) e a Lei n. 10.474/2002" (fl. 185).

Além disso, alega que não estaria havendo predominância do interesse privado sobre o interesse público, com a antecipação de tutela referente ao direito alimentar dos tutelados, tratando-se de argumento a "escamotear o cumprimento de induvidosas regras constitucionais" (fl. 186).

Por fim, ressalta a inexistência de grave lesão à economia pública, afirmando que "discute-se aqui, tão-somente questão de ordem legal. Ora essa, o aspecto econômico compete à equipe econômica do Governo. As dificuldades que alardeia a Requerente, é elementar, resolvem-se com crescimento econômico do País, jamais sacrificando idosos ou suprimindo conquistas" (fls. 167/188).

Intimada a se manifestar, a União apresentou contra-razões ao agravo (fls. 252/270).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhores Ministros, como é pacífico na doutrina e jurisprudência dos Tribunais, a extrema medida de suspensão somente tem espaço quando demonstrada a possibilidade real de que a decisão questionada resulte grave lesão a pelo menos um dos bens tutelados pela Lei n. 8.437/1992, art. 4º: ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Oportuno assinalar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, não cabe examinar, nesta via, as questões de fundo envolvidas na lide, devendo a análise cingir-se, somente, aos aspectos concernentes à potencialidade lesiva do ato decisório, em face das premissas estabelecidas na norma específica (RTJ 143/23).

Assim, a suspensão constitui atividade eminentemente política, em que o ato presidencial avalia somente a potencialidade lesiva da medida concedida contra os valores juridicamente protegidos, sem ingressar no mérito da causa em que proferida, que há de ser tratado nas vias ordinárias, eis que a suspensão não se reveste de caráter revisional, tampouco substitui a via recursal própria.

Evidente que não possui natureza jurídica de recurso, pois não permite a devolução da matéria de mérito para eventual reforma. Trata-se, portanto, de instrumento processual de cunho cautelar, que tem por finalidade a obtenção de providência excepcional e provisória, até o julgamento final da decisão de mérito proferida no processo principal.

Com efeito, quaisquer ilegalidades, **error in procedendo** ou **error in judicando** possuem sede própria para o seu deslinde.

Por não examinar o mérito da ação, nem questionar a juridicidade da medida atacada, é com discricionariedade própria de juízo de conveniência e de oportunidade que a Presidência avalia o pedido de suspensão.

A existência da situação de grave risco ao interesse público autorizadora da medida extraordinária, portanto, há de resultar concretamente demonstrada, conforme se verifica no caso dos autos.

A par de controvertida a plausibilidade do direito argüido, na origem, pela recorrente, tenho que a matéria tratada nos autos diz respeito, exatamente, às questões de fundo objeto da ação em que originada a controvérsia, ou seja, o reajuste dos proventos e pensões de Juízes classistas, com base na majoração dada pela Lei n. 10.474/2000 à Magistratura da União. E no exame do pedido de suspensão, não é demais lembrar que a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na Lei n. 8.437/1992, art. 4º, deferindo a contracautela quando demonstrada a possibilidade real de que a decisão questionada resulte grave lesão a pelo menos um dos bens tutelados pela norma de regência.

Este caso não é diferente. A liminar combatida tem o poder de causar grave lesão à ordem pública, nesta compreendida a administrativa, particularmente quando considerado o real efeito multiplicador de inúmeras questões análogas, fundadas em argumentos lastreados em cognição sumária e ainda submetidas à

solução definitiva nas instâncias ordinárias, aqui evidenciada na apresentação de ações idênticas perante esta Presidência, como a STA n. 62/PE.

E não é só. Os autos dão conta de tutela antecipada concedida para impor, à União, o reajuste a 56 Juízes classistas aposentados e pensionistas. Na STA n. 62/PE, são mais 80 beneficiados com a antecipação de tutela, implicando em vultoso desembolso antecipado pela União, antes mesmo que definitivamente julgadas tais ações, a configurar concreto risco de lesão à economia pública.

Neste caso, a antecipação de tutela esbarra na questão da exeqüibilidade da decisão, afigurando-se mais correto aguardar, para tanto, o deslinde da controvérsia em sede de cognição plena.

Oportuno assinalar o entendimento do ilustre Ministro Francisco Peçanha Martins, no julgamento do processo AgRg no STA n. 01/PR, do qual destaco o seguinte trecho:

> "Senhor Presidente, talvez tenha votado pela antecipação da tutela, mas há uma diferença muito grande entre a antecipação de tutela deferida contra a parte, qualquer pessoa, e aquela deferida contra a União. Temos o mau vezo de imaginar que o Estado é rico, mas, na verdade, ricos somos nós, e as despesas públicas se fazem mediante Lei Orçamentária e, nos termos da Constituição, os pagamentos dessas despesas, quando excedentes de determinados montantes, não podem ser ordenados senão mediante o processo do precatório.
>
> Não vejo como se possa obrigar a que o Estado promova o pagamento. Aliás, assim decidi em medida cautelar requerida pela União, já com depósitos realizados na conta de determinada entidade beneficente, suspendendo esses depósitos até a decisão final, pois não podemos deferir pagamentos senão dentro da regra estabelecida na Constituição.
>
> Uma coisa é a definição do Direito, outra coisa é a execução desses julgados. Demais disso, a tutela antecipada não é definitiva, pode ser revogada e, por isso mesmo, Sr. Presidente, tenho dúvidas quanto à possibilidade jurídica de a conceder contra as entidades públicas".

Em outras palavras, a tutela antecipada não é definitiva, podendo ser revogada quando da decisão de mérito, esbarrando, pois, em casos como o ora em exame, na imediata execução determinada pela origem.

Irreversível, sim, é a repercussão de tal antecipação para os já tão combalidos cofres públicos, vez que exsurge do contexto dos autos que o reajuste pleiteado incide sobre o valor de proventos e pensões, revestindo-se de caráter alimentar. Portanto, o provimento antecipatório tem a potencialidade de causar dano de difí-

cil, ou senão, impossível reparação à economia pública, diante da concreta e real dificuldade na devolução destes valores pelos Juízes classistas aposentados e pensionistas.

Por sua vez, caso saiam vitoriosos na ação ordinária, terá a União que promover o pagamento dos acréscimos salariais pleiteados na ação originária, evidenciando a viabilidade da imediata recomposição patrimonial dos autores, na hipótese de prevalecerem seus argumentos ao final do litígio, sem o perigo de lesionar ou inviabilizar a atividade administrativa. Não sairão, pois, prejudicados.

Neste caso, reconhecendo que a proliferação de ações idênticas (corroborada pelo ajuizamento da STA n. 62/PE, nesta Presidência) tem potencial suficiente para causar expressiva lesão à economia e ordem públicas, entendo prudente manter a suspensão da tutela antecipada, aguardando-se o julgamento final da ação, para que, aí sim, caso vencida a União, seja determinado o pagamento em debate.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento da ADC n. 4, que qualquer juiz está proibido de prolatar ato decisório sobre o pedido de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a questão de constitucionalidade, ou não, da norma inscrita da Lei n. 9.494/1997, art. 1º. O referido dispositivo legal determina a aplicação, à tutela antecipada prevista no CPC, arts. 273 e 461, do disposto na Lei n. 4.348/1964, art. 5º e parágrafo único, e art. 7º, Lei n. 5.021/1966, art. 1º e § 4º, e Lei n. 8.437, arts. 1º, 3º e 4º.

Naquela oportunidade, a Suprema Corte decidiu ser inviável a antecipação de tutela concedida contra a Fazenda Pública, em ação movida por servidor público que tenha como objeto a reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vantagens (Lei n. 4.348/1964, art. 5º) ou pagamento de vencimentos e *vantagens* pecuniárias (Lei n. 5.021/1966, art. 1º).

À evidência, incorre em flagrante afronta à decisão do STF (dotada de efeito vinculante) e ao disposto na Lei n. 9.494/1997, art. 1º, a determinação de imediato pagamento a juízes classistas aposentados e pensionistas, dos acréscimos decorrentes da revisão dos proventos e pensões — tendo como base a remuneração de Juiz togado de primeiro grau —, estendendo a eles os efeitos da majoração conferida pela Lei n. 10.474/2000 à Magistratura da União, vez que a antecipação de tutela concedida possui nítido caráter de equiparação aos Juízes togados.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão que concedeu a suspensão da tutela antecipada.

É o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA N. 66 — MA (2004/0015513-7)

Agravante: Ativa Comércio Representações e Serviços Ltda
Advogados: Ruy Eduardo Villas Boas Santos e outros
Agravada: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A — Eletronorte
Advogados: Joaquim Francisco Nunes Bandeira e outros
Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

EMENTA

Agravo regimental — Tutela antecipada para suspender licitação — Concessionária de serviço público — Legitimidade ativa — Pedido de suspensão — Deferimento — Lesão à ordem e à economia públicas configurada — Manutenção.

1. As entidades de direito privado no exercício de atividade delegada da Administração Pública e em defesa do interesse público têm legitimidade para requerer suspensão de liminar nos termos da Lei n. 8.437/1992, art. 4º e Lei n. 4.384/1964, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

2. Há lesão à ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa, quando a decisão atacada interfere no critério de conveniência e oportunidade do ato administrativo impugnado.

3. Estando evidente o risco de lesão a pelo menos um dos bens jurídicos tutelados pela norma de regência é de ser deferida a suspensão de liminar.

4. Agravo regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua

Ribeiro, Nilson Naves, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Gilson Dipp foram substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: A empresa Ativa Comércio Representações e Serviços Ltda, em ação ordinária movida contra Eletronorte — Centrais Elétricas Norte do Brasil S/A, teve deferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível de São Luís — MA, tutela antecipada para suspender os efeitos dos atos de homologação e adjudicação da licitação, na modalidade Pregão (PR-CMA n. 22.053), promovida por esta concessionária de energia, para contratação de serviços de locação de mão-de-obra de motoristas.

Por força da tutela antecipadamente concedida também foi determinado que a Eletronorte se abstivesse de firmar, com a empresa Congel Serv. do Brasil Ltda — primeira colocada no certame —, o contrato de prestação dos serviços licitados.

Para a hipótese de já ter sido assinado o respectivo contrato, determinou o Juiz que fosse o mesmo tornado sem efeito, devendo, ainda, a concessionária, em caráter emergencial, contratar os serviços de locação de mão-de-obra de motoristas diretamente com a Ativa Comércio Representações e Serviços Ltda. Fixada multa diária de R$ 1.000,00 (Um mil reais) para o caso de descumprimento, valor posteriormente majorado para R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia.

Interposto o competente agravo de instrumento, foi-lhe negado efeito suspensivo, sendo este, ao final, improvido.

Embargos de declaração opostos pela Eletronorte, também rejeitados.

Seguiram-se os recursos especial e extraordinário, que desde 30.10.2003 encontram-se pendentes de apreciação pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Maranhão, para fins de juízo de admissibilidade.

O não-cumprimento da tutela por parte da Eletronorte, sob a justificativa de "ser absurda a decisão monocrática que a deferiu", ensejou, em 1º.07.2003, o início da execução provisória da multa estabelecida naquela decisão, sendo executada a

quantia de R$ 998.000,00, valor que, segundo a concessionária, equivale hoje a R$ 2.098.000,00.

Para garantia da execução a Eletronorte nomeou à penhora títulos securitizados denominados ELET's, tendo o Juízo recusado a nomeação e, sem a exigência de caução idônea, determinado a penhora de valores depositados nas contas bancárias da executada.

Deferido, a requerimento da Eletronorte, pedido de suspensão dos efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Maranhão no julgamento do Agravo de Instrumento n. 024452/2002 (fls. 261/265), e, por conseqüência, da tutela antecipada ali confirmada.

Suspensas, também, até que definitivamente julgada a lide, a obrigatoriedade de contratação da empresa ativa e a multa diária imposta por descumprimento da tutela, inclusive sua respectiva execução provisória.

Sobrevem, agora, agravo regimental ajuizado pela ativa , ao argumento de ser impossível aplicar o rito da Lei n. 8.437/1992 à agravada, por ser empresa privada que apenas exerce, mediante delegação, funções do Poder Público.

Afirma não se tratar de defesa de interesse público, mas sim, de interesse particular da agravada, consistente no não-pagamento de valor fixado a título de multa (*astreintes*).

Destaca que a multa pode ser exigida a qualquer tempo, sendo desnecessário aguardar a decisão final de mérito.

Diz não haver risco à ordem, à economia ou à saúde públicas pois a execução provisória não objetiva a contratação da agravante, mas, tão-somente, a cobrança executiva da multa por descumprimento de ordem judicial, sendo a Eletronorte, no entender da agravante, plenamente capaz de suportar esse gravame.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhores Ministros, preliminarmente, ressalto que não obstante a Lei n. 8.437/1992, art. 4º e Lei n. 4.384/1964, art. 4º façam menção somente às pessoas jurídicas de direito *público*, a **legitimatio ad causam** para requerer suspensão estende-se, também, às entidades de direito privado no exercício de atividade delegada da Administração Pública, consoante precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte (STF — SS n. 34/DF, Rel.Min. Maurício Correa, DJ de 24.03.2004, p. 6; REsp n. 50.284, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 16.06.2000, p. 7, RSTJ 136/152; SS n. 1.326/DF, Rel. Min. Edson Vidigal).

Deferi o pedido de suspensão por antever, na decisão recorrida, ameaça de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma de regência, notadamente à ordem pública, compreendida na ordem administrativa, e à economia pública.

É que ao conceder a antecipação da tutela, o Juiz da causa não apenas suspendeu os efeitos dos atos de homologação e adjudicação da licitação, na modalidade Pregão (PR-CMA n. 22.053), promovida pela Eletronorte para contratação de serviços de locação de mão-de-obra. Determinou, também, a contratação, em caráter emergencial, da ora agravante, segunda colocada no certame, tudo sob pena de multa diária por descumprimento daquela decisão judicial.

Antevi, por isso, grave lesão à ordem administrativa, na medida em que a decisão recorrida não se limitou a apreciar o critério da legalidade do ato administrativo impugnado — no caso, o processo licitatório —, interferindo, também, no critério de conveniência e oportunidade da contratação emergencial, obrigada que foi a concessionária a contratar com ativa.

Considerei, ao deferir a suspensão, a circunstância de que a sanção pecuniária foi imposta para o caso de descumprimento de quaisquer das determinações constantes da tutela antecipada, ou seja: tanto pela não-suspensão dos efeitos dos atos de homologação e adjudicação da licitação em comento, quanto pela não-realização do contrato emergencial com a ora agravante.

Diante disso, ainda que a execução provisória não objetivasse a contratação, mas, apenas, a cobrança executiva da multa por descumprimento da ordem judicial, como diz a agravante, persistiria a lesão à ordem pública, porque a multa que está sendo executada foi imposta, também, para o caso de a empresa desconsiderar a imposição de contratar a agravante em caráter emergencial.

A economia pública encontra-se ameaçada, igualmente, diante da execução de R$ 998.000,00, decorrentes de multa imposta pelo descumprimento da tutela antecipada, estando o processo já em fase de penhora de valores depositados nas contas bancárias da concessionária agravada.

Anoto, ainda, que a agravada, ao formular o pedido de suspensão, agiu em defesa do interesse público, porque agiu com vistas a sustar decisão que impôs gravíssimo ônus, administrativo e financeiro, à concessionária de serviço público.

Neste contexto, destaco que a Eletronorte está sendo compelida, por força da execução já iniciada, a pagar a uma empresa particular, vultosa quantia que poderia e deveria ser aplicada na melhoria dos serviços que presta à população, privilegiando, assim, o interesse público.

Considero, também, que há risco à economia pública também porque a tutela antecipadamente concedida pode vir a ser revogada na instância recursal ordinária, não havendo nos autos notícia de que a exeqüente tenha suporte para responder a eventual indenização, ou mesmo que a execução, ainda que provisória, tenha sido precedida de caução idônea por parte da exeqüente, aqui agravante.

Face a todos esses argumentos, entendo presente o risco de grave lesão à ordem e à economia públicas, razão pela qual deve a decisão agravada ser mantida.

Nego, assim, provimento ao regimental.

É o voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL N. 246 — ES (2003/0109200-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Embargante: José Ricardo de Siqueira Regueira
Advogados: Nelio Roberto Seidl Machado e outros
Embargado: Ministério Público Federal
Réu: Antônio Ivan Athié
Advogados: Tecio Lins e Silva e outros
Réu: Beline José Salles Ramos
Advogados: Pedro Paulo Castelo Branco Coêlho e outros
Réu: Felipe Osório dos Santos
Advogada: Flávia Lopes de Morais
Réus: Marcelo Araújo Sívila e Paulo Castro Cabral de Macedo
Advogado: Domingos Salis de Araújo
Réu: Paulo Roberto Scalzer
Advogado: Ronildo Lopes do Nascimento
Ré: Scheyla Marcris Foeger Roman

EMENTA

Penal e Processual Penal. Embargos de declaração. Ação penal originária. Votos que não trouxeram à tona as discussões acerca da **quaestio** ocorridas em plenário. Omissão no relatório quanto às teses da defesa. Ausência de fundamentação quanto à tipicidade da conduta e quanto

ao afastamento do embargante do cargo que ocupava. Contradição em voto de Ministro Vogal que se manifestou pelo não-recebimento da peça acusatória e, uma vez recebida, pelo afastamento do embargante do cargo. Falta de fundamentação quanto a votos proferidos por Ministros que participaram do julgamento.

I - São cabíveis embargos declaratórios quando houver na decisão embargada qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do **decisum** embargado.

II - Da leitura das notas taquigráficas colacionadas aos autos, vislumbra-se que os votos proferidos naquela não se destoam das discussões acerca da **quaestio**, ocorridas em plenário, não havendo, quanto a esse ponto, qualquer omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.

III - As teses pertinentes ao juízo de admissibilidade da demanda foram devidamente apreciadas. Logo, alegações referentes ao mérito e que pressupõem para a sua constatação a realização da instrução, escapam aos limites do juízo de recebimento da denúncia. Assim, tratando-se de conduta que permite adequação típica, havendo indícios de autoria e de materialidade, bem como a inexistência de causa extintiva de punibilidade, de rigor o recebimento da peça acusatória, não havendo que se falar, conseqüentemente, em juízo valorativo meramente subjetivo na admissibilidade da demanda.

IV - Muito embora o recebimento de peça acusatória não enseje, de forma automática, o afastamento de acusado do cargo público que ocupa, na hipótese dos autos, o crime, em tese, praticado pelo embargante se relaciona de forma *direta* ao exercício de suas funções judicantes, conforme restou consignado. Ademais, é de se ressaltar que está em curso inquérito em relação a outros crimes supostamente cometidos em conexão, no qual houve inclusive quebra de sigilos bancário, telefônico e fiscal, em decisão confirmada por esta Corte Especial.

V - Inexiste contradição em voto proferido, inicialmente, no sentido de que a peça acusatória não fosse recebida, sendo que, após o recebimento da mesma, foi pelo afastamento do embargante do cargo que ocupava, uma vez que não há necessariamente relação lógica entre aquelas.

VI - Na sistemática dos julgamentos que se realizam em Colegiado, em regra, os votos proferidos pelos Vogais e pelo Revisor, *devem* conter apenas a menção se acompanham ou não o Ministro-Relator, *podendo* ser, ou não, fundamentados. Caso o Relator fique vencido, deverá, outrossim, ser fundamentado o voto do Ministro que proferiu o primeiro voto divergente e que, a princípio, ficará incumbido de lavrar o acórdão.

Embargos rejeitados.

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, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Hamilton Carvalhido e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto, sendo substituído pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 06 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Edson Vidigal, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: José Ricardo de Siqueira Regueira, opõe embargos de declaração em face de acórdão prolatado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal n. 246/ES, que restou assim ementados:

"Ação penal originária. Recebimento da denúncia. Falsidade ideológica. Interposição de recursos. Inserção de números originários trocados. Distribuição. Burla. Estabelecimento. Prevenção. Legitimidade. Designação. Subprocurador-Geral da República. Plausibilidade da acusação. Denunciados. Desembargadores Federais. Exercício das funções. Afastamento. Necessidade.

I - Inexiste contrariedade ao princípio do Promotor natural, porquanto não demonstrado que a designação de outro Subprocurador-Geral da República, pelo Procurador-Geral, tenha sido feita em detrimento da independência funcional do órgão ministerial que até então atuara nas investigações criminais.

II - Até pronunciamento da Corte Suprema em contrário, o art. 48, inciso II, da Lei Complementar n. 75/1993, é dotado de presunção de constitucionalidade, razão pela qual descabe falar em ilegalidade na designação do Subprocurador-Geral da República.

III - Os fatos narrados na denúncia, a saber, a inserção de números trocados dos processos originários nos recursos de agravo de instrumento, em princípio, se amoldam à conduta inscrita no tipo acima mencionado, na modalidade fazer declaração diversa da quer devia ser descrita.

IV - Demonstração, também, do intuito de criar obrigação ou alterar a verdade de fato juridicamente relevante, que seria a criação de uma situação de prevenção de determinado Relator (criar obrigação) ou mascarar a sua existência (alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante).

V - A potencialidade da conduta também está presente e consiste na possibilidade de obtenção de decisões judiciais, mediante a manipulação da distribuição dos recursos, o que acarreta lesão ao direito de defesa da parte adversa.

VI - Delito de perigo, sendo desnecessário o efetivo prejuízo, bastando a possibilidade de sua ocorrência.

VII - A parte da petição recursal que informa os dados do processo de origem constitui documento nos termos do art. 299 do Código Penal, uma vez que, inicialmente, prova perante o Tribunal **ad quem** a existência de uma relação processual.

VIII - A presença do dolo está indiciariamente demonstrada, de molde a autorizar a admissão da acusação. Da mesma forma, a co-autoria em sentido amplo está concebível em termos de juízo de admissibilidade da demanda.

IX - A denúncia descreve que os Desembargadores Federais teriam ciência do conluio, tendo ainda, contribuído e participado para a sua efetivação e ocultação, mediante a aceitação da prevenção e, também, pela ordem de arquivamento dos inúmeros agravos interpostos visando à fraude. Exordial acusatória lastreada em suporte probatório, a saber, o relatório da Corregedoria que apontou diversas irregularidades no processamento da ação.

X - A continuidade delitiva será melhor verificada após a instrução criminal, quando reunido todo o material cognitivo.

XI - Tendo em vista a gravidade da imputação, realizada no exercício da função judicante, acrescida do fato de que ainda continua a correr inquérito em relação a outros crimes supostamente cometidos em conexão, no qual houve inclusive quebra de sigilos bancário, telefônico e fiscal, em decisão confirmada por esta Corte Especial, impõe-se o afastamento preventivo dos magistrados, nos termos do art. 29 da Loman, sem prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens.

Denúncia recebida"

(STJ, APn n. 246/ES, de minha relatoria, Corte Especial, DJ de 13.09.2004).

Em suas razões, sustenta o embargante, em suma: 1) que os votos que compõem o acórdão colacionado às fls. 675/726, são individuais, não trazendo à tona as discussões acerca da **quaestio** ocorridas no Plenário; 2) que o voto por mim proferido foi omisso, no que se refere às alegações de atipicidade da conduta, tecidas pelo embargante em sua defesa preliminar, e notadamente em relação às teses constantes dos pareceres de eminente juristas, que a acompanharam, estando fulcrado em convicções meramente subjetivas, por parte deste Relator; 3) que o afastamento do embargante do cargo que ocupa junto ao egrégio Tribunal Regional Federal da Segunda Região não foi, outrossim, devidamente fundamentado, sendo que em razão disso, violou-se frontalmente o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse ponto, sustenta-se ainda, contradição referente ao voto do Sr. Ministro César Asfor Rocha, que se manifestou, inicialmente no sentido de que a peça acusatória não fosse recebida, sendo que, após o recebimento da mesma, acompanhou este Relator, quanto ao afastamento do embargante do cargo; e 4) sustenta ainda que os votos proferidos pelos Exmºs. Senhores Ministros Ari Pargendler, José Delgado e Carlos Alberto Menezes Direito estão desfundamentados, se distanciando em seu bojo do cerne da presente ação penal. Por fim, afirma que o Sr. Ministro Luiz Fux, teceu bem mais considerações em Plenário do que consta em seu voto.

Pugna-se, dessa forma, "sejam os presentes embargos de declaração submetidos à Corte Especial, para o efeito de que sejam supridas as omissões constantes do acórdão, com eventual modificação do julgado, até mesmo quanto ao afastamento do Embargante, reclamando-se, com amparo em norma de garantia constitucional, seja o advogado de defesa cientificado, mercê de publicação ou outra forma eficaz de ciência, sobre o julgamento do presente recurso, emprestando-se eficácia à norma constitucional alusiva à amplitude do direito de defesa." (fl. 744).

Aberta vista à douta Subprocuradoria Geral da República para impugnação dos embargos, essa não se opôs ao pleito de juntada das notas taquigráficas da sessão de julgamento aos presentes autos, se manifestando entretanto pela rejeição dos embargos (fls. 793/802).

Às fls. 824/845, encontra-se parecer juntado pela defesa sobre a questão levantada nos presentes embargos de declaração.

Determinada a juntada das notas taquigráficas aos autos (fl. 818), estas foram colacionadas às fls. 847/890.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de embargos de declaração opostos por José Ricardo de Siqueira Regueira, face de acórdão prolatado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal n. 246/ES, publicado no DJ de 13.09.2004.

Em suas razões, sustenta o embargante, em suma: 1) que os votos que compõem o acórdão colacionado às fls. 675/726, são individuais, não trazendo à tona as discussões acerca da **quaestio** ocorridas no Plenário; 2) que o voto por mim proferido foi omisso, no que se refere às alegações de atipicidade da conduta, tecidas pelo embargante em sua defesa preliminar, e notadamente em relação às teses constantes dos pareceres de eminente juristas, que a acompanharam, estando fulcrado em convicções meramente subjetivas, por parte deste Relator; 3) que o afastamento do embargante do cargo que ocupa junto ao egrégio Tribunal Regional Federal da Segunda Região não foi, outrossim, devidamente fundamentado, sendo que em razão disso, violou-se frontalmente o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse ponto, sustenta-se ainda, contradição referente ao voto do Sr. Ministro César Asfor Rocha, que se manifestou, inicialmente no sentido de que a peça acusatória não fosse recebida, sendo que, após o recebimento da mesma, acompanhou este Relator, quanto ao afastamento do embargante do cargo; e 4) sustenta ainda que os votos proferidos pelos Exmºs. Senhores Ministros Ari Pargendler, José Delgado e Carlos Alberto Menezes Direito estão desfundamentados, se distanciando em seu bojo do cerne da presente ação penal. Por fim, afirma que o Sr. Ministro Luiz Fux, teceu bem mais considerações em Plenário do que consta em seu voto.

De início, cumpre salientar que os embargos de declaração são cabíveis quando houver na decisão embargada qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, como têm reconhecido a doutrina e jurisprudência, sendo possível, excepcional-

mente, a alteração ou modificação do **decisum** quando evidenciado vício no julgado.

Na lição de **Nelson Nery Júnior** e **Rosa Maria Andrade Nery** ("Código de Processo Civil Comentado", RT, 4ª edição, 1999, p. 1.045), "Os EDcl têm finalidade de completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Como regra, não têm caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado".

Em tais hipóteses não se enquadra o caso em escopo.

Quanto ao item *1*, razão não assiste ao embargante, eis que da simples leitura das notas taquigráficas da sessão de julgamento (fls. 847/890), vislumbra-se que os votos proferidos naquela não destoam das discussões acerca da **quaestio**, ocorridas em Plenário, não havendo, quanto a esse ponto, qualquer omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.

No que se refere ao item *2*, sustenta-se que o voto condutor foi omisso quanto às alegações de atipicidade da conduta, notadamente em relação às teses constantes dos pareceres de eminente juristas, bem como que estaria fundado em convicções meramente subjetivas.

Eis, em suma, a conclusão dos pareceres:

> Eugênio Raúl Zaffaroni: "a) que não se havendo provado manobras fraudulentas, nem tentativas destas, não se pode fazer derivar do inexistente alguma prova do dolo de falsidade ideológica, com fundamento em um erro de numeração ao qual fora o Sr. induzido pelos advogados de uma das partes;
>
> b) que, não existindo estas manobras, esse erro de numeração não passa de uma falta administrativa, cuja correção também pôde e deveria ter sido demandada oportunamente pela parte adversa;
>
> c) que a forma aberta e pública em que se insere o número errôneo desmente a possibilidade de dolo, pois como manobra seria absolutamente grosseira e infantil, e absolutamente inidônea para obter um resultado lesivo;
>
> d) que é sumamente discutível a tipicidade objetiva de falsidade ideológica, porque não se pode considerar prejuízo nem perigo para o Fisco que a causa tramite em outro Juízo, cuja jurisprudência convenha menos aos seus interesses;
>
> e) que, de nenhum modo, um critério jurisprudencial diverso, menos favorável ao Fisco, pode ser considerado prova nem indício de algum conluio, sob pena de serem violadas as bases do sistema republicano e da separação de

poderes do Estado e de se lesar gravemente a independência interna e externa dos Juízes" (fls. 303/304).

Nilo Batista: "Os fatos descritos pela denúncia não configuram o crime de falsidade ideológica, porquanto tal delito, no âmbito dos documentos privados, pressupõe não só o dever de verdade do autor mas também o valor probatório do documento. Esta última característica está por completo ausente de meros requerimentos ou petições" (fl. 348).

Juarez Cirino dos Santos: "No âmbito da *causação do resultado*, a ação de deferir retificação de números de processos originários, substituindo números errados por números corretos significa objetivamente a ação de inserir (ou fazer inserir) declaração *verdadeira* — e não declaração *falsa* — em documento público. Logo, o resultado de inserir (ou fazer inserir) declaração verdadeira em documento público não corresponde ao tipo legal de *falsidade ideológica* — e, assim, a denúncia imputa *fato atípico* ao Desembargador Federal Ricardo Regueira.

2. No âmbito da *imputação do resultado*, a *ação realizada* pelo Desembargador Federal Ricardo Regueira não cria risco do resultado de inserir declaração falsa em documento público: por um lado, a ação de corrigir erros materiais constitui *ação processualmente comum* e, portanto, ação *socialmente adequada*; por outro lado, a ação de inserir declaração *verdadeira* não pode fundamentar a *imputação* de inserir declaração *falsa* em documento público.

3. No *tipo subjetivo*, a *ação* de inserir declaração *verdadeira* (substituir número *errado* por número *correto*) exclui a ação de inserir declaração *falsa*: a) a declaração inserida no documento público era objetivamente verdadeira e, assim, a dimensão intelectual do *dolo* não poderia representar inserção de declaração *falsa* em documento público; b) na situação inversa de declaração inserida objetivamente falsa, ocorreria a hipótese de *erro de tipo*, incidente sobre característica normativa do tipo. Logo, a ação do Desembargador Federal Ricardo Regueira foi realizada sem dolo, (a) ou porque representou como verdadeira a declaração inserida, (b) ou porque não representou como falsa a declaração inserida.

4. O desconhecimento da natureza falsa da declaração inserida exclui a *intenção especial* de prejudicar direito, ou de criar obrigação etc. ou, alternativamente, a ausência de prova do fato positivo da *intenção especial* impede a imputação de *falsidade ideológica*, porque fatos negativos são insuscetíveis de prova: em qualquer alternativa, a denúncia imputa *fato atípico* ao Desembar-

gador Federal Ricardo Regueira, ou porque (a) está demonstrada a *inexistência*, ou porque (b) não está demonstrada a *existência* do elemento subjetivo especial da *intenção* de prejudicar direito, ou de criar obrigação etc.

5. No âmbito da *autoria coletiva* (a) por um lado, a *indefinição* de imputação por *co-autoria* ou por *participação* — ou a *confusão* da denúncia sobre *co-autoria* e *participação* —, produz perplexidade para a defesa, determinando nulidade da denúncia por lesão dos princípios constitucionais do *contraditório* e da *ampla defesa* e, (b) por outro lado, o acordo de vontades que unificaria a ação do *primeiro denunciado* com as ações dos *demais denunciados* não é objeto de *demonstração*, mas de *presunção* da denúncia: as ações dos *demais denunciados* constituem *fatos de terceiros*, como ações *individualizadas* e *independentes*, excluídas pelo princípio constitucional da responsabilidade penal *pessoal*" (fls. 378/379).

Miguel Reale Júnior: que a denúncia deve ser rejeitada por absoluta ausência de tipicidade dos atos praticados e por não haver prova da co-autoria no crime de falsidade ideológica (fl. 409).

A despeito das argumentações do embargante, tenho que o reclamo, outrossim, não prospera.

Inicialmente, é de se sublinhar que se trata, a hipótese vertente, de *mero juízo de admissibilidade da acusação*. Logo, é limitado aos pressupostos inscritos nos artigos 6º da Lei n. 8.038/1990, 41 e 43 do CPP. Alegações referentes ao mérito e que pressupõem para a sua constatação a realização da instrução, escapam aos limites do juízo de recebimento da denúncia.

Dessa maneira, tenho que as alegações defensivas essenciais foram apreciadas, estando justificada, portanto, o acolhimento da inicial acusatória.

Confira-se o seguinte excerto da decisão ora impugnada, **verbis**:

"Os fatos narrados na denúncia, a saber, a inserção de números trocados dos processos originários nos recursos de agravo de instrumento, em princípio, se amoldam à conduta inscrita no tipo acima mencionado, na modalidade *fazer declaração diversa da que devia ser descrita*, já que *documento* é todo escrito devido a um autor determinado, contendo exposição de fatos ou declaração de vontade, dotado de significado ou relevância jurídica.

Há demonstração, também, do intuito de criar obrigação ou alterar a verdade de fato juridicamente relevante, que seria a criação de uma situação de prevenção de determinado Relator (criar obrigação) ou mascarar a sua existência (alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante).

A potencialidade da conduta também está presente e consiste na possibilidade de obtenção de decisões judiciais, mediante a manipulação da distribuição dos recursos, o que acarreta lesão ao direito de defesa da parte adversa.

Ademais, o referido delito não é de dano, ou seja, não há necessidade de que haja efetivo prejuízo, bastando a possibilidade de sua ocorrência.

Nesse sentido:

"Processual Penal — Falsidade ideológica — Crime formal — Alegação de inocorrência de prejuízo — Trancamento de ação penal — Crime em tese.

— Tratando-se, o delito previsto no art. 299 do Código Penal, de crime formal, não exige a ocorrência de dano para sua caracterização, sendo suficiente que a conduta se apresente capaz de produzir prejuízo a terceiro.

— O bem jurídico protegido na falsidade ideológica é a fé pública e não o patrimônio.

Recurso provido."

(RHC n. 643/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ de 20.08.1990)

"Penal. Falsidade ideológica. Caracterização.

1. Para a configuração do crime de falsidade ideológica não e imprescindível a ocorrência de dano efetivo, bastando a potencialidade lesiva.

2. Recurso especial não conhecido."

(REsp n. 35.330/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ de 20.09.1993)

Cito precedente do egrégio Supremo Tribunal Federal:

"**Habeas corpus**. Falsidade ideológica a ser apurada em inquérito policial, que se pretende deva ser trancado. — Esta Primeira Turma, ao julgar o HC n. 62.874 (RTJ-115/166 e segs.), entendeu que, ainda quando se admita que o documento sujeito à verificação não é hábil para a configuração de falsidade ideológica, isso só ocorreria 'quando a verdade, que o funcionário está adstrito a verificar, é apurável por meio de confronto objetivo e concomitante da autoridade, dispensando indagação complexa e futura'. — Como também decidiu esta Corte, por sua

Segunda Turma, ao julgar o RE Criminal n. 93.292 (RTJ 101/311 e segs.), 'para que se configure esse crime (o de falsidade ideológica) não é mister a ocorrência de dano efetivo, basta que se verifique a potencialidade de um evento danoso'. — Inexistência, pois, de razão para o trancamento do inquérito policial. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(STF, RHC n. 67.023/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.02.1989)

Outrossim, tenho que a parte da petição recursal que informa os dados do processo de origem constitui documento nos termos do art. 299 do Código Penal, uma vez que, inicialmente, indica perante o Tribunal **ad quem,** a existência de uma relação processual.

Nesse contexto, está o advogado adstrito ao dever a omissão de jurídico de dizer a verdade, motivo porque a indicação intencional do número da ação originária diverso da realidade, visando burlar à distribuição, *consistiria falsidade ideológica.*

A propósito:

"(...) desde que o documento particular se apresente como prova pré-constituída, cujo redator ou signatário está adstrito ao dever jurídico de dizer a verdade, não há porque recusar a identificação de sua falsidade ideológica como **species** do crime de falsidade documental." (**Hungria, Nelson**. "Comentários ao Código Penal". Vol. IX. 2ª edição. Ed. Forense, Rio de Janeiro: 1959, p. 276.)

"(...) a consumação se dá, na forma de inserir, no momento em que o agente conclui o documento por ele próprio confeccionado, no qual inseriu a falsidade intelectual, porque até aí poderá, por sua própria vontade, alterar o conteúdo de forma a eliminar o falso." (**Prado, Luiz Regis**. "Curso de Direito Penal Brasileiro". Vol. 4. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2001, p. 212).

Quanto ao dolo, a sua existência me parece estar demonstrada, de molde a autorizar a *admissão da acusação,* porquanto foram 16 (dezesseis) agravos de instrumento preenchidos com números de ações originárias trocados, quando todos diziam respeito a apenas um processo, o que desfiguraria, em princípio, a ocorrência de simples *equívoco ou coincidência.* Some-se a isso a circunstância de que contra uma decisão cabe apenas um recurso e, no caso, foram dezesseis recursos contra uma *decisão que sequer existia.* Na mesma linha, a co-autoria em sentido amplo está, aqui, delineada (em sede de juízo de admissibilidade da demanda).

No tocante aos desembargadores federais, a denúncia descreve que teriam ciência do conluio, tendo ainda, contribuído e participado para a sua efetivação e ocultação.

O primeiro denunciado determinou a correção dos números de processos originários que constavam nos agravos e aceitou prevenção claramente inexistente. Mister ressaltar que, sem a vinculação entre ele e o julgador monocrático, ao que parece, não seria possível a realização da fraude.

O segundo denunciado, então juiz de primeira instância, determinou o arquivamento dos agravos e, ainda, a deleção do sistema eletrônico dos dados a ele relativos, de forma que, mediante simples consulta às informações processuais, não seria possível aferir a existência dos inúmeros agravos interpostos visando à fraude. Ainda mais, tão-somente após o estabelecimento da prevenção no âmbito recursal, é que intimou a Fazenda Pública do teor das decisões antecipatórias da tutela.

A propósito, corroborando a acusação está o relatório prestado pela ilustre Corregedora-Geral do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, oriundo de correição realizada para apurar possíveis denúncias de irregularidades nas referidas ações, **verbis**:

> *"Portanto, a despeito de terem sido interpostos 17 agravos de instrumento, a Secretaria informou apenas a existência de um, interposto pelo INSS, sendo relevante o fato de que esses agravos de instrumento não constavam do sistema, sem embargo de alguns terem sido adunados aos autos e outros apensados.*
>
> Face a essa discrepância foi determinado o desarquivamento desses recursos, e analisados mais 03 agravos que permaneciam apensados ao processo principal. Pôde-se, então, observar:
>
> a) *No dia 31.05.1999, a Autora e alguns litisconsortes supervenientes, individualmente, distribuíram 07 (sete) agravos de instrumento*, antes mesmo de o MM. Juiz apreciar o pedido de antecipação de tutela. Nesses recursos objetivava-se a apreciação de tal pedido pelo TRF, em substituição ao Juízo monocrático, a fim de que fosse concedida a tutela antecipada, nos termos do pedido constante do aditamento;
>
> Em nenhum desses recursos foi indicado o número correto da ação originária, ou seja, AO n. 99.0003061-3, embora informassem que o recurso era contra o MM. Juízo da 4ª Vara — ES.

Os agravos foram instruídos tão-somente com procurações, contratos sociais e, em alguns casos, substabelecimento.

Após a distribuição automática, foi requerida desistência dos mesmos em petições protocoladas em 1º e 02 de junho de 1999.

Transitada em julgado a decisão que homologou a desistência dos recursos, foram os autos encaminhados à 4ª Vara — ES — indicada nas razões de recurso como sendo a Vara de Origem — e juntados ou apensados aos autos da AO n. 99.0003061-3, a despeito de os números das respectivas ações originárias declaradas no recurso serem diversos e, em alguns casos, pertencerem a outras Varas.

b) Em 09.06.1999, alguns litisconsortes supervenientes, individualmente, distribuíram mais 09 (nove) agravos de instrumento.

Como já havia sido concedida a antecipação da tutela, 05 (cinco) dos agravos pretendiam que fosse atribuído efeito suspensivo ao recurso, de forma a que tais efeitos permitissem também a antecipação da tutela quanto ao direito de as Autoras verem acrescidos aos valores apurados pela FGV os índices expurgados do Governo Federal;

Os outros 04 (quatro) agravos de instrumento tinham como objeto a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, de forma a que tais efeitos também permitissem a antecipação da tutela quanto ao direito de a Agravante desobrigar-se do recolhimento do IPI nas importações a serem efetuadas, ao argumento de que a simples importação de produtos não se constitui em fato gerador do IPI. Verificou-se, pois, que o objeto desses agravos era diverso do pedido constante na ação ordinária em referência.

Novamente, não indicaram corretamente o número da ação originária, embora informassem que o recurso era contra o MM. Juiz da 4ª Vara — ES.

Em que pese os pedidos nos agravos indicarem que as Agravantes conheciam a decisão agravada, os recursos não foram instruídos com as cópias da mesma, documento indispensável para sua interposição, sendo instruídos apenas com procurações, contratos sociais e substabelecimentos.

Após a distribuição automática, houve pedido de desistência em 08 (oito) dos 09 (nove) agravos distribuídos, cujas petições fo-

ram protocoladas nos dias 10 e 11 de junho de 1999. Os autores só não pediram desistência do Agravo de Instrumento n. 99.02.23424-0, interposto por Distribuidora Lunar Ltda, que fora distribuído ao Desembargador Federal Ricardo Regueira. Este recurso *tratava de matéria diversa* da que era discutida na AO n. 99.0003061-3. O referido agravo de instrumento referia-se ao IPI.

Transitada em julgado a decisão que homologou a desistência dos recursos, foram os respectivos autos encaminhados à 4ª Vara — ES — indicada nas razões de recurso como sendo a Vara de Origem — e juntados ou apensados aos autos da AO n. 99.0003061-3, embora, conforme dito, os agravos de instrumento informassem números de ações originárias diversas e alguns tratassem de matéria diversa.

c. *Em 10.06.1999, uma das Litisconsortes supervenientes — Reali Supermercados Ltda — distribuiu mais 01 agravo de instrumento (99.02.23638-3)*, indicando como processo originário o mesmo do AGI n. 99.02.23424-0 (distribuído na véspera ao Desembargador Federal Ricardo Regueira) o que ocasionou a distribuição ao Relator, por prevenção.

Em ambos os agravos, as Agravantes requereram, em 11.06.1999. a retificação do número do processo originário, conforme abaixo indicado:

AGI N.	PROCESSO ORIGINÁRIO INDICADO	PROCESSO ORIGINÁRIO RETIFICADO
99.02.23424-0	99.0003852-5(6ª Vara/ES)	99.0003853-3(4ª Vara/ES)
99.02.23638-3	99.0003852-5(6ª Vara/ES)	99.0003061-3(4ª Vara/ES)

Ora, se o número do processo originário indicado nos dois Agravos de Instrumento — 99.0003852-5 — foi retificado para fazer constar dois números distintos deste, cujos objetos também eram diversos (99.0003853-3 — IPI e 99.0003061-3 — validade de títulos da dívida pública) concluiu-se que a apontada prevenção, na verdade, não existia. Este fato não podia ser do conhecimento do setor de distribuição, o que não aconteceu com relação ao eminente Relator que reconheceu a prevenção em despacho manual, à vista dos autos do recurso.

Ressalte-se que somente após fixada a prevenção, para julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas na Ação Originá-

ria n. 99.0003061-3, é que foi providenciada a intimação da União Federal comunicando a concessão da tutela antecipada, e citados os réus (União Federal/Fazenda Nacional e INSS).

d. Conseqüentemente, em 30.06.1999, quando o INSS interpôs o AGI n. 99.02.26771-8, a distribuição deu-se por prevenção ao AGI n. 99.02.23638-3 (Relator: Desembargador Federal Ricardo Regueira, já previamente escolhido)" (fls. 04/07).

Quanto à existência de continuidade delitiva, e não concurso material, embora me pareça plausível a tese, tenho que a sua ocorrência será melhor verificada após a instrução criminal, quando reunido todo o material cognitivo. Aplicável, de qualquer forma, a Súmula n. 243 do Superior Tribunal de Justiça quanto ao *sursis* processual.

Voto pelo recebimento da denúncia" (fls. 694/699).

Como se vê, as teses pertinentes ao juízo de admissibilidade da demanda foram devidamente apreciadas.

Tratando-se de conduta que permite adequação típica, havendo indícios de autoria e de materialidade, bem como a inexistência de causa extintiva de punibilidade, de rigor o recebimento da peça acusatória, não havendo que se falar, conseqüentemente, em juízo valorativo meramente subjetivo na admissibilidade da demanda. Assim, as posições opostas nos pareceres juntados, por lógica, estão excluídas por incompatibilidade.

Nesse sentido, o seguinte precedente do *Pretório excelso*:

"**Habeas corpus** — No HC n. 70.179, esta Primeira Turma decidiu que 'não é omissa a sentença que explicita as premissas de fato e de direito da decisão e, ao fazê-lo, afirma tese jurídica contrária à aventada pela parte, ainda que não a mencione'. — No caso, foi o que ocorreu. **Habeas corpus** indeferido."

(HC n. 74.892/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 01.08.1997).

E, nesta Corte tem-se:

"Criminal. HC. Entorpecentes. Nulidade. Omissão da sentença quanto à tese da defesa de falta de fundamentação das decisões que deferiram interceptações telefônicas. Inocorrência. Decreto condenatório que refutou as alegações defensivas para fundamentar a condenação. Ordem denegada.

Hipótese em que o Julgador de 1º grau ressaltou a caracterização inequívoca da autoria dos delitos, apoiando-se em elementos de convicção reputados relevantes para fundamentar o édito condenatório, sendo certo que afastou a alegação de falta de fundamentação das decisões que deferiram os pedidos de interceptação telefônica, não havendo necessidade de dizê-lo de forma expressa.

Não se tem como omissa a sentença condenatória que, embora não se referindo, expressamente, às teses das defesa, fundamenta a condenação com base nos elementos probatórios reputados válidos para caracterizar os crimes narrados na denúncia e sua autoria.

Embora seja necessário que o Magistrado aprecie todas as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, resta claro que o Julgador adotou tese contrária.

Ordem denegada."

(HC n. 24.534/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 23.06.2003)

"Penal. Recurso especial. Latrocínio. Tese de desclassificação. Omissão.

Não é omissa a decisão que, fundamentadamente, abraça tese contrária à da defesa, condenando o réu. No caso, reconhecido o latrocínio — com precisa motivação — a rejeição da tese do crime contra a vida, por redundância, não precisava ser formalmente explicitada.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 257.597/SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 18.03.2002)

Aduz o embargante por outro lado (item 3), que seu afastamento do cargo que ocupava não conteve a devida fundamentação.

Vejamos o que consta do acórdão embargado, quanto ao que ora se alega:

"Admitida a denúncia e, tendo em vista a gravidade da imputação, *realizada no exercício da função judicante*, acrescida do fato de que ainda continua a correr inquérito em relação a outros crimes supostamente cometidos em conexão, no qual houve inclusive quebra de sigilos bancário, telefônico e fiscal, em decisão confirmada por esta Corte Especial, impõe-se o afastamento preventivo dos magistrados, nos termos do art. 29 da Loman, sem prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens." (Fl. 699)

De fato, o recebimento de peça acusatória, não acarreta por si só, o afastamento do cargo. Quando a própria natureza do delito, ou as circunstâncias em que esse foi, em tese, perpetrado, não ocasionarem qualquer incompatibilidade com o

exercício do **munus** público, o afastamento, a princípio, mostra-se desnecessário. Na hipótese dos autos, *entretanto*, o crime, em tese, praticado pelo embargante se relaciona de forma *direta* com o exercício de suas funções judicantes, conforme restou consignado. Havendo ainda, inquérito em relação a outros crimes supostamente cometidos em conexão, no qual houve inclusive quebra de sigilos bancário, telefônico e fiscal, em decisão confirmada por esta Corte Especial. Inviável, desta forma, a manutenção desse no exercício de suas atividades laborais, o que resultaria, além de tudo, em enorme constrangimento *ao próprio embargante*. Ademais, não se tratando o afastamento ora em análise de sanção penal, mas sim de mera medida acautelatória, não há que se falar em violação ao princípio da presunção de inocência. Deve ainda ser ressaltado que o afastamento se deu sem qualquer prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens.

Quanto à alegação de contradição no voto proferido pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, que se manifestou, inicialmente no sentido de que a peça acusatória não fosse recebida, sendo que, após o recebimento da mesma, acompanhou esse Relator, quanto ao afastamento do embargante do cargo, conforme bem ressaltado pela culta Subprocuradoria Geral da República *"as duas questões não guardam uma relação lógica, daí porque não podem ser resolvidas por meio do silogismo pretendido pelo embargante."* (fl. 802). Superado o ponto inicial, o eminente Ministro entendeu também necessário o afastamento.

Ao final sustenta-se ainda (item 4), que os votos proferidos pelos Senhores Ministros Ari Pargendler, José Delgado e Carlos Alberto Menezes Direito estão desfundamentados, se distanciando em seu bojo do cerne da presente ação penal; e que o Sr. Ministro Luiz Fux, teceu bem mais considerações em Plenário do que consta em seu voto.

Quanto a este ponto, merece ser ressaltado apenas a título de esclarecimento que, na sistemática dos julgamentos que se realizam em colegiado, os votos proferidos por Vogais e por eventual Revisor, *podem* conter a simples menção se acompanham o Relator, *podendo* ser, ou não, fundamentados. Caso o Relator fique vencido, deverá ser, outrossim, fundamentado, o primeiro voto divergente. Quanto ao voto do Sr. Ministro **Luiz Fux**, da leitura das notas taquigráficas juntadas aos autos, observa-se que as considerações tecidas em nada alteram o teor do **decisum** já publicado.

Diante do exposto, não restando evidenciado qualquer erro material, omissão, contradição ou obscuridade a serem sanados, rejeito os presentes embargos.

É o voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 477.377 — GO (2003/0070014-6)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Embargante: Fazenda Nacional
Procuradores: Valéria Saques e outros
Embargada: Godibra Distribuidora de Bebidas Ltda
Advogados: Dermeval Fernandes de Souza e outros

EMENTA

Embargos de divergência. Fazenda Nacional. Precatório complementar. Cálculos já homologados. Coisa julgada. Expurgos inflacionários.

1. Na linha da jurisprudência da Corte Especial, "transitando em julgado a sentença que homologou os cálculos e adotou certos índices de correção monetária, não se admite modificar a conta para substituir os percentuais então aceitos" (EAg n. 419.574/RS, Relator o Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 08.09.2003).

2. Embargos de divergência acolhidos.

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, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e recebê-los nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Antônio de Pádua Ribeiro, Fontes de Alencar, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves (Presidente), Sálvio de Figueiredo Teixeira, José Delgado e Fernando Gonçalves.

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

Ministro Edson Vidigal, Presidente

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ de 24.11.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O Senhor Ministro *Ruy Rosado de Aguiar* admitiu os embargos de divergência, opostos pela Fazenda Pública, em despacho assim motivado:

"Vistos etc.

1. Fazenda Nacional (União) opôs embargos de divergência ao r. acórdão da egrégia Primeira Turma, da lavra do Ministro José Delgado, que, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental interposto pela ora embargante, em acórdão assim ementado:

'Processual Civil. Agravo regimental. Cálculos de liquidação. Correção monetária. Inclusão dos expurgos inflacionários. Entendimento pacificado na Corte Especial. Aplicação dos índices que melhor refletem a real inflação à sua época.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial ofertado pela parte agravante, mantendo a determinação de incluir, em cálculo de atualização, os índices de correção monetária pelo IPC.

2. A correção monetária não se constitui em um *plus*; não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. Portanto, independe de culpa das partes litigantes. É pacífico na jurisprudência desta colenda Corte o entendimento segundo o qual é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos governamentais, como fatores de atualização monetária de débitos judiciais.

3. A respeito, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. Assegura-se, contudo, seguir o percentual apurado por entidade de absoluta credibilidade e que, para tanto, merecia credenciamento do Poder Público, como é o caso da Fundação IBGE. É firme a jurisprudência desta Corte que, para tal propósito, há de se aplicar o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época.

4. Aplicação dos índices de correção monetária que é absolutamente devida, da seguinte forma: a) por meio do IPC, no período de março/1990 a janeiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei n. 8.177/1991, a aplicação do INPC (até dezembro/1991); e c) após janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei n. 8.383/1991.

5. Agravo regimental não provido' (fl. 117).

Afirma que o entendimento da egrégia Primeira Turma diverge do julgado proferido pela Corte Especial no EREsp n. 163.681/RS, da lavra do Ministro Garcia Vieira:

'Processual — Correção monetária — Índices — Substituição após a homologação dos cálculos — Impossibilidade.

Ocorrendo a homologação dos cálculos, elaborados e atualizados por determinado índice, tendo a sentença transitado em julgado, não pode haver a substituição deste pelo IPC ou por qualquer outro índice porque isso importaria em violação à coisa julgada.

Embargos recebidos'.

Enquanto o r. acórdão embargado, confirmando a decisão monocrática, entendeu ser cabível a inclusão de índices inflacionários não considerados na conta já homologada, o r. acórdão paradigma decidiu que tal procedimento ofende o instituto da coisa julgada.

2. Tenho que a divergência ficou bem demonstrada, razão pela qual admito os embargos.

Vista ao embargado, para, querendo, impugnar em 15 dias.

Intimem-se. Publique-se" (fls. 158 a 160).

O embargado apresentou impugnação (fls. 163/164).

Em 26.08.2003, o presente feito foi atribuído a minha relatoria (fl. 165).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Preliminarmente, a hipótese presente cuida de precatório complementar e a divergência, de fato, restou comprovada mediante a indicação do acórdão da Corte Especial, proferido no julgamento do EREsp n. 163.681/RS, Relator o Senhor Ministro *Garcia Vieira*, DJ de 19.04.1999, no qual foi decidido que, "ocorrendo a homologação dos cálculos, elaborados e atualizados por determinado índice, tendo a sentença transitado em julgado, não pode haver a substituição deste pelo IPC ou por qualquer outro índice porque isso importaria em violação à coisa julgada". O Tribunal de origem, na decisão mantida no acórdão ora embargado, mesmo já homologados os cálculos, entendeu que não deveriam incidir os índices que a União aplica na sua dívida ativa, como índices de correção monetária. Correta, segundo decidido, seria a aplicação do IPC, que reflete a inflação real (cf. fls. 58/59).

Por outro lado, observo, também, que o acórdão ora embargado não encontra amparo na jurisprudência dominante neste Tribunal, revelada através dos seguintes precedentes:

"Processual Civil. Execução de sentença. Correção monetária. IPC. Inclusão na conta homologada. Coisa julgada. Ofensa. Ocorrência.

1. A questão foi pacificada pela Corte Especial, no sentido de que, apresentando-se irrecorrida a sentença homologatória de cálculos, não há mais espaço para a inclusão de índices inflacionários, em homenagem ao instituto da preclusão.

2. Embargos acolhidos." (EAg n. 354.729/RS, Corte Especial, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 17.02.2003)

"Correção Monetária. Cálculo homologado. Coisa julgada.

Transitando em julgado a sentença que homologou os cálculos e adotou certos índices de correção monetária, não se admite modificar a conta para substituir os percentuais então aceitos.

Embargos de divergência acolhidos." (EAg n. 419.574/RS, Corte Especial, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 08.09.2003)

"Processual Civil. Execução de sentença. Correção monetária. IPC. Inclusão na conta homologada. Coisa julgada. Ofensa. Ocorrência.

1. A questão foi pacificada pela Corte Especial, no sentido de que, apresentando-se irrecorrida a sentença homologatória de cálculos, não há mais espaço para a inclusão de índices inflacionários, em homenagem ao instituto da preclusão. Súmula n. 168-STJ.

2. Embargos não conhecidos." (EREsp n. 218.457/RS, Corte Especial, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 08.09.2003)

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Precatório complementar. Inclusão dos expurgos inflacionários. Ofensa. Coisa julgada.

É remansosa a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que a inclusão de índices de correção monetária, após o trânsito em julgado da decisão que homologa os cálculos da liqüidação, se traduz em frontal violação à coisa julgada.

Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag n. 454.031/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Franciulli Netto, DJ de 08.09.2003)

"Processual Civil. Recurso especial. Violação ao art. 535. Omissão. Inocorrência. Matéria não discutida. Prequestionamento. Execução de sentença.

Correção monetária. IPC. Inclusão na conta homologada. Ofensa à coisa julgada. Dissídio jurisprudencial. Súmula n. 83-STJ.

I - A rejeição dos embargos declaratórios não acarreta ofensa ao art. 535 do CPC se não havia omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

II - Não se conhece do recurso especial na parte em que matéria nele versada não foi apreciada, sequer implicitamente, pelo egrégio Tribunal **a quo** (Súmulas ns. 282 e 356-STF).

III - Consoante decidido pela Corte Especial, os índices inflacionários do IPC não debatidos no processo de conhecimento não podem ser substituídos na conta de liquidação após o trânsito em julgado da sentença homologatória de cálculos, sob pena de transgressão ao instituto da **res judicata**.

IV - 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' (Súmula n. 83-STJ).

Recurso não conhecido." (REsp n. 502.413/PR, Quinta Turma, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 30.06.2003)

"*Desapropriação indireta. Atualização de precatório complementar. Modificação do critério de cálculo após o trânsito em julgado da decisão homologatória da conta. Juros compensatórios. Incidência. Juros compensatórios negativos. Ausência de prejuízo aos autores. Recurso conhecido e parcialmente provido.*

1. O acórdão que determina, de ofício, a redução do índice de janeiro/1989 de 70,28% para 42,72%, após o trânsito em julgado da decisão homologatória de cálculos, e modifica o marco inicial para contagem dos juros compensatórios, ofende o instituto da coisa julgada e o artigo 128 do Código de Processo Civil. Está pacificado o entendimento de que, transitando em julgado a sentença que escolheu certos índices de correção monetária, inadmissível adotar critério de correção diverso para inclusão, em precatório complementar.

2. Estabelecido que os juros compensatórios de 12% a.a. incidem desde a imissão na posse calculados, até a data do laudo, sobre o valor simples da avaliação e, desde então, sobre o valor corrigido monetariamente. Correto, portanto, se mostra o critério adotado para a contagem dos referidos juros pelo acórdão rechaçado.

3. A correção do erro relativo aos cálculos dos juros compensatórios negativos aludido pela ilustre Diretora da Subsecretaria de Administração dos Feitos Processuais, não trará prejuízo aos recorrentes pois, segundo consta das

informações prestadas, a diferença a maior encontrada, foi em favor dos autores ora recorrentes. Ademais disso, quaisquer outros erros existentes serão sanados por ocasião da revisão da conta que deverá ser elaborada conforme o Manual de Orientação e Procedimentos para os cálculos da Justiça Federal.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido." (REsp n. 465.759/AM, Primeira Turma, Relator o Ministro José Delgado, DJ de 09.06.2003)

"Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Precatório complementar. Índices. Inclusão. Impossibilidade. Violação. Coisa julgada. Juros de mora. Não-incidência. Adoção do entendimento esposado pelo STF (RE n. 305.186/SP).

I - É entendimento assente na Corte Especial deste STJ a impossibilidade de inclusão de expurgos inflacionários, em sede de precatório complementar, após transitar em julgado a sentença homologatória de cálculos, por implicar em violação à coisa julgada.

II - Segundo posição adotada pelo Pretório excelso, quando do julgamento do RE n. 305.186/SP, não incidem juros de mora nos cálculos de precatórios complementares, quando seus respectivos originários tiverem sido expedidos dentro do prazo constitucional.

III - Em razão do mister de uniformizar a jurisprudência, esta Corte Superior altera seu posicionamento, passando a decidir conforme o entendimento do STF.

IV - Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp n. 489.902/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Francisco Falcão, DJ de 1º.09.2003)

Com essas razões, acolho os embargos de divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, a propósito do tema, devo dizer ao nobre representante da Fazenda que o Supremo Tribunal Federal jamais cuidou de índices de correção monetária e, por anos a fio, declarou peremptoriamente que cabia a este Tribunal estabelecê-los. E, quando determinou que se aplicasse o IPC, a princípio, assim o fez porque ele era a base de todos os índices que se editaram.

Posteriormente, quando houve uma escamoteação da inflação em que se aplicaram outros índices, o Estado se esqueceu de estabelecer oficialmente alguns índices, como, por exemplo, no que diz respeito à indenização integral, ou seja, ao ressarcimento de danos, e, também, às ações judiciais.

É por isso que esta Corte estabeleceu em vários casos o IPC. Aliás, quanto a eles, a polêmica maior se fez com relação ao mês de março. Mas, também, quanto ao mês de março, o Supremo Tribunal Federal confirmou que o índice seria aplicado pelo IPC.

Quanto ao tema específico dos embargos, esta Corte, pela primeira vez, atendendo ao que havíamos decidido antes — na Segunda Turma fui vencido várias vezes —, pelo voto primeiro do Sr. Ministro Nilson Naves, afastou a possibilidade de novas correções quando se fizesse julgado o cálculo. Portanto, trata-se de coisa velha e revelha, como, aliás, já assinalou o Sr. Ministro-Relator.

Eram esses os esclarecimentos que tinha a declarar.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, ressalvando a aplicação dos expurgos inflacionários por esta Corte.

Acolho os embargos de divergência para restabelecer a decisão agravada.

Jurisprudência da Primeira Seção

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 8.483 — DF (2002/0075760-3)

Relator: Ministro Luiz Fux
Agravante: União
Procuradores: Walter do Carmo Barletta e outros
Agravado: Ronald de Andrade
Advogados: Luciano Melo Moreira Lima e outro

EMENTA

Agravo regimental contra liminar em mandado de segurança. Presença do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**. Imóvel funcional. Direito de aquisição. Multa por ocupação ilegal.

1. A multa prevista no art. 15, I, **e**, da Lei n. 8.025/1990, somente é aplicável após o trânsito em julgado da decisão proferida na ação em que se discute o direito à posse ou o direito de aquisição do imóvel funcional.

2. Anteriormente ao trânsito em julgado do **decisum** na ação em que se contende acerca da aquisição de imóvel funcional, não há que se rotular de ilegal a ocupação pelo impetrante, de modo a ensejar a cobrança da multa respectiva, somente exigível a partir do momento em que tornar-se imutável e indiscutível a resposta judicial quanto à precariedade da ocupação em tela.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki (voto-vista), Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ de 07.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se da agravo regimental interposto pela União Federal contra decisão proferida às fls.143/146, que deferiu a tutela liminar nos autos do mandado de segurança impetrado por Ronald de Andrade contra ato do Ministro da Aeronáutica, determinando a cessação dos descontos a título de multa por ocupação irregular de imóvel funcional, sob o fundamento de tramitar perante a Justiça Federal ação judicial em que se discute a respeito da regularidade da ocupação e o respectivo direito de aquisição do imóvel pelo militar impetrante.

Nas razões do regimental, sustenta a União a inexistência do **fumus boni juris**, porquanto embora tramite algum processo acerca da possibilidade de compra do imóvel, o impetrante não informou que o Mandado de Segurança n. 95.0002402-0/DF teve a segurança denegada, sendo posteriormente confirmada a sentença pelo TRF/1ª Região e que os REsp e RE não foram admitidos na origem, bem como os agravos de instrumento interpostos no intuito de ascender os apelos extremos ainda não foram julgados.

Aduz, ainda, a inexistência do **periculum in mora**, uma vez que a multa imposta ao militar está dentro do limite estabelecido pelo art. 15, **e**, inciso I, da Lei n. 8.025/1990, cujo valor da multa mensal por ocupação irregular não pode exceder 10 vezes o valor da taxa de uso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): O presente agravo não merece prosperar.

Consoante relatado na decisão monocrática, trata-se de mandado de segurança impetrado por militar da reserva contra ato do Ministro da Aeronáutica, objetivando o deferimento de liminar para a cessação dos descontos a título de multa por ocupação irregular haja vista a existência de inúmeras ações a discutir justamente a regularidade da ocupação e direito a aquisição do imóvel. Dentre as ações, figura o AMS n. 95.01.08589-9, em que objetivou o impetrante a aquisição do imóvel funcional que ocupa. Ocorre que apesar de a decisão do referido feito ainda não ter transitado em julgado, o impetrante vem sofrendo em seu soldo o desconto referente à taxa de ocupação irregular do referido imóvel, o que afirma ser ilegal visto ainda estar **sub judice** a aludida ocupação.

Sustentou estarem presentes os requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, este retratado pelos descontos efetuados com base na ocupação supostamente ilegal, caracterizando-se, assim, considerável perda monetária que pode

perpetrar-se durante o lapso de tempo em que se discute o direito à ocupação do imóvel em tela.

Com efeito, o **fumus boni iuris** encontra-se presente no presente feito mandamental. Isto porque no campo sancionatório, a ilegalidade e a pena correspondente pressupõe até o trânsito em julgado como **v.g.**, de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII). Nestes termos, não há como sustentar-se a titularidade do direito de punir administrativamente, quando esse mesmo encontra-se **sub judice**.

Como demonstrado pelos documentos que instruem a inicial do presente **mandamus**, tramita perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com processamento a cargo de sua colenda Sexta Turma, ação onde se discute o direito de aquisição do imóvel funcional em questão pelo impetrante, ainda com recurso pendente de apreciação. Ora, não havendo pronunciamento final por parte do Poder Judiciário, a quem foi sujeita a discussão acerca da existência de direito de compra do mencionado imóvel funcional, não há que se rotular a ocupação de ilegal, de modo a ensejar a cobrança da multa respectiva, exigível tão-somente, a partir do momento em que não mais couber discussão judicial acerca da precariedade da ocupação **in foco**.

Da mesma forma, presente encontra-se o **periculum in mora**.

O perigo na demora do provimento judicial resta configurado no prejuízo que advirá ao impetrante se não cessado o ato coator, visto que a multa cobrada pela ocupação supostamente irregular vem sendo descontada de seu soldo mensal, como provaram os contracheques trazidos à instrução. Os referidos valores, além de representarem significativa restrição salarial, afetando significativamente o **quantum** destinado à subsistência do impetrante e de sua família, caracteriza-se como uma sanção ao impetrante por ato ainda não reputado de ilegal — a ocupação do imóvel funcional. Deveras, referido dano ao lesionado não há como se reparar, uma vez que efetuado o desconto em questão, é sobremodo oneroso a reversão dos prejuízos financeiros daí decorrentes, a demandar ação, execução, precatórios e devolução em ínfimas parcelas.

Em contrapartida, à Administração reservam-se meios de cobrança dos referidos valores, caso a decisão judicial seja-lhe favorável, inclusive, com os devidos consectários legais, por estar o contracheque do impetrante sob sua gerência.

É sob essa ótica que se revela a urgência do provimento jurisdicional de imediato, posto que, se concedido a final, certamente nenhuma efetividade teria ao impetrante.

Conseqüentemente, mercê de no mandado de segurança inadmitir-se dilação probatória, revelam-se inequívocos a "fumaça do bom direito" e o "perigo na demora", ensejadores da concessão liminar.

Outro não tem sido o posicionamento desta Corte, como provam os seguintes arestos:

"Administrativo. Imóvel funcional. Militar. Ocupação considerada irregular. Aplicação de multa. Art. 15, I, **e**, da Lei n. 8.025/1990. Ação de reintegração de posse sem trânsito em julgado. Liminar indeferida.

1. A multa prevista pelo art. 15, I, **e**, *da Lei n. 8.025/1990, somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença,* **in casu**, *da ação de reintegração de posse ajuizada pela União Federal.*

2. Deve-se considerar que não se trata de ocupação irregular aquela que foi garantida por meio de medida liminar, a qual determinou a permanência dos ocupantes no imóvel.

3. Recurso especial provido."

(REsp n. 369.721/DF, Ministro-Relator José Delgado, DJ de 29.04.2002)

"Administrativo. Ocupação de imóvel funcional. Art. 15, letra **e** da Lei n. 8.025/1990. Mandado de segurança. Cobrança de multa por ocupação dita irregular, de imóvel funcional. Juízo de valoração próprio das instâncias **a quo**. Ilegitimidade da cobrança se a ocupação do imóvel foi objeto de ação judicial sem trânsito em julgado.

I - É vedado, em mandado de segurança originário no colendo Superior Tribunal de Justiça, apreciar a legalidade da ocupação, a procedência do pedido reintegratório, ou o julgamento proferido em primeiro e segundo graus de jurisdição, enquanto não houver trânsito em julgado, sob pena de prejulgamento da causa, supressão de jurisdição e violação do juízo natural.

II - Concede-se a segurança para suspender a cobrança de multa por ocupação irregular do imóvel funcional, quando, em curso ação de reintegração de posse, o Prefeito de Aeronáutica, sob determinação do Ministro de Estado da Aeronáutica, expede notificação para pagamento, antes do seu trânsito em julgado, porque tornada litigiosa a relação jurídica de direito material, com a propositura da ação, nela devendo ser requerida a cobrança."

(MS n. 4.950/DF, Ministra-Relatora Nancy Andrighi, DJ: 12.06.2000)

"Administrativo. Imóvel funcional. Militar. Ocupação irregular. Reintegração de posse. Multa.

Os imóveis destinados à ocupação por militar e administrados pelas Forças Armadas, cessado o vínculo funcional com a administração castrense, pela transferência para a reserva, devem ser devolvidos.

A multa de que trata o art. 15, inciso I, da Lei n. 8.025/1990 deve ser aplicada a partir do trânsito em julgado do acórdão, considerando que a ação de reintegração de posse proposta pela União não obteve liminar para desocupação do imóvel, garantindo a permanência dos ocupantes.

Recurso especial conhecido e desprovido."

(REsp n. 140.037/DF, Ministro-Relator Gilson Dipp, DJ: 10.05.1999) (grifos nossos)

Isto posto, nego provimento ao agravo regimental e mantenho a liminar deferida, que determinou à autoridade coatora que cessasse os descontos a título de multa por ocupação irregular, até o julgamento final da ação onde se discute o direito à aquisição do imóvel funcional em questão.

É o voto.

Jurisprudência da Primeira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 396.457 — RS (2001/0139836-5)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: Fazenda Nacional
Recorridos: Frangosul S/A, Agro Avícola Industrial e outros
Advogados: Paulo José Kolberg Bing e outros

EMENTA

Tributário. Taxa de classificação de produtos vegetais. Importação de milho destinado à fabricação de ração para consumo animal. Produto não destinado à comercialização interna. Art. 1º da Lei n. 6.305/1975. Recurso especial desprovido.

1. A importação de milho e destinado à fabricação de ração para consumo de aves não se enquadra na hipótese de exigência de fiscalização a justificar o pagamento da taxa de classificação de produtos vegetais, sob a égide da Lei n. 6.305/1975, pois o produto seria utilizado na atividade meio da recorrida, voltada à agropecuária, não se destinando à comercialização no mercado interno.

2. O princípio da legalidade tributária não permite interpretação extensiva a autorizar a incidência de taxa cuja hipótese de incidência não se encontra expressamente prevista em lei.

3. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão do TRF da 4ª Região, assim ementado:

> "Mandado de segurança. Decreto que extrapola a sua finalidade. Classificação de produtos vegetais destinados direta ou indiretamente à comercialização no mercado interno.
>
> 1. O Decreto n. 82.110/1978, não tem o condão de ampliar o âmbito de aplicação da Lei n. 6.305/1975.
>
> 2. A classificação dos produtos vegetais é obrigatória apenas quando estes são destinados à comercialização interna.
>
> 3. Apelação e remessa oficial improvidas."

Refere a recorrente que o Tribunal **a quo** negou vigência aos artigos 1º, 3º e 4º do Decreto-Lei n. 1.899/1981 e artigos 1º, 5º e 7º da Lei n. 6.035/1975, além de divergir de precedente do TRF da 5ª Região sobre o tema.

Refuta o entendimento de estar a impetrante isenta do recolhimento da taxa de serviço de classificação de produto vegetal, sobre a importação de milho, sob a ótica de que o fato de ser o milho destinado à fabricação de ração para consumo animal não o enquadra como produto destinado à comercialização no mercado interno.

Desenvolve o raciocínio de que antes da edição da Lei n. 6.305/1975, apenas os produtos destinados ao mercado externo eram submetidos a controle de classificação (art. 5º, I, Lei n. 5.025/1966), sendo que com o seu advento (Lei n. 6.305/1975), também passaram a ser submetidos à classificação os produtos destinados ao mercado interno.

Aduz que o acórdão recorrido ignorou que, com a edição da Lei n. 1.899/1981, foram estabelecidos os valores da taxa de polícia em face da prestação do serviço de classificação, de forma a fazê-la incidir sobre toda e qualquer atividade de classificação de produtos vegetais, excluídos os destinados ao mercado externo.

Defende a inaplicabilidade ao caso concreto do precedente colacionado no aresto impugnado, uma vez que se discute a incidência da taxa de classificação sobre importação de vegetal **in natura** e não sobre derivados de origem vegetal.

A final, fazendo o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e acórdão paradigma, diz da incidência da taxa de classificação sobre o produto vegetal importado — milho—, mesmo que destinado à fabricação de ração para animais da própria recorrida.

Conclui por requerer o provimento do recurso, afastando-se a negativa de vigência dos dispositivos violados, bem como para fins de uniformização jurisprudencial sobre o tema.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Denise Arruda (Relatora): O caso concreto diz respeito à possibilidade de incidência da taxa de classificação de produtos vegetais sobre importação de milho, destinado ao fabrico de ração para consumo animal.

O acórdão recorrido decidiu que a classificação dos produtos vegetais é obrigatória apenas quando estes são destinados à comercialização interna, razão por que confirmou a concessão da segurança em favor da ora recorrida, desobrigando-a do recolhimento da taxa em questão.

A Fazenda Nacional invoca, além de ofensa a dispositivos legais infraconstitucionais (arts. 1º, 3º e 4º do Decreto-Lei n. 1.899/1991 e arts. 1º, 5º e 7º da Lei n. 6.035/1975), dissídio pretoriano em face de paradigma do TRF-5ª Região, assim ementado:

> "Administrativo. Poder de polícia. Taxa de classificação de milho. Cobrança. Legitimidade.
>
> 1. Controvérsia sobre a legalidade da exigência da taxa de classificação do milho importado adquirido pela autora-recorrente, que argumenta ser o produto por ela adquirido destinado exclusivamente ao consumo, pelo que sobre tal atividade não incidiria a taxa.
>
> 2. Tributo previsto na Lei n. 6.305/1975, arts. 1º e 7º.
>
> Embora não comercialize o produto vegetal importado, não há dúvida de que o beneficia para produzir ração utilizada na alimentação dos animais que utiliza no desempenho de sua atividade comercial.
>
> 3. O beneficiamento ou industrialização do produto é uma das hipóteses comtempladas na lei para a incidência tributária em exame, taxa exigida pelo exercício do poder de polícia.
>
> 4. Improvimento do apelo."

Configurado o prequestionamento da matéria e atendidos os pressupostos para o conhecimento da divergência, é de ser conhecido o recurso pelas alíneas **a** e **c**.

O recurso, entretanto, não merece provimento.

Segundo o entendimento adotado nas instâncias ordinárias, não estaria o milho importado pela recorrida sujeito à taxa de classificação, posto que não destinado

à comercialização no mercado interno, mas sim à produção de ração para consumo animal, nos termos do art. 1º da Lei n. 6.605/1975.

Tem-se, assim, que a divergência reside exatamente na interpretação do art. 1º da Lei n. 6.605/1975 e sua adequação ao caso concreto.

A classificação de produtos vegetais, subprodutos e resíduos de valor econômico foi instituída pela Lei n. 6.035/1975, prevendo os dispositivos tidos como violados:

> "Art. 1º Fica instituída, em todo o território nacional, a classificação dos produtos vegetais, dos subprodutos e resíduos de valor econômico, destinados à comercialização interna.
>
> Art. 5º Os produtos, subprodutos e resíduos de valor econômico sujeitos à classificação, na forma desta lei, serão inscritos em pauta de prioridade estabelecida pelo Ministério da Agricultura.
>
> Art. 7º Ficam sujeitos também ao regime estabelecido nesta lei, os estabelecimentos que beneficiam, descascam e enfardam produtos vegetais, subprodutos e resíduos de valor econômico, incluídos na pauta a que alude o art. 5º."

Por sua vez, o Decreto-Lei n. 1.899/1981 veio a instituir as taxas relativas a atividades agropecuárias de competência do Ministério da Agricultura, cujos artigos de lei aos quais teria o aresto impugnado negado vigência restaram assim redigidos:

> "Art. 1º Ficam instituídas as taxas de classificação, inspeção e fiscalização, de competência do Ministério da Agricultura, relativas a produtos animais e vegetais ou de consumo nas atividades agropecuárias.
>
> Art. 3º O fato gerador das taxas é a prestação dos serviços, referidos no artigo precedente, pelo Ministério da Agricultura, no uso de sua competência, bem como o regular exercício de seu poder de polícia.
>
> Art. 4º O sujeito passivo das taxas é a pessoa física ou jurídica a quem o serviço seja prestado ou posto à disposição, ou o paciente do poder de polícia, cada vez que este seja efetivamente exercido."

Pertinente consignar, na evolução legislativa sobre o tema, que a Lei n. 6.305/1975 foi regulamentada pelo Decreto n. 82.110/1978 e expressamente revogada pelo art. 13 da Lei n. 9.972/2000, que igualmente instituiu a classificação de produtos vegetais, subprodutos e resíduos de valor econômico.

No caso dos autos — importação de milho para a fabricação de ração —, deve prevalecer a ótica traçada no julgado impugnado, uma vez que o produto vegetal importado não se destina à comercialização no mercado interno.

O ato de classificação de produtos vegetais, segundo dispôs o art. 2º da Lei n. 6.305/1975, foi assim definido: "Para efeito desta lei, entende-se por classificação o ato de determinar as qualidades intrínsecas e extrínsecas de um produto, com base em padrões oficiais, físicos ou descritos.", sendo especificado, no Decreto-Lei n. 82.110/1978 que a regulamentou, em seu art. 3º, que "Para efeito deste Regulamento, entende-se por especificação a enumeração das características intrínsecas e extrínsecas de cada produto, estabelecidas em relação à sua qualidade, apresentação e estado sanitário."

O intuito da norma, ao criar a atividade de classificação de produtos vegetais — exercício do poder de polícia, remunerado através de contraprestação na forma de taxa —, foi o de fiscalização dos produtos agrícolas, na forma de um serviço auxiliar de comercialização (§ 1º, art. 1º, Lei n. 6.035/1975), com a finalidade definida no art. 3º do Decreto-Lei n. 82.110/1978.

O cerne da questão reside, outrossim, na perquirição acerca da possibilidade de admitir-se ou não a incidência da taxa de classificação quando o produto importado, destinado ao mercado nacional interno, não é comercializado diretamente pelo importador, mas sim utilizado na sua atividade meio.

No caso concreto, o produto vegetal — milho, foi importado para dar atendimento não à atividade fim da recorrida, voltada à comercialização de produtos agropecuários, mas para a alimentação de aves, através de ração.

Conclui-se, assim, que não sendo o produto vegetal destinado à comercialização no mercado interno, a hipótese não se enquadra dentro do conceito legal inserto no art. 1º da Lei n. 6.035/1975.

Cabe aqui lembrar as considerações postas pelo eminente Ministro José Delgado, quando do julgamento do REsp n. 605.619/RS (DJ de 24.05.2004, p. 196), embora decidindo hipótese de importação de produto vegetal, no sistema denominado *drawback*, ou seja, quando o produto importado, após industrializado, destina-se à exportação, de forma a não ser comercializado no mercado interno:

> "Nos REsps ns. 357.263/SC e 379.607/SC, tratando de igual tema, desenvolvi os seguintes fundamentos, **verbis**:
>
> > 'O princípio da legalidade comanda, com força absoluta, qualquer que seja o tipo de relação jurídica tributária. Sem lei que defina, de modo bem claro, o fato gerador, a base de cálculo e a alíquota a ser aplicada, não há, em nosso ordenamento jurídico, possibilidade de surgir obrigação tributária.
> >
> > (...)

No caso em debate, ganha relevo a fundamentação desenvolvida pelo voto-vencido (fls. 307/309), no sentido de que:

> (...)
>
> 'Então, a primeira pergunta a fazer é: o que essa lei instituiu? Uma taxa, como pareceu à eminente Relatora? Não, o regime que a lei instituiu foi o de classificação. Os produtos vegetais, subprodutos e resíduos de valor econômico, quando destinados à comercialização interna — diz a lei — estão sujeitos à classificação.
>
> (...)
>
> Quem pode distinguir um saco de feijão que vai ficar aqui de um saco de feijão que tem de ir para fora? Se fosse assim, não haveria qualquer limite, mas a lei colocou a limitação claramente no art. 1º: '... produtos destinados à comercialização interna.'
>
> (...)
>
> Se ele se destina à reexportação, não se destina à comercialização interna e se não se destina à comercialização interna, não está sujeito à classificação e se não está sujeito à classificação, não tem de pagar a taxa de classificação. O precedente a que V. Exª., eminente Relatora, se apega, invocando o art. 7º, diz que ficam também sujeitos ao regime os produtos, os subprodutos e resíduos **in natura**, ainda que submetidos a beneficiamento, descascamento ou enfardamento. Nada muda. Mesmo beneficiados, descascados ou enfardados, se esses produtos são destinados à reexportação, não estão sujeitos ao regime da Lei n. 6.305, ou seja, não estão sujeitos à classificação, exatamente porque se destinam ao comércio externo. Por que a lei imporia a classificação do acessório e não do principal? Os produtos, subprodutos e resíduos de que trata o art. 7º, são acessórios dos produtos, subprodutos e resíduos de que trata o art. 1º, com a diferença de que no art. 1º eles não sofreram nenhum processo de industrialização, beneficiamento, descasque ou enfardamento e, no art. 7º, sofreram. *Em resumo, o que a lei está dizendo é que tenha havido processo de industrialização, ou não, quando esse produtos, subprodutos e resíduos são destinados à comercialização interna se submetem ao regime da lei, que é o regime de classificação e, por conseqüência, ficam sujeitos ao pagamento da taxa. Mas, se são destinados à reexportação, ou seja, se não se destinam à comercialização interna, não estão sujei-*

tos ao regime da lei e, não estando sujeitos ao regime da lei, não pagam a taxa que tem como fato gerador a classificação, que, repito, à exaustão, não é necessária, nem exigível, nem cabível, salvo quando os produtos se destinam à comercialização interna. Produtos submetidos ao regime de drawback não são destinados à comercialização interna, mas sim à reexportação." (Grifou-se)

Embora em hipóteses de importação, sob o sistema denominado *drawback*, cabe destacar os seguintes precedentes, igualmente citados no aresto supra-mencionado:

"Processual Civil. Recurso especial. Ausência de indicação do dispositivo violado. Súmula n. 284-STF. Tributário. Taxa de classificação de produtos vegetais. Empresa sob o regime de *drawback*. Na modalidade de suspensão. Ausência de dispositivo legal que imponha tal exação. Princípio da legalidade.

2. Os artigos 1º e 7º da Lei n. 6.305/1975, não determinam a incidência da taxa de classificação dos produtos vegetais quando destinados à importação sob o regime *drawback*. Ao revés, a Lei n. 6.305/1975, em seu art. 1º, institui a referida taxa, unicamente, para a hipótese de comercialização interna de produtos vegetais. Princípio da legalidade tributária.

3. O sistema tributário impede a criação de obrigação tributária por interpretação jurisprudencial. Em conseqüência, a tributação pressupõe lei que a defina quanto aos elementos do seu fato gerador, da sua base imponível e da alíquota devida, expressando, ainda, quem são os sujeitos ativos e passivos.

(...)

6. Recurso da Ascar parcialmente conhecido, porém, desprovido. (REsp n. 417.821/RS, Primeira Turma, DJ de 17.02.2003, Rel. Min. Luiz Fux)

"Tributário. Taxa de classificação de produtos vegetais. Lei n. 6.305/1985. Portaria n. 393/1995. Não-incidência na importação de produtos sob regime de *drawback*.

1. Os artigos 1º e 7º, da Lei n. 6.305/1975, não determinam a incidência da taxa de classificação dos produtos vegetais quando destinados à importação sob o regime *drawback*, ou seja, destinados à futura exportação.

2. A Lei n. 6.305/1975, em seu art. 1º, institui a referida taxa, unicamente, quando ocorre comercialização interna de produtos vegetais.

3. Homenagem ao princípio da legalidade.

4. Impossível, em nosso regime legal tributário, a criação de obrigação tributária por interpretação jurisprudencial.

5. Só há tributo exigível quando existe lei que expressamente o declare, impondo os elementos do seu fato gerador, da sua base imponível e da alíquota devida, expressando, ainda, quem são os sujeitos ativos e passivos.

6. Recurso não provido."

(REsp n. 432.839/SC, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 23.09.2002, p. 281)

Importa relembrar, ainda, sobre o princípio da legalidade tributária, nas palavras de **Roque Antônio Carraza** (**in** "Curso de Direito Constitucional Tributário", 19ª ed., Malheiros Editores, p. 234) que "criar tributos por lei não é apenas rotulá-los (isto é, declarar simplesmente que estão institiuídos), mas descrever, pormenorizadamente, suas *hipóteses de incidência,* seus *sujeitos ativos,* seus *sujeitos passivos,* suas *bases de cálculo* e suas *alíquotas*".

Pelo exposto, conhecendo do especial pelas alíneas **a** e **c**, é de se concluir que o aresto impugnado não negou vigência aos dispositivos legais invocados, devendo prevalecer o entendimento adotado pelo TRF-4ª Região, no sentido de não incidir a taxa de classificação de produtos vegetais, quando o produto vegetal, importado sob a égide da Lei n. 6.035/1975, não for destinado diretamente à comercialização interna, sob pena de violação do art. 1º do mesmo diploma legal, em face do princípio da estrita legalidade que deve nortear o sistema tributário.

Em tais condições, é de ser negado provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 560.686 — RJ (2003/0110967-7)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF
Advogados: Jailton Zanon da Silveira e outros
Recorridos: Florentino Ferreira Gomes e outros
Advogados: Euclerio de Azevedo Sampaio Junior e outros

EMENTA

Administrativo. Levantamento dos saldos do FGTS. Trabalhador portuário avulso. Impossibilidade de movimentação da conta vinculada pela simples transferência — do sindicato da categoria para o órgão

gestor de mão-de-obra (OGMO) — do gerenciamento do trabalho avulso, uma vez que tal ocorrência não implica rescisão de contrato de trabalho. Recurso provido.

1. Da leitura conjugada dos arts. 20, X, da Lei n. 8.036/1990 e 27, 55, 58, 59 e 61 da Lei n. 8.630/1993, conclui-se que o *trabalhador portuário avulso* pode solicitar o saque do FGTS, invocando essa sua condição profissional, nas seguintes hipóteses: a) *suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a noventa dias* (decorridos 90 dias de suspensão total do trabalho avulso e, de posse da declaração fornecida pelo Sindicato/OGMO — Órgão Local de Gestão de Mão-de-Obra, o trabalhador poderá solicitar o saque desde que, na data da solicitação, permaneça com todas suas atividades de avulso suspensas); b) *cancelamento do registro profissional solicitado até o dia 31 de dezembro de 1994 ao órgão local de gestão de mão-de-obra* (o trabalhador avulso deve apresentar os seguintes documentos de comprovação: I - Solicitação do cancelamento do registro profissional efetuada junto ao OGMO e declaração deste, contendo a data do cancelamento do registro profissional; II - Comprovante de recebimento da indenização de que trata o artigo 59, I, da Lei n. 8.630/1993, cujo pagamento tenha ocorrido até 31.12.1998, e apresentação de TRCT, se for o caso). Nesse contexto, a simples transferência de gerenciamento da mão-de-obra dos trabalhadores portuários avulsos, do sindicato da categoria para o Órgão Gestor de Mão-de-Obra — OGMO, não implica rescisão de seus contratos de trabalho e, portanto, não autoriza a movimentação de suas contas vinculadas ao FGTS, com fundamento no inciso II do art. 20 da Lei n. 8.036/1990.

2. Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 05 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ de 02.05.2005

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual manteve a sentença que havia concedido mandado de segurança aos ora recorridos para determinar a movimentação de suas contas vinculadas ao FGTS, em decorrência do advento da Lei n. 8.630/1993, que transferiu do Sindicato de Trabalhadores Portuários Avulsos para o Órgão Gestor de Mão-de-Obra — OGMO o gerenciamento do trabalho avulso, sob o entendimento de que tal mudança de regime significou, por equiparação legal, rescisão de contrato de trabalho para os fins da legislação do FGTS.

Aponta a recorrente negativa de vigência aos arts. 20, X, da Lei n. 8.036/1990, 27, 55, 58 e 61 da Lei n. 8.036/1993 e 3º da CLT. Sustenta, em síntese, que: a) com a criação do Órgão Gestor de Mão-de-Obra — OGMO, o que houve foi a transferência de gestão do trabalho portuário avulso do Sindicato para o OGMO, e não a extinção do contrato de trabalho, mesmo porque os avulsos não são empregados do Sindicato, nem tampouco do Órgão Gestor criado; b) o fato de existirem duas contas, uma em nome do Sindicato e outra, do OGMO, não se deve à extinção do contrato de trabalho, e sim à existência de CGC's distintos, mas que, oportunamente, serão transferidas para o OGMO, mesmo porque, com a transferência de gestão, não ocorreu a suspensão do trabalho avulso, que é a condicionante legal ao saque do FGTS. Ao final, requer o provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Denise Arruda (Relatora): Razão assiste à recorrente.

Com efeito, a Lei n. 8.036/1990 dispõe o seguinte, a respeito da movimentação da conta vinculada ao FGTS pelo trabalhador avulso:

> "Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:
>
> (...)
>
> X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional."

Por sua vez, a Lei n. 8.630/1993 assim disciplina o trabalho portuário avulso:

> "Art. 27. O órgão de gestão de mão-de-obra:
>
> I - organizará e manterá cadastro de trabalhadores portuários habilitados ao desempenho das atividades referidas no artigo anterior;

II - organizará e manterá o registro dos trabalhadores portuários avulsos.

§ 1º A inscrição no cadastro do trabalhador portuário dependerá exclusivamente, de prévia habilitação profissional do trabalhador interessado, mediante treinamento realizado em entidade indicada pelo órgão de gestão de mão-de-obra.

§ 2º O ingresso no registro do trabalhador portuário avulso depende de prévia seleção e respectiva inscrição no cadastro de que trata o inciso I deste artigo, obedecidas a disponibilidade de vagas e a ordem cronológica de inscrição no cadastro.

§ 3º A inscrição no cadastro e o registro do trabalhador portuário extingue-se por morte, aposentadoria ou cancelamento." (Grifou-se)

"Art. 55. É assegurado o registro de que trata o inciso II do art. 27 desta lei aos atuais trabalhadores portuários avulsos matriculados, até 31 de dezembro de 1990, na forma da lei, junto aos órgãos competentes, desde que estejam comprovadamente exercendo a atividade em caráter efetivo desde aquela data.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não abrange os trabalhadores portuários aposentados."

"Art. 58. Fica facultado aos trabalhadores avulsos, registrados em decorrência do disposto no art. 55 desta lei, requererem ao organismo local de gestão de mão-de-obra, no prazo de até 1(um) ano contado do início da vigência do adicional a que se refere o art. 61, o cancelamento do respectivo registro profissional.

Parágrafo único. O Poder Executivo poderá antecipar o início do prazo estabelecido neste artigo."

"Art. 59. É assegurado aos trabalhadores portuários avulsos que requeiram o cancelamento do registro nos termos do artigo anterior:

I - indenização correspondente a Cr$ 50.000.000,00 (cinqüenta milhões de cruzeiros), a ser paga de acordo com as disponibilidades do fundo previsto no art. 64 desta lei;

II - o saque do saldo de suas contas vinculadas do FGTS, de que dispõe a Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.

(...)

§ 2º O cancelamento do registro somente surtirá efeito a partir do recebimento pelo trabalhador portuário avulso, da indenização."

"Art. 61. É criado o Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso (AITP) destinado a atender aos encargos de indenização pelo cancelamento do registro do trabalhador portuário avulso, nos termos desta lei.

Parágrafo único. O AITP terá vigência pelo período de 4 (quatro) anos, contados do início do exercício financeiro seguinte ao da publicação desta lei."

Da leitura sistematizada dos dispositivos legais acima transcritos conclui-se que o *trabalhador portuário avulso* pode solicitar o saque do FGTS, invocando essa sua condição profissional, nas seguintes hipóteses: a) *suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a noventa dias* (decorridos noventa dias de suspensão total do trabalho avulso e, de posse da declaração fornecida pelo Sindicato/OGMO — Órgão Local de Gestão de Mão-de-Obra, o trabalhador poderá solicitar o saque desde que, na data da solicitação, permaneça com todas suas atividades de avulso suspensas); b) *cancelamento do registro profissional solicitado até o dia 31 de dezembro de 1994 ao órgão local de gestão de mão-de-obra* (o trabalhador avulso deve apresentar os seguintes documentos de comprovação: I - Solicitação do cancelamento do registro profissional efetuada junto ao OGMO e declaração deste, contendo a data do cancelamento do registro profissional; II - Comprovante de recebimento da indenização de que trata o artigo 59, I, da Lei n. 8.630/1993, cujo pagamento tenha ocorrido até 31.12.1998, e apresentação de TRCT, se for o caso).

Nesse contexto, a simples transferência de gerenciamento da mão-de-obra dos trabalhadores portuários avulsos, do sindicato da categoria para o Órgão Gestor de Mão-de-Obra — OGMO, não implica rescisão de seus contratos de trabalho e, portanto, não autoriza a movimentação de suas contas vinculadas ao FGTS, com fundamento no inciso II do art. 20 da Lei n. 8.036/1990.

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 577.712 — PE (2003/0134442-7)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Usina Ipojuca S/A
Advogados: Gustavo Vieira de Melo Monteiro e outros
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradores: Waldemiro de Araújo Lima Neto e outros
Sustentação oral: Henrique Vanderley Filho, pela recorrente

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança. Declaração de inconstitucionalidade de lei revogadora. Eficácia **ex tunc**. Inaptidão da lei inconstitucional para produzir quaisquer efeitos. Inocorrência de revogação. Distinção entre declaração de inconstitucionalidade e revogação de lei.

1. O vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito em ação de controle concentrado, tem efeitos puramente declaratórios. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é **ex tunc**.

2. A revogação, contrariamente, tendo por objeto norma válida, produz seus efeitos para o futuro (**ex nunc**), evitando, a partir de sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regular) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação.

3. A não-repristinação é regra aplicável aos casos de revogação de lei, e não aos casos de inconstitucionalidade. É que a norma inconstitucional, porque nula **ex tunc**, não teve aptidão para revogar a legislação anterior, que, por isso, permaneceu vigente.

4. No caso dos autos, foi declarado inconstitucional o art. 25, § 2º, da Lei n. 8.870/1994, que determinava a revogação do art. 22, I, da Lei n. 8.212/1990, alterando a base de incidência da contribuição da folha de pagamentos para o faturamento. Não tendo essa lei, porém, face ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade, jamais sido apta a realizar o comando que continha, vigeu e vige, desde a sua edição até os dias atuais, o art. 22, inciso I, da Lei n. 8.212/1990, que determina que as empresas de atividade rural recolham a contribuição sobre a folha de salários.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

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, negar

provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado (voto-vista), Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2005.

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 30.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 247/263) apresentado em face de acórdão do TRF da 5ª Região cuja ementa é a seguinte:

> "Constitucional e Tributário. Contribuições previdenciárias. Art. 25, § 2º, da Lei n. 8.870, de 15.05.1994. Declaração de inconstitucionalidade. Subsistência da sistemática da Lei n. 8.212/1991.
>
> — Declaração de inconstitucionalidade do art. 25, § 2º, da Lei n. 8.870/1994, nos autos da ADIn n. 1.103-1/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.
>
> — Continua vigente o sistema anterior de exigência das contribuições previdenciárias nos termos preconizados pelo art. 22 da Lei n. 8.212/1991. Tal não implica repristinação. Se a norma foi expungida do sistema jurídico em face de sua invalidade, não há cogitar-se de seu efeito revocatório.
>
> — É indevido o pagamento das diferenças quanto às contribuições previdenciárias já recolhidas em observância ao disposto na norma declarada inconstitucional. As contribuições, porém, cujos fatos geradores sejam posteriores à declaração de inconstitucionalidade devem ser cobradas de acordo com a disciplina legal da Lei n. 8.212/1991.
>
> — Reconhecida a continuidade da sistemática anterior, o recolhimento efetuado é devido. Prejudicado o pedido de compensação por ausência de crédito em favor da empresa contribuinte.
>
> — Apelações, da impetrante e do INSS, e remessa oficial improvidas." (Fl. 245)

A recorrente, amparada nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, aponta, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 2º, §§ 1º e 3º, da LICC e 25 da Lei n. 8.870/1994, aduzindo, em síntese, que a declaração de inconstitucionalidade na ADIn n. 1.1.03-1/DF atingiu apenas o § 2º do referido dispositivo, razão pela qual não há qualquer lacuna legislativa a determinar a aplicação do art. 22 da Lei

n. 8.212/1991, devendo as empresas que, como a recorrente, dedicam-se à produção rural, continuar a contribuir na forma prevista no **caput** do art. 25, que institui novo regime para as empresas rurais, retirando-as do âmbito de incidência da Lei n. 8.212/1991. Afirma ainda qua a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não tem efeito repristinatório sobre a lei por ela revogada. Pretende o reconhecimento de sua não-sujeição à regra do art. 22 da Lei n. 8.212/1991, determinando-se ao INSS que se abstenha de exigir a contribuição social sobre a folha de salários dos empregados utilizados na atividade rural (fl. 263).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Em voto-vista proferido no REsp n. 312.518/AL, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ de 24.11.2003, assim me manifestei sobre a questão ora em exame:

> "(...) 2. O art. 22, inciso I, da Lei n. 8.212/1991 estabelecia como base de incidência da contribuição previdenciária 'o total da remunerações pagas ou creditadas (...) aos segurados empregados, empresários, trabalhadores avulsos e autônomos'. Mais tarde, porém, o art. 25 da Lei n. 8.870/1994 dispôs que 'a contribuição prevista no art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1990, devida à seguridade social pelo empregador, pessoa jurídica, que se dedica à produção rural, passa a ser a seguinte: I - dois e meio por cento da receita bruta proveniente a comercialização de sua produção; II - um décimo por cento da receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, para o financiamento da complementação das prestações por acidente de trabalho. (...) § 2º O disposto neste artigo se estende às pessoas jurídicas que se dediquem à produção agroindustrial, quanto à folha de salários de sua parte agrícola, mediante o pagamento da contribuição prevista neste artigo, a ser calculada sobre o valor estimado da produção agrícola própria, considerado seu preço de mercado. (...)'. Operou-se, assim, a mudança da base de cálculo da contribuição, que, para as empresas dedicadas à atividade rural, deixou de ser a folha de salários e passou a ser a receita bruta.
>
> Sobreveio, em 1996, declaração de inconstitucionalidade do supratranscrito § 2º do art. 25 da Lei n. 8.870/1994 pelo STF (ADI n. 1.103/DF; Relator Ministro Néri da Silveira; Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ em 25.04.1997).
>
> Discute-se, no recurso especial, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade no que diz com a restauração da vigência da lei substituída pelo dispositivo cuja nulidade o STF afirmou.

3. O ponto central para o deslinde da controvérsia consiste no estabelecimento da necessária distinção entre revogação e declaração de inconstitucionalidade. Sobre o tema, discorremos em 'Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional' RT, 2001, pp. 48/49, alinhando razões a seguir reproduzidas.

Assemelham-se os dois institutos apenas na circunstância de impedirem que, uma vez ocorrida a revogação ou a declaração de inconstitucionalidade, a norma siga incidindo e gerando efeitos. Diferenciam-se, contudo, quanto ao fundamento e quanto ao momento de produção desse resultado. Tendo por objeto norma válida, a revogação produz seus efeitos para o futuro (**ex nunc**), evitando, a partir de sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regular) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação. Contrariamente, o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no Supremo Tribunal Federal (entre muitos, ADIn n. 652/MA, Ministro Celso de Mello, RTJ 146:461) e abonada pela doutrina dominante entre nós. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito em ação de controle concentrado, simplesmente declara a validade ou a nulidade da norma. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é **ex tunc**. 'A Corte', explicou o Ministro Brossard, 'verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas **ab initio** não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é **ex tunc**' (voto proferido na ADIn n. 2, RTJ 169:780). No mesmo sentido, as recentes decisões do Supremo nos julgados AI n. 314.481/MG, AgRg, Primeira Turma, Ministro Sydney Sanches 1º.03.2003 ('com o julgamento do mérito de uma ADI, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tem sempre eficácia **ex tunc**, pois esta nasceu com o vício maior de invalidade'); ADI n. 483/PR, ED, Pleno, Ministro Ilmar Galvão, DJ em 05.10.2001 ('a declaração de inconstitucionalidade decorrente da procedência de ação direta tem efeitos **ex tunc**, regra que somente admite

exceção na forma do art. 27 da Lei n. 9.868/1999, hipótese não configurada no caso em questão'). Não é correto afirmar, portanto, que, com a declaração de inconstitucionalidade, ocorre a saída da lei inconstitucional do mundo jurídico. A norma inconstitucional não sai do sistema porque, sendo nula, nele nunca ingressou. Sendo assim, uma das conseqüências da inconstitucionalidade da lei é a sua inaptidão para operar a revogação de norma anterior em sentido contrário (ou diverso).

Daí a conclusão de **Clèmerson Merlin Clève** ('A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro', RT, 2000, p. 249): 'porque o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não, simplesmente, anulável), a decisão que o declara produz efeitos repristinatórios. Sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derrogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta (**rectius**, que declara) a inconstitucionalidade atinge todos 'os possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar' [**José Celso de Mello Filho**, 'Constituição Federal Anotada', SP, Saraiva, 1986, p. 349] inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. Sendo nula a lei declarada inconstitucional, diz o Ministro Moreira Alves, 'permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade' [Rp n. 1.077/RJ, Pleno, DJ em 28.09.1984]'. Alerta o autor, ainda, para a inadequação do termo 'repristinação', reservado às hipóteses de reentrada em vigor de norma efetivamente revogada (e que, salvo expressa previsão legislativa, inocorre no Direito brasileiro), afirmando ser preferível, para designar o fenômeno do revigoramento de lei apenas aparentemente revogada por norma posteriormente declarada inconstitucional, falar-se em efeito repristinatório (**op. cit.**, p. 250).

Essa conseqüência, decorrente de nosso sistema, de que o preceito constitucional é nulo, **ex tunc**, e como tal não revoga o anteriormente vigente, veio reafirmada na Lei n. 9.868/1999, que dispõe sobre o processamento e julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF. Com efeito, dispõe o seu art. 11, § 2º, aplicável à ação direta de inconstitucionalidade, que 'a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário'. Ora, se ao comando veiculado por medida liminar — intrinsecamente precária, porque formada à base de juízo de verossimilhança —, atribuiu a lei tal efeito, impossível negá-lo à sentença que definitivamente põe fim à controvérsia, afirmando a nulidade da norma, face à relação de pertinência que se verifica entre os provimentos cautelares em ação de controle concentrado, de natureza antecipatória, e o conteúdo da futura sentença de procedência. Aliás,

conforme estabelece o art. 27, 'ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado'. Isso significa dizer que, somente nessas excepcionais circunstâncias, expressamente definidas pelo STF, é que se poderia cogitar em outra eficácia temporal que não fosse **ex tunc**. Somente em casos tais, portanto, seria admissível a vigência (ainda que temporária) de norma inconstitucional, em prejuízo da que, anteriormente, regulava a matéria. Ora, no caso concreto, não foi utilizada a faculdade prevista no art. 27 citado.

Em suma, a suspensão dos efeitos do § 2º do art. 25 da Lei n. 8.870/1994 não se deu por revogação, mas sim por força de sentença que reconheceu sua inconstitucionalidade, proferida em ação direta. Assim, essa norma, porque inconstitucional, jamais teve aptidão para produzir o efeito contido em seu comando, qual seja, o de alterar a base de cálculo da contribuição previdenciária devida pelas empresas produtoras rurais da folha de salários para a receita bruta. Vigeu e vige, portanto, desde a sua edição até os dias atuais, o art. 22, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, que determina que as empresas de atividade rural recolham a contribuição sobre a folha de salários."

2. No caso concreto, a autora pretende (a) o reconhecimento de sua não-sujeição à regra do art. 22 da Lei n. 8.212/1991; (b) a restituição dos valores pagos com base na norma do art. 25, § 2º, da Lei n. 8.870/1994, declarada inconstitucional pelo STF; (c) sucessivamente, o reconhecimento da sujeição à norma do art. 22 da Lei n. 8.212/1991 somente após a publicação do acórdão do STF na ADIn n. 1.103/DF, sem, portanto, o pagamento das diferenças a maior devidas desde a edição da Lei n. 8.870/1994 até essa data (fls. 21/22). A sentença de primeiro grau, confirmada pelo TRF, julgou procedente o terceiro desses pedidos (fl. 161).

A aplicação da orientação acima mencionada conduziria à improcedência também desse último pedido, já que, conforme se explicitou, vigeu e vige, desde a sua edição até os dias atuais, o art. 22, inciso I, da Lei n. 8.212/1991. Deve ser mantido, porém, o acórdão recorrido, diante do princípio da vedação da **reformatio in pejus**.

Não prospera, finalmente, o argumento no sentido da inclusão da autora, empresa agroindustrial, na previsão do **caput** do art. 25 da Lei n. 8.870/1994 ("pessoa jurídica que se dedique à produção rural") — dispositivo cuja constitucionalidade não se questiona —, até mesmo porque, como afirma a própria autora na

inicial, ela "não comercializa sua produção agrícola ou rural, destinando-a como matéria-prima de sua atividade industrial" (fl. 10), ou seja, não realiza a base de cálculo sobre a qual os produtores rurais recolhem a contribuição previdenciária ("receita bruta proveniente da comercialização de sua produção", nos termos dos incisos I e II do referido art. 25).

3. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: Examinei os autos. Estou de acordo com o voto do eminente Relator.

Correto o acórdão recorrido. Dispõe a sua ementa (fl. 245):

"Constitucional e Tributário. Contribuições previdenciárias. Art. 25, § 2º da Lei n. 8.870, de 15.05.1994. Declaração de inconstitucionalidade. Subsistência da sistemática da Lei n. 8.212/1991.

— Declaração de inconstitucionalidade do art. 25, § 2º, da Lei n. 8.870/1994, nos autos da ADIn n. 1.103/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

— Continua vigente o sistema anterior de exigência das contribuições previdenciárias nos termos preconizados pelo art. 22 da Lei n. 8.212/1991. Tal não implica em repristinação. Se a norma foi expungida do sistema jurídico em face de sua invalidade, não há de cogitar-se de seu efeito revocatório.

— É indevido o pagamento das diferenças quanto às contribuições previdenciárias já recolhidas em observância ao disposto na norma declarada inconstitucional. As contribuições, porém, cujos fatos geradores sejam posteriores à declaração de inconstitucionalidade devem ser cobradas de acordo com a disciplina legal da Lei n. 8.212/1991.

— Reconhecida a continuidade da sistemática anterior, o recolhimento efetuado é devido. Prejudicado o pedido de compensação por ausência de crédito em favor da empresa contribuinte.

— Apelações, da impetrante e do INSS, e a remessa oficial improvidas".

Isso posto, nego provimento ao recurso, acompanhando o Relator.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 614.048 — RS (2003/0225547-0)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Moinhos de Trigo Indígena S/A
Advogados: Arnaldo Rizzardo e outros
Recorrida: União
Recorrido: Banco Central do Brasil
Advogados: Francisco Siqueira e outros
Sustenção oral: Arnaldo Rizzardo, pela recorrente

EMENTA

Responsabilidade civil do Estado. Paridade cambial. Intervenção estatal no domínio econômico. Pretensão de imputação de responsabilidade objetiva por força de alteração da paridade cambial. Conseqüente dever de indenizar a União e o Bacen. Fatores inerentes à conjuntura internacional que se assemelham ao fato do príncipe. Improcedência.

1. A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174, da CF.

2. Deveras, sólida a lição de que um "dos fundamentos da ordem econômica é justamente a 'liberdade de iniciativa', conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a 'livre concorrência' como um de seus princípios obrigatórios: 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência'. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o **quantum** a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos cons-

titucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosprerar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: '*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.* (...)" (**Celso Antônio Bandeira de Mello in** "Curso de Direito Administrativo", 14ª ed. Malheiros, 2002, pp. 619/620).

3. No afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, o Estado-Soberano pode preconizar a paridade cambial, previsivelmente sujeita, quanto à sua estabilidade, ao comércio externo e à política internacional, fatos inimputáveis ao Estado Nacional, quer à luz da responsabilidade objetiva quer à luz da responsabilidade subjetiva, inerentes às hipóteses de atos omissivos, nos quais é imperioso detectar que a entidade pública tinha o dever de evitar o imprevisto que gerou dano a terceiros.

4. Consoante escorreitamente assentado no aresto recorrido "1. A União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações em que se discute direito à indenização por prejuízos decorrentes da súbita modificação da política cambial, estando legitimado, com exclusividade, o Bacen, que decidiu e implementou a liberação do mercado de câmbio. 1. (**sic**) Ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial. O mercado de câmbio, por natureza, é variável. Tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de *hedge*. 2. Ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo Bacen, em 18.01.1999, através do Comunicado n. 6.565, e a correspondente maxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano. A teoria da imprevisão aplica-se aos contratantes, não vinculando terceiros. 3. A liberação do mercado de câmbio, pelo Bacen, na ocasião, é tida por regular, pois surgiu como alternativa capaz de proteger as reservas cambiais do Brasil. A volatização do mercado financeiro e de capitais, produto da globalização, é capaz de provocar súbitos

desequilíbrios nas reservas cambiais, o que exige dos Governos modificações em sua política cambial, muitas vezes inesperadas ou mais drásticas que as esperadas, na tentativa de conter a liquidação da economia do País.(...)"

5. A existência de norma legal indicativa do exercício da intervenção no domínio econômico revela exercício regular de direito, mercê de não se inferir da norma jurídica qualquer atuar omissivo posto inexistente o dever legal de manutenção da paridade, o qual, se existente, poderia conduzir à culpa **in ommittendo**.

6. O fato do príncipe é argüível **intra muros** entre os particulares e extraterritorialmente pelo Estado, desde que o suposto fato imprevisível e danoso dependa de conjunturas internacionais, imprevisíveis, **ad substantia**.

7. A ciência jurídico-econômica não é imutável e eterna, como não o são os ordenamentos voltados à regulação das atividades econômicas, sujeitas estas às mais diversas espécies de injunções internas e internacionais, como guerras, estratégias de proteção de produtos alienígenas, rompimento de relações diplomáticas etc.

8. O Estado responde objetivamente pelos seus atos e de seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros e, por omissão, quando manifesto o dever legal de impedir o ato danoso, hipótese em que a sua responsabilidade é subjetiva decorrente de imperícia ou dolo.

9. A ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado.

10. O recurso especial não é servil ao reexame de matéria fático-probatória.

11. recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro

José Delgado, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado (voto-vista) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ de 02.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Moinhos de Trigo Indígena S/A insurge-se, via recurso especial, ao abrigo da alínea **a**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido em sede de apelação, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> "Contrato de importação. Variação cambial. Comunicados do Bacen. Regime de bandas cambiais.
>
> 1. Não há obrigatoriedade de o Banco Central do Brasil em manter a paridade entre o real e o dólar estadunidense para fins cambiais.
>
> 2. O art. 4º, XVIII, da Lei n. 4.595/1964 possibilita ao Conselho Monetário Nacional a outorga ao Bacen do monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio na balança de pagamentos ou previsão da iminência desta situação. Assim, não há ilegalidade no ato do Bacen estabelecer taxas de câmbio.
>
> 3. O risco decorrente da variação cambial corre à conta do contratante.
>
> 4. Apelo improvido."

Trata-se, originariamente, de ação ordinária de indenização ajuizada pela empresa, ora recorrente, objetivando a responsabilização da União e do Bacen pelos prejuízos sofridos, tendo em vista as obrigações assumidas em moeda estrangeira, em decorrência da maxidesvalorização do real, frente ao dólar, a partir da liberação de câmbio, ocorrida em janeiro de 1999, consubstanciada no Comunicado n. 6.560, da autarquia ré..

O r. juízo monocrático excluiu a União do pólo passivo da demanda e julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Irresignada, a empresa apelou, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade, negado provimento ao recurso nos termos da ementa supratranscrita.

Opostos embargos de declaração, com a finalidade de obter o pronunciamento quanto ao disposto no art. 21, inciso VIII, da Constituição Federal e ver sanada omissão quanto à responsabilidade civil do Estado, restaram os mesmos parcialmente providos, para fins de prequestionamento.

Na presente irresignação especial, aponta a empresa Recorrente a violação aos seguintes dispositivos legais: Lei n. 4.595/1964, arts. 3º, 4º, 9º, 10 e 11; Lei n. 9.069/1995, arts. 3º e 6º e CPC, art. 20, § 4º.

Contra-razões ofertadas pelo Banco Central do Brasil, aduzindo, em síntese, que:

a) a variação cambial não pode ser considerada como fato imprevisível haja vista que representa risco inerente ao contrato firmado com referida cláusula;

b) a autarquia, tão-somente, utilizando-se do poder discricionário que lhe é inerente, adotou medidas necessárias e urgentes com a finalidade de contornar grave crise econômica instaurada no País em janeiro de 1999, além do que, inviável cogitar-se de dano indenizável haja vista que para a configuração deste necessário seria que a autora não tivesse contribuído por ação ou omissão para a alegada situação de prejuízo;

c) nos termos do art. 4º, XVIII, da Lei n. 4.594/1964 compete ao Conselho Monetário Nacional outorgar ao Bacen o monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou houver sérias razões para prever a iminência de tal situação e, o art. 11, da mesma lei, confere competência à autarquia recorrida para autuar na regulação do mercado cambial quanto à estabilidade das taxas de câmbio.

Realizado o juízo de admissibilidade positivo na instância de origem, ascenderam os autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente cumpre consignar que o presente apelo merece conhecimento parcial.

Isto porque o reexame da questão envolvendo a fixação de honorários advocatícios esbarra no óbice contido na Súmula n. 07-STJ, que veda a reapreciação, em sede de recurso especial, dos critérios norteadores da fixação da verba honorária na instância **a quo**.

Quanto aos demais dispositivos legais invocados pela Recorrente, estando devidamente prequestionada a questão federal suscitada, conheço da irresignação.

A questão central gravita sobre a responsabilidade estatal por força do rompimento da paridade cambial geradora de maxidesvalorização que, segundo a ótica da autora, arrasta o dever de indenizar do Estado, porquanto causador de danos à iniciativa privada.

Bem destacou a autarquia recorrida que:

"(...)

A variação do câmbio não pode ser considerada como fato imprevisível, uma vez que representa risco inerente ao contrato firmado e deve ser arcado pelas partes negociantes. A demandante assumiu o risco da operação e, como tal, deve arcar com eventuais prejuízos, assim como beneficiar-se-ia com eventuais ganhos.

(...)

O acolhimento do que é postulado através do recurso interposto é que poderia causar irreparáveis danos ao País, com a queda vertiginosa das reservas cambiais em face do desequilíbrio da balança comercial.

Corroborando essa afirmação, a decisão do MM. Juiz Corregedor, no exercício da Presidência, ao deferir a suspensão da execução da Liminar n. 1999.04.01.013316-8:

> *'Por outro lado, penso também, que os fundamentos invocados não se sustentam. (...) Nada indica, além disso, na figuração dos negócios, que a empresa importadora tivesse sido enganada por planos governamentais, no que obviamente não se pode reduzir a variação cambial que é exclusivo efeito do mercado. Como parece intuitivo (...) o mercado está sujeito a variações, e quem não se quer render à glorificação dele fugindo dos riscos, pode optar por operações de hedge ou contratação de câmbio para a liquidação futura, o que a autora não fez. Ora, ante tal quadro não há nenhum elemento concreto para concluir pela robustez do* **fumus boni juris** *e então a liminar, pelo porte da repercussão financeira a ser absorvida indevidamente pelo Banco Central, está a produzir séria ameaça ao interesse público e à economia nacional'* (grifo nosso)

(...)"

Cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão da lavra do então Presidente, o Sr. Ministro Celso de Mello, pronunciou-se sobre o tema, nos autos da Suspensão de Segurança n. 1.331-9/RS, de cujo voto condutor se extraem os seguintes excertos:

"(..) não posso deixar e ter presente a circunstância de que a medida judicial ora impugnada efetivamente compromete a ordem e a economia públicas, em face das greves repercussões que dela emergem".

Bem por isso, e sempre analisando a questão sob o ângulo de potencialidade danosa de que acha impregnado o ato decisão em causa, tenho por consistentes os fundamentos invocados pelo Banco Central do Brasil, especialmente no ponto em que a autarquia requerente, ao demonstrar, objetivamente, a ocorrência da situação de risco gerada pela decisão ora impugnada, assinala (fls. 10/11):

"A medida cuja suspensão está sendo postulada ameaça o nível de reservas do País, já que, embora não quantificado, é elevado o estoque da dívida de operações contratadas antes da desvalorização cambial. A medida em que se generalizem decisões da espécie, o que, aliás, já está acontecendo, mormente em face da ampla repercussão que estão tendo na imprensa, ter-se-á como conseqüência abalo ainda maior na já debilitada credibilidade do País, com demanda incalculável de moeda estrangeira, a exemplo do que vinha ocorrendo até a desvalorização do real (fuga de capitais, ausência de investidores, antecipações de pagamentos de dívidas, perda de linhas de crédito etc.).

(...)

Enfim, a liminar concedida, se prevalecer, obrigará o Banco Central do Brasil a fornecer à instituição financeira a moeda estrangeira por um valor inferior ao de mercado.

Vale dizer, impõe que a autarquia disponha de dólares por preço em real bastante inferior ao necessário para adquiri-los, sendo que o prejuízo deverá ser coberto pelo Tesouro Nacional. Mais do que isso, causará impacto negativo sobre as reservas internacionais, comprometendo os objetivos da política monetária e cambial. Impõem-se, portanto, a suspensão de medida liminar concedida, em face da grave lesão à ordem econômica, *na medida em que, por via indireta, incentiva o desrespeito às normas de política econômica e cambial, num momento em que toda a Nação se volta para o esforço comum de manter a estabilidade da moeda*"

(...)"

Não obstante, insindicável a matéria fática que ensejou a **causa petendi** da presente demanda, também não se vislumbra afronta alguma aos artigos 3º, § 4º, III, 11, da Lei n. 4.595/1964 e ao artigo 3º, § 2º, II, da Lei n. 9.069/1995, consoante asseverou o Bacen em suas contra-razões.

Consectariamente, o aresto recorrido não incidiu em **error in judicando** ao propor como solução da lide os seguintes fundamentos:

"Com efeito, a Lei n. 9.069/1990, mais precisamente no seu artigo 3º, nada dispõe acerca da obrigatoriedade de o Banco Central do Brasil manter a paridade entre o real e o dólar estadunidense para fins cambiais. O que a dita lei trata é tão-somente acerca da emissão de moeda, como mecanismo para o controle da inflação, com o intuito de proibir e emissão de reais sem o correspondente lastro em dólar ou ativo internacional conversível em dólar.

Assim, não há que se confundir lastro para emissão de moeda com o câmbio para aquisição de moeda.

A Resolução n. 2.237/1996 estabelece a competência do Banco Central para definir as faixas de flutuação das operações de câmbio, podendo, o mesmo, estabelecer qualquer taxa de câmbio para definir o regime cambial. Inexiste ilegalidade neste procedimento, visto que o artigo 3º da Lei n. 9.069/1995 prevê expressamente a possibilidade de modificação, por parte do Conselho Monetário Nacional, da paridade entre o real e o dólar dos Estados Unidos da América e o artigo 4º, XVIII, da Lei n. 4.595/1964, possibilita ao Conselho Monetário Nacional a outorga ao Bacen do monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio na balança de pagamentos ou previsão da iminência desta situação.

A alegação de que a variação cambial, no período que vinha sendo protegida pelo Bacen, desequilibra o contrato, criando um ônus imprevisível, deve ser rejeitada, pois as normas políticas cambiais são de ordem pública, descabendo alegação de direito adquirido em relação a índices, taxas ou cotações.

É inadimissível contratos de câmbio com taxas fixas. Os atos normativos editados pelo Banco Central não ensejam indenização, uma vez que, pela espécie da operação adotada, a autora sujeitou-se às mudanças que pudessem vir a ocorrer na política cambial brasileira.

Mantenho os honorários advocatícios em 5% sobre o valor da causa, eis que em consonância com o artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação."

Isto porque, a intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa, cânones constitucionais (arts. 170 e 174 da CF).

No afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, o Estado-Soberano pode preconizar a paridade cambial, previsivel-

mente sujeita, quanto à sua estabilidade, ao comércio exterior e política internacional, fatos imprevisíveis inimputáveis ao Estado Nacional, quer à luz da responsabilidade objetiva, quer à luz da responsabilidade subjetiva, inerentes às hipóteses de atos omissivos, nos quais é imperioso detectar que a entidade pública tinha o dever de evitar o imprevisto causador do dano a terceiros.

A existência de norma legal indicativa do exercício da intervenção no domínio econômico revela exercício regular de direito, mercê de não se inferir da lei qualquer atividade omissiva posto inexistente o dever legal de manutenção da paridade, o que, se existente, poderia conduzir à culpa **in ommittendo**.

O fato do príncipe é argüível intramuros entre os particulares e extraterritorialmente pelo Estado, desde que o suposto fato imprevisível e danoso dependa de conjunturas internacionais, imprevisíveis, **ad substantia**.

A ciência jurídico-econômica não é mutável e eterna, como não são os ordenamentos voltados à regulação das atividades econômicas sujeitas às mais diversas espécies de injunções internas e internacionais, como guerras, estratégias de proteção de produtos alienígenas, rompimento de relações diplomáticas etc.

O Estado responde objetivamente pelos seus atos e de seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros e, por omissão, quando manifesto o dever legal de impedir o ato danoso, hipótese em que a sua responsabilidade é subjetiva decorrente de imperícia ou dolo.

A ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado.

A doutrina do tema não induz à solução diversa, senão vejamos:

> "(...)
>
> Um dos fundamentos da ordem econômica é justamente a 'liberdade de iniciativa', conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a 'livre concorrência' como um de seus princípios obrigatórios. **Sic**: 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência'.
>
> Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucio-

nais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o **quantum** a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente o Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados.

No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: 'Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.

É óbvio, então, que o planejamento econômico menos ainda poderá compatibilizar-se com o anacrônico sistema cartorial que se fez vigorar em certos setores, nos quais o empreendimento da produção ou a comercialização no mercado interno ficava pendendo de 'outorgas governamentais' e ainda assim dentro do limite das 'cotas' 'deferidas' pelo Poder Público aos grupos empresariais que as recebessem. De resto, tal sistema seria, literalmente, a negação da livre concorrência, além de constituir-se em manifesta supressão da liberdade de iniciativa, convertida, por tal meio, em autêntico privilégio desfrutável por alguns."

(**Celso Antônio Bandeira de Mello in** "Curso de Direito Administrativo", 14ª ed., Malheiros, 2002, pp. 619/621).

A egrégia Primeira Turma desta colenda Corte Superior, apreciando questão análoga à presente, externou o seguinte entendimento:

"Responsabilidade civil do Estado. Paridade cambial. Intervenção estatal no domínio econômico. Pretensão de imputação de responsabilidade objetiva por força de alteração da paridade cambial. Conseqüente dever de indenizar a União e o Bacen. Fatores inerentes à conjuntura internacional que se assemelham ao fato do príncipe. Improcedência.

1. A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174 da CF.

2. Deveras, sólida a lição de que um 'dos fundamentos da ordem econômica é justamente a 'liberdade de iniciativa', conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a 'livre concorrência' como um de seus princípios obrigatórios: 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência'. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o **quantum** a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosprerar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: 'Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...)' (**Celso Antônio Bandeira de Mello in** 'Curso de Direito Administrativo', 14ª ed., Malheiros, 2002, pp. 619/620).

3. No afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, o Estado-Soberano pode preconizar a paridade cambial, previsivelmente sujeita, quanto à sua estabilidade, ao comércio externo e à política internacional, fatos inimputáveis ao Estado Nacional, quer à luz da responsabilidade objetiva quer à luz da responsabilidade subjetiva, inerentes às hipóteses de atos omissivos, nos quais é imperioso detectar que a entidade pública tinha o dever de evitar o imprevisto que gerou dano a terceiros.

4. Consoante escorreitamente assentado no aresto recorrido '1. A União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações em que se discute direi-

to à indenização por prejuízos decorrentes da súbita modificação da política cambial, estando legitimado, com exclusividade, o Bacen, que decidiu e implementou a liberação do mercado de câmbio. 1. (**sic**) Ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial. O mercado de câmbio, por natureza, é variável. Tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de *hedge*. 2. Ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo Bacen, em 18.01.1999, através do Comunicado n. 6.565, e a correspondente maxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano. A teoria da imprevisão aplica-se aos contratantes, não vinculando terceiros. 3. A liberação do mercado de câmbio, pelo Bacen, na ocasião, é tida por regular, pois surgiu como alternativa capaz de proteger as reservas cambiais do Brasil. A volatização do mercado financeiro e de capitais, produto da globalização, é capaz de provocar súbitos desequilíbrios nas reservas cambiais, o que exige dos Governos modificações em sua política cambial, muitas vezes inesperadas ou mais drásticas que as esperadas, na tentativa de conter a liquidação da economia do País.(...)'

5. A existência de norma legal indicativa do exercício da intervenção no domínio econômico revela exercício regular de direito, mercê de não se inferir da norma jurídica qualquer atuar omissivo posto inexistente o dever legal de manutenção da paridade, o qual, se existente, poderia conduzir à culpa **in ommittendo**.

6. O fato do príncipe é argüível intramuros entre os particulares e extraterritorialmente pelo Estado, desde que o suposto fato imprevisível e danoso dependa de conjunturas internacionais, imprevisíveis, **ad substantia**.

7. A ciência jurídico-econômica não é mutável e eterna, como não são os ordenamentos voltados à regulação das atividades econômicas, sujeitas estas às mais diversas espécies de injunções internas e internacionais, como guerras, estratégias de proteção de produtos alienígenas, rompimento de relações diplomáticas etc.

8. O Estado responde objetivamente pelos seus atos e de seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros e, por omissão, quando manifesto o dever legal de impedir o ato danoso, hipótese em que a sua responsabilidade é subjetiva decorrente de imperícia ou dolo.

9. A ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado.

10. recurso especial desprovido". (REsp n. 549.873/SC, julgado em 10.08.2004, Rel. Min. Luiz Fux).

Ante o exposto, conheço parcialmente do Recurso, e, nesta parte, nego-lhe provimento

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: A empresa recorrente afirma, em sua petição inicial, como fundamentos para postular a indenização pretendida, o seguinte (fls. 04/09):

"Como se verifica do exame das variações acima referidas, da moeda nacional — real — em relação ao dólar americano, o início da súbita alteração deu-se em 13 de janeiro do corrente ano, quando a cotação, que no dia 12.01 era de 1.2125, na venda, se elevou para 1.3204, num percentual de 8,99%, em razão das determinações emanadas do Comunicado n. 6.560, de 13.01.1999 (assinado pelo Diretor de Assuntos Internacionais do Banco Central, Sr. Demosthenes Madureira de Pinho Neto) o qual, em seu inciso II, fixou a 'faixa de flutuação', nestes termos:

II - a 'faixa de flutuação' terá, doravante, como limite inferior, R$ 1,20 (um real e vinte centavos por um dólar dos Estados Unidos e, como limite superior, R$ 1,32 (um real e trinta e dois centavos) por um dólar dos Estados Unidos;...".

Passados dois dias, exatamente no dia 15.01.1999, outra vez é surpreendida a comunidade brasileira, eis que emitido novo Comunicado, de n. 6.563, **in verbis**:

'I - O Banco Central do Brasil não intervirá nos mercados de câmbio na data de hoje.

II - Novo comunicado a respeito do regime cambial será divulgado na próxima segunda-feira, 18.01.1999.

III - Fica revogado o Comunicado n. 6.560, de 13.01.1999'.

Brasília (DF), 15 de janeiro de 1999-03-10

Demosthenes Madureira de Pinho Neto

Diretor de Assuntos Internacionais'.

Finalmente, para culminar a arbitrariedade perpetrada, o Banco Central do Brasil — Bacen, em 18.01.1999, emitiu o malfadado Comunicado n. 6.565, com o seguinte teor:

"I - A partir de hoje, segunda-feira, 18.01.1999, o Banco Central do Brasil deixará que o mercado interbancário (segmentos livre e flutuante) defina a taxa de câmbio.

II - O Banco Central do Brasil poderá intervir nos mercados, ocasionalmente e de forma limitada, com o objetivo de conter movimentos desordenados das taxas de câmbio.

Brasília (DF), 18 de janeiro de 1999.

Demósthenes Madureira de Pinho Neto

Diretor de Assuntos Internacionais'.

Por conseguinte, tais alterações se processaram à revelia de qualquer autorização formal.

Nota-se que a ordem partiu de um dos agentes do Banco Central, ocupante de cargo administrativo na esfera subalterna. Sequer apareceu a autorização de quem ocupa o cargo máximo de direção daquela Autarquia Federal.

Incontestável que o fenômeno decorreu de manipulação da política cambial pelo Governo, na órbita do Executivo Federal. Ninguém duvida da interferência direta e decisiva da União na súbita e inesperada alteração.

O ato revela ilegalidades na esfera da competência para tais determinações. Com efeito, a Lei n. 4.595, de 31.12.64, que dispõe sobre a política e as instituições bancárias e creditícias, criou o Conselho Monetário Nacional, atribuindo-lhe competências, como se depara em seu art. 2º. Dentre as várias atribuições afetas, ressalta a do inciso III do art. 3º da mesma lei, nestes termos:

'Art. 3º: A política do Conselho Monetário Nacional objetivará:

III - regular o valor externo da moeda e o equilíbrio do balanço de pagamento do País, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moeda estrangeira'.

O art. 4º mais especificamente, no inciso V, atribui ao Conselho Monetário Nacional:

VI - Fixar as diretrizes e normas da política cambial, inclusive quanto à compra e venda de ouro e quaisquer operações em direitos especiais

de saque e em moeda estrangeira' (redação determinada pelo Decreto-Lei n. 581/1969).

Já no inciso XXXI, do mesmo artigo, acentua-se a competência do Conselho Monetário Nacional em matéria relativa ao câmbio:

'XXXI - Baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive *swaps*, fixando limites, taxas e outras condições'.

No mesmo sentido o disposto na Lei n. 9.069/1995 (ex Medida Provisória n. 542), em seu art. 3º, § 2º e § 4º, III:

'Art. 3º O Banco Central do Brasil emitirá o real mediante a prévia vinculação de reservas internacionais em valor equivalente, observado o disposto no art. 4º desta lei.

§ 2º A paridade a ser obedecida para fins da equivalência a que se refere o **caput** deste artigo será de um dólar dos Estados Unidos da América para cada real emitido.

§ 4º O Conselho Monetário Nacional, segundo critérios aprovados pelo Presidente da República

III - poderá modificar a paridade a que se refere o parágrafo segundo deste artigo'.

Parece fora de dúvidas que a matéria relativa à variação cambial, máxime no que trata na mudança súbita da política, como no caso da simples liberação, deveria vir precedida de autorização do citado órgão. Jamais poderia o Bacen ter ditado as diretrizes da política cambial do País.

A Lei n. 4.595, quando trata da competência do Banco Central do Brasil, nem no art. 9º e muito menos nos vários incisos que seguem aos artigos 10 e 11, permite ao Banco Central a simples liberação das taxas cambiais, nos moldes vindos com o Comunicado n. 6.565, e mesmo nos moldes dos anteriores comunicados.

Na verdade, as competências constantes especialmente no inciso VII do art. 10 e III, do art. 11, restringem-se ao controle dos capitais estrangeiros, e à atuação no mercado cambial, para manter a estabilidade nas taxas e o equilíbrio no balanço de pagamentos. Seria a competência prevista no inciso II do Comunicado n. 6.565, já mencionado.

No entanto, a medida imposta no cenário da política econômica nacional diz com a regulação do valor externo da moeda estrangeira, com as diretrizes e normas da política cambial e a regulação das operações de câmbio.

Jamais se trata de singelo controle de capitais estrangeiros, ou de atuação no funcionamento e na estabilidade do mercado cambial. Ressalta-se que houve liberação, ou a entrega da variação às leis de mercado impostas pelas instituições privadas.

De forma que houve, no procedimento administrativo, uma exacerbação da competência do Banco Central do Brasil, invadindo a esfera de atribuições reservadas ao órgão normativo superior.

A retirada do Banco Central no controle da variação cambial está na esfera da competência do Conselho Monetário Nacional, dentro da distribuição da competência contemplada no inciso III do art. 3º, e nos incisos V e XXXI do art. 4º da Lei n. 4.595.

Justamente cumprindo com as funções que lhe são afetas, insertas nos dispositivos supra-referidos, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução n. 2.234, em 30 de janeiro de 1996, regulando a atuação do Bacen no mercado de câmbio. Está expresso na citada resolução:

> 'Art. 1º As operações de câmbio do Banco Central do Brasil nos mercados interbancários de câmbio dos segmentos de taxas livres e de taxas flutuantes obedecerão a uma sistemática de faixas de flutuação ou bandas.
>
> Parágrafo único. As faixas de flutuação serão definidas periodicamente pelo Banco Central do Brasil.
>
> Art. 2º O Banco Central do Brasil intervirá obrigatoriamente nos mercados interbancários de câmbio sempre que os limites das faixas de flutuação, superior ou inferior, forem atingidos pelas taxas praticadas no mercado.'
>
> (Grifamos).

Ora, evidente que não houve autorização alguma para liberação cambial, e nem para retirada do Banco Central do mercado de câmbio. Tal se deu ao arrepio da legislação reguladora da matéria e, para piorar, por órgão que sequer detinha competência para tanto. Foram completamente ignoradas e desrespeitadas as normas reguladoras da política cambial.

Inobstante isso, a estabilidade da moeda nacional — real — estribava-se na influência da política cambial, que deveria ser conduzida de forma ordenada e disciplinada. Cumpria ao Poder Executivo submeter a cada trimestre ao Congresso Nacional a programação monetária, em obediência aos ditames do art. 6º da citada Lei n. 9.069, nestes termos:

'Art. 6º O Presidente do Banco Central do Brasil submeterá ao Conselho Monetário Nacional no início de cada trimestre a programação monetária para o trimestre, da qual constarão, no mínimo:

I - estimativas das faixas de variação dos principais agregados monetários compatíveis com o objetivo de assegurar a estabilidade da moeda; e

II - análise da evolução da economia nacional prevista para o trimestre, e justificativa da programação monetária.

§ 1º Após aprovação do Conselho Monetário Nacional, a programação monetária será encaminhada à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal.

§ 2º O Congresso Nacional poderá, com base em parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, rejeitar a programação monetária a que se refere o **caput** deste artigo, mediante decreto legislativo, no prazo de 10 dias a contar do seu recebimento'.

Como se evidenciou, nada disso foi seguido. Mais uma vez o ordenamento legal restou esquecido, desrespeitado e ignorado.

Inarredável que o mencionado comunicado extrapolou a função do Banco Central de mero executor de ordens emanadas do CMN.

Tal comunicado representou uma norma, a partir da qual permitiram-se as condutas que teria que seguir a nova política cambial, independentemente de tudo o que estava legalmente estabelecido e consolidado na legislação a respeito".

Entende, a seguir, que a adoção da política de variação cambial demonstrada provocou-lhe grandes prejuízos que devem ser ressarcidos pela parte recorrida.

O acórdão de segundo grau, com base nas razões que desenvolveu, confirmou a sentença que considerou improcedente o pedido.

A recorrente, em sede de recurso especial, insiste pelo acolhimento de sua pretensão como inicialmente formulada.

O Relator, no voto anunciado, negou provimento ao recurso.

Examinei os autos e, conseqüentemente, as razões desenvolvidas pelas partes.

Acompanho o voto do Relator. Invoco, em síntese, os seguintes fundamentos:

a) as regras do mercado de câmbio são dinâmicas e devem ser compreendidas com vinculação aos objetivos a serem alcançados: a regulação do mercado financeiro internacional;

b) o Estado, quando intervém na regulamentação do câmbio, o faz com apoio na determinação constitucional que o tem como responsável pelo equilíbrio do balanço de pagamentos;

c) a livre iniciativa empresarial constitui um dos princípios fundamentais da ordem constitucional econômica, prestigiando o regime capitalista;

d) o papel do Estado no sistema capitalista é garantir a liberdade da atividade econômica, da livre iniciativa, sem proteger os empreendedores em perdas decorrentes do risco de seus negócios;

e) os prejuízos sofridos por empresas em decorrência de variações cambiais são riscos decorrentes das atividades negociais desenvolvidas;

f) em nosso sistema econômico não há amparo jurídico para, em face de variações cambiais, chamar o Estado à responsabilidade numa forma de socialização de prejuízos e privatização de lucros;

g) a simples desvalorização da moeda nacional é fenômeno complexo derivado dos impactos da economia, pelo que não gera, quando provocadora de prejuízos, qualquer responsabilidade do Estado;

h) inexiste direito adquirido de qualquer empresa à determinada taxa cambial (Pedido de Suspensão de Segurança n. 1.331-9-STF);

i) O Estado não pode ser responsabilizado por resultados negativos decorrentes de negócios jurídicos bilaterais firmados por nacionais e estrangeiros, em face de alteração da política cambial;

j) os contratantes de negócios jurídicos com base em variação cambial assumem o risco pelas alterações que possam ocorrer na política financeira internacional;

k) a modificação da política cambial é fato que não pode ser considerado como imprevisível.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, seguindo a linha de entendimento do Relator.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 614.715 — RS (2003/0216986-6)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: União
Recorrida: Michele Lermen Scottá
Advogados: Antônio Johann e outro

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Contribuição previdenciária sobre função comissionada. Cabimento da antecipação de tutela. Ilegalidade da exação.

I - É cabível a concessão de tutela antecipada para impedir o desconto de contribuição previdenciária sobre o valor pago a título de função comissionada, porquanto não se trata de extensão de vantagem a servidores públicos e sim do enfrentamento jurídico do desconto tributário reputado ilegal pelos Tribunais Superiores. Não se está diante das hipóteses impeditivas do art. 2º-B, da Lei n. 9.494/1997.

II - O Conselho de Administração deste STJ, em 24.11.2003, ao apreciar Processo Administrativo n. 6.544/2002, entendeu pela não-incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos aos seus servidores em razão do exercício de funções comissionadas ou gratificadas, vez que estas parcelas não serão incorporáveis e, conseqüentemente, não integrarão os proventos de aposentadoria.

III - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, negar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 27 de abril de 2004. (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 30.08.2004

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, **data venia** ao Sr. Ministro-Relator, fico vencido.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela União, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em sede de agravo de instrumento, manteve decisão de juiz de primeiro grau concedendo tutela antecipada a servidores públicos no sentido de que fosse ordenado à União que se abstivesse de descontar contribuição previdenciária sobre o valor da função comissionada.

O julgado restou assim ementado:

> "Agravo de instrumento. Tributário. Contribuição. Servidores comissionados. Base de cálculo. Lei n. 9.783/1999.
>
> A contribuição previdenciária dos servidores da ativa deve incidir apenas e tão-somente sobre aquelas parcelas que poderão ser consideradas nos cálculos de aposentadoria a pensão." (Fl. 73)

Sustenta a recorrente, em síntese, violação aos artigos 475, II, do CPC, e 2º-B, da Lei n. 9.494/1997, vez que não é possível a concessão de tutela antecipada nas hipóteses de extensão de vantagens e benefícios a servidores públicos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Para melhor elucidação da matéria, transcrevo o voto do Relator **a quo**, **verbis**:

> "Preambularmente, tendo em conta que o agravo regimental noticiado no relatório foi manifestado contra a decisão que indeferiu o efeito suspensivo, a qual restará substituída pela decisão final, e estando regularmente instruído o feito, entendo por apreciar de imediato o agravo de instrumento, resultando prejudicado o agravo regimental.
>
> O Conselho da Justiça Federal, secundado pelo Tribunal de Contas da União, decidiu, em favor dos servidores da Justiça Federal, que não incide contribuição previdenciária sobre a retribuição da função comissionada, na me-

dida em que esta se não incorpora à remuneração nem aos proventos da aposentadoria; desde então, não há mais os respectivos recolhimentos.

Ganha vulto, em tal contexto, a verossimilhança da alegação de que a contribuição previdenciária a ser exigida dos servidores da ativa deve incidir apenas e tão-somente sobre aquelas parcelas que poderão ser consideradas nos cálculos de aposentadoria e pensão. Com efeito, a EC n. 20, de 15.12.1998 (que alterou o art. 40, § 3º, da CF) restringiu a base de cálculo dos proventos de todos os servidores públicos de carreira apenas ao valor da remuneração no cargo efetivo. Outras parcelas, porquanto não repercutirão sobre os proventos das aposentadorias, não devem, em contrapartida, comportar recolhimento para a Previdência Social do Servidor Público. Têm, ademais, ressonância na espécie as peculiaridades do tributo em questão: sinalagmático, mediato e retributivo, descolado da capacidade contributiva, pressuposto próprio dos impostos.

No que tange ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação, em se tratando de verbas alimentares, só o imediato estancamento dos descontos propiciará que a sentença de fato tutele, efetiva e integralmente, um direito que se mostra plausível. Sendo expressiva a parcela remuneratória subtraída pelos descontos em liça, os percalços que palmilham a trilha processual da repetição do indébito consubstanciam, se não a irreparabilidade, a difícil reparação, quando mais não seja, mercê do longo tempo sem qualquer reajuste sobre os vencimentos dos servidores substituídos na ação coletiva. Aliás, tendo em vista que depositados os valores, ambas as partes em litígio estão precatadas da irreversibilidade, diante do disposto no art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 9.703, de 17.12.1998, plenamente aplicável também nos adiantamentos da tutela de mérito, não havendo falar em esgotamento do objeto da ACP, pois a União poderá utilizar-se dos recursos depositados.

Quanto à impossibilidade de concessão de medida antecipatória na espécie, cumpre notar que o art. 1º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997 (resultante da Medida Provisória n. 1.570) regula a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses elencadas nos arts. 5º e 7º da Lei n. 4.348/1964, art. 1º da Lei n. 5.021/1966 e arts. 1º (§§ 1º e 2º); 3º e 4º da Lei n. 8.437/1992, todas referindo-se especificamente a questões funcionais dos servidores públicos, sem, contudo, abranger a presente questão, onde não se trata de acrescentar vantagens; sim, de enfrentar desconto tributário reputado ilegal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Prejudicado o regimental.

É o voto." (Fls. 70v. e 71)

A recorrente alega que a antecipação de tutela concedida em primeiro grau fere o disposto no art. 2º-B, da Lei n. 9.494/1997, porquanto o julgador monocrático teria estendido vantagem a servidor público ao lhe determinar a abstenção da cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago a título de função comissionada.

No entanto, a hipótese **sub judice** não trata de extensão de vantagem a servidores públicos e sim, como bem destacado pelo Relator do acórdão vergastado, do enfrentamento jurídico do desconto tributário reputado ilegal. Não se está pleiteando a "(...) liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores (...)" (art. 2º-B, da Lei n. 9.494/1997). O caso é outro, é o afastamento de exação considerada ilegal pelos Tribunais, inclusive pelo Tribunal de Contas da União, por este Superior Tribunal de Justiça e, ainda, pelo Conselho da Justiça Federal. Dessa forma, cabível a antecipação de tutela em hipóteses tais.

Quanto à questão da contribuição previdenciária sobre função comissionada, por ser discussão reflexa, cumpre-me tecer algumas considerações sobre o tema.

Vinha entendendo que a Emenda Constitucional n. 20/1998, apesar de ter alterado o sistema de previdência social, não restringia a contribuição previdenciária unicamente aos valores referentes aos cargos permanentes. Fundamentava esta posição com os seguintes argumentos:

a) A previdência social não é limitada à aposentadoria, mas também a uma série de serviços que o servidor comissionado tem direito, tais como, licença para tratamento de saúde, licença à gestante, licença-paternidade, licença por acidente de serviço etc.;

b) Por sua vez, o artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, determina que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total;

c) Assim, impossível o oferecimento dos serviços acima elencados sem uma contraprestação que assegure a fonte de custeio respectiva.

No entanto, este Superior Tribunal de Justiça, em 24 de novembro de 2003, ao apreciar o Processo Administrativo n. 6.544/2002, entendeu pela não-incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos aos seus servidores em razão do exercício de funções comissionadas ou gratificadas, vez que estas parcelas não serão incorporáveis e, conseqüentemente, não integrarão os proventos de aposentadoria.

Destaco, por oportuno, trecho do voto-vista da eminente Ministra Eliana Calmon, condutora do entendimento adotado pelo Conselho de Administração do Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

"No final do ano de 2002, precisamente no dia 18 de dezembro, o STF reuniu-se administrativamente e proclamou a não-incidência da contribuição previdenciária sobre função comissionada e cargo em comissão, desde a edição da Lei n. 9.783/1999 (Processos Administrativos ns. 316.170 e 316.794). As razões que levaram a Suprema Corte a assim proceder podem ser aqui resumidas:

a) pelo art. 193 da Lei n. 8.112/1991, os servidores públicos, ao se aposentarem, caso se encontrassem no exercício de função comissionada, perceberiam, como proventos, a remuneração total que auferiam em atividade;

b) o dispositivo foi revogado pela MP n. 831/1990, de 18.01.1995, convertida na Lei n. 9.527; e, a partir daí, a função gratificada foi excluída dos proventos, ficando estes limitados à remuneração do cargo efetivo (art. 40, § 3º, da CF/1988);

c) o Tribunal de Contas da União exarou a Decisão n. 683/2001, entendendo que a nova sistemática não se coaduna com a cobrança da contribuição previdenciária, sustentando o caráter contributivo na correlação direta e individual entre o valor da contribuição e o dos benefícios a serem auferidos. Como o servidor tem remuneração limitada ao seu cargo efetivo, a contribuição obedeceu a sistemática, incidindo sobre a remuneração do cargo efetivo;

d) como cabe ao TCU a palavra final sobre as contas públicas, e ao STJ a palavra final sobre a aplicação da Lei Federal, tendo este último entendido que a Lei n. 9.783/1999 não incluiu a função comissionada na base de cálculo da contribuição devida pelo servidor público à previdência social, há fortes indicações quanto a sua não-incidência;

e) pelo sistema geral da previdência, antes da EC n. 20/1998, a incidência ocorria sobre a totalidade dos vencimentos, uma vez que o art. 40 previa aposentadoria com proventos integrais;

f) anteriormente à EC n. 20/1998, era possível ao ocupante de função comissionada levar para a aposentadoria vantagens pecuniárias, sendo lógico que, em sendo assim, haveria a incidência da contribuição sobre o total;

g) com a EC n. 20/1998, alterou-se sensivelmente a sistemática com a nova redação do § 3º do art. 40 da CF;

h) a partir da Lei n. 9.783/1999, não cabe mais o desconto aludido.

Tenho em mão a Decisão n. 683/2001 do TCU, de cuja análise vou me abster, porque já encampada pelo STF. Entretanto, transcrevo a ementa decisão:

Administrativo. Representação formulada por unidade técnica do TCU. Dúvida acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela correspondente à remuneração de função comissionada, ante o disposto na Lei n. 9.783/1999. Análise da matéria. Preservação do equilíbrio financeiro e atuarial. Não-incidência da contribuição social sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada. Emenda Constitucional n. 20/1998. Considerações.

Entendo que não há mais dúvida sobre o tema, diante das decisões judiciais da Segunda Turma deste STJ, da posição da Corte de Contas e do entendimento do STF. A conclusão à qual se chega é a de que a contribuição não incide sobre as gratificações e os adicionais de percepção permanente, que não integrarão os proventos da aposentadoria, como consta, explicitamente, da manifestação do Sr. Diretor-Geral, de fl. 58, e do parecer de fls. 52/57 da respectiva assessoria, ressalvada a legalidade da exigência da contribuição sobre a gratificação natalina (13º salário), porque constitui vantagem 'carreada para a aposentadoria' (fl. 56)."

Diante da função uniformizadora do direito federal exercida por este Tribunal e pelos irrefutáveis argumentos expendidos pela Ministra Eliana Calmon, passo a aderir a este novo entendimento, considerando incabível a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores percebidos pelos servidores públicos a título de função comissionada.

Corroborando este novo posicionamento, trago à colação os recentes julgados:

"Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Contribuição previdenciária. Servidores. Função comissionada. Não-incidência. Precedentes.

1. O STJ fixou orientação de que não incide a contribuição previdenciária sobre as parcelas, não incorporáveis, pagas aos servidores públicos no exercício de funções comissionadas ou gratificadas.

2. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e prover o recurso especial, de modo a afastar a incidência da contribuição previdenciária." (AgRg no Ag n. 461.415/DF, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 1º.03.2004, p. 160)

"Previdenciário. Contribuição previdenciária. Função comissionada. Base de cálculo. Lei n. 9.783/1999.

1. Pela regra do art. 195, § 5º, da Constituição Federal 'nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total'.

'Não se pode criar fonte de custeio sem o benefício correspondente' ADIn n. 790-4/DF.

2. 'Os valores remuneratórios de função comissionada ou cargo comissionado não integram a base de cálculo conceituada no art. 1º da Lei n. 9.783/1999', Decisão n. 683/2001 — Plenário do TCU.

3. 'A função comissionada não é hoje considerada para fins de fixação dos proventos de aposentadoria ou pensão estatutária. Nem mesmo a opção pode ser levada para inatividade, dado que ela configura um acréscimo à remuneração do cargo efetivo, não a integrando, portanto artigo 5º da Lei n. 10.475/2002' — STF — Processo n. 316.794/2002.

4. A contribuição previdenciária tem natureza tributária pelo que não se admite a sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva.

5. **In casu**, a Lei n. 1.004/1996 expressamente veda a acumulação da função comissionada com a remuneração recebida pelo titular do cargo efetivo, pelo que não remanesce dúvida quanto à não-incidência da contribuição previdenciária sobre as parcelas que não serão incorporadas aos vencimentos dos servidores no exercício de funções comissionadas.

6. Recurso ordinário provido." (ROMS n. 14.707/DF, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 1º.12.2003, p. 293)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 615.333 — RS (2003/0210706-9)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrentes: União e Ministério Público Federal

Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Admissibilidade. Ação civil pública. Indenização. Aquisição do estojo de primeiros socorros (art. 112 do CTB).

1. A admissão do recurso especial pela alínea **c** exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas.

2. Visando à demonstração do dissídio jurisprudencial, impõe-se indispensável avaliar se as soluções encontradas pelo **decisum** embargado e paradigmas tiveram por base as mesmas premissas fáticas e jurídicas, existindo entre elas similitude de circunstâncias. **In casu**, não restou demonstrada a divergência, porquanto os acórdãos paradigmas colacionados pelo recorrente concluíram, em ações de repetição de valores indevidamente recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre combustíveis, pela exigência, para o recebimento da quantia, tão-somente da prova da propriedade do veículo.

3. É inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, porquanto indispensável o requisito do prequestionamento.

4. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada." (Súmula n. 282-STF)

5. "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento." (Súmula n. 356-STF)

6. Ausência de prequestionamento dos arts. 333 e 335 do CPC.

7. A ausência de indicação da Lei Federal violada revela a deficiência das razões do recurso especial, fazendo incidir a Súmula n. 284 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

8. Incide a Súmula n. 284 do STF, acarretando a inadmissibilidade do recurso especial, quando os motivos que embasaram a alegação de violação não guardam pertinência com o disposto no dispositivo legal indicado (Precedentes: REsp n. 441.800/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 06.05.2004; AgRg no REsp n. 363.511/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 04.11.2002).

9. O que a União parece sustentar, mas o faz com atecnia, é a violação do artigo que exclui a antijuridicidade do estrito cumprimento de dever legal, que, como evidente, não é o art. 112 do CTB.

10. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

11. Recurso especial do Ministério Público Federal não conhecido.

12. Recurso especial da União parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial da União e, nessa parte, negar-lhe provimento e não conhecer do recurso do Ministério Público Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 03 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ de 25.04.2005

RELATÓRIO

Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recursos especiais interpostos pelo Ministério Público Federal e pela União Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

"Administrativo. Responsabilidade civil. Indenização. *Kit* de primeiros socorros.

A ordem jurídica veda ao Estado, instrumento de realização do bem comum, a imposição irrefletida de exigências desviadas dessa finalidade.

A comprovação do direito ao ressarcimento, mediante documento fiscal, justifica-se para evitar abusos previsíveis."

Opostos embargos de declaração pela União Federal com a finalidade de prequestionamento, foram os mesmos rejeitados pela Corte de origem, sob o fundamento de que "os precitados dispositivos não se aplicam à espécie com o sentido e o alcance pretendidos pela parte recorrente".

Os fatos foram assim narrados pelo Tribunal **a quo**:

"Trata-se de ação civil pública.

A sentença recorrida contém o seguinte relatório:

"O Ministério Público Federal, através de seus Procuradores da República com atuação junto a esta Vara Federal, propôs a presente ação civil pública em face da União Federal, objetivando condenação da ré em indenização em favor dos proprietários de veículos automotores na área da jurisdição da Vara Federal de Caxias do Sul, que obrigados pelo artigo 112 da Lei n. 9.503/1997 e pela Resolução n. 42/1998 do Contran, adquiriram o chamado '*kit* de primeiros socorros' discriminado no novo Código Brasileiro de Trânsito, bem como àqueles atingidos pelas multas decorrentes da não-aquisição do mesmo, com a conseqüente anulação dos pontos na carteira de motorista.

Alega, em síntese, a inutilidade avultante de tal equipamento, tendo em vista a gravidade das lesões decorrentes de acidentes de trânsito, que, quando não resultam em morte, geram ferimentos graves, onde nenhum dos objetos que o compõem constituem-se meio capaz e eficaz de salvar vidas, restando óbvia a inadequação do *kit* à finalidade pretendida.

Constatou a violação do princípio da razoabilidade, diante da inadequação entre a **mens legis** da lei e preceitos que regulam a referida resolução, constituindo-se ato abusivo.

Embasou a legitimidade ativa ministerial na atribuição concedida ao membro do *Parquet* em proteger interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Quanto à legitimidade passiva, responsabilizou a União Federal por sua competência privativa em indenizar atos regulamentares viciados oriundos do Poder Executivo Federal.

Pediu o ressarcimento dos valores despendidos na aquisição do *kit*, a anulação das multas aplicadas em decorrência do referido dispositivo, com a anulação dos pontos na Carteira Nacional de Habilitação e a devolução atualizada de valores.

Postulou o julgamento antecipado da lide por tratar-se de questão unicamente de mérito, e a produção de todos os meios de prova. Juntou documentos.

Foi expedido edital comunicando a propositura da presente ação (fls. 43/45) e procedida a citação da União Federal.

Citada, a União contestou, alegando, em preliminar, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal em propor tal ação, por não tratar-se de competência da atividade ministerial a tutela de interesses individuais homogêneos em ações civis públicas, abrindo-se precedentes para tanto somente em caso de danos sofridos por consumidores. Colacionou acórdãos no sentido.

No mérito sustentou que a obrigação amparou-se na Constituição e em legislação em vigor, tendo sido respeitado processo legislativo tanto para sua instituição como para sua revogação, inviabilizando assim, a responsabilidade do Estado por atos legislativos que não sejam aqueles declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Excluiu também a possibilidade de ocorrência de dano na medida que a desobrigação do porte do material não obriga seu desuso ou deterioração, podendo ser direcionado ao uso doméstico, escolar ou, ainda, como objeto de doação, tornando-se despesa passível de dedução.

Quanto à aplicação de multas, alega que, por tratar-se de lei constitucionalmente elaborada, para a qual previu-se sanção ao descumprimento no período de sua vigência, não há que se falar em restituição, pois respeitou-se o princípio da razoabilidade.

O Ministério Público Federal apresentou réplica reafirmando os argumentos da inicial.

Vieram os autos conclusos para sentença."

A ação foi julgada procedente, em parte, para condenar a União no ressarcimento integral dos valores despendidos pelos cidadãos, domiciliados na circunscrição judiciária de Caxias do Sul — RS, quando da propositura da demanda, que comprovem, na fase de execução, através da correspondente nota fiscal, terem adquirido o '*kit* de primeiros socorros' enquanto vigente a regra impositiva de sua aquisição'.

Apelou o autor pleiteando a reforma da decisão pela dispensa da exigência da nota fiscal, pela presunção de titularidade de todos os proprietários de veículos automotores, exceto os eventualmente autuados e pela fixação do

valor atualizado de R$ 15,00 a 20,00, monetariamente corrigido, ou, alternativamente, pelo deferimento da decisão sobre a prova do direito e a quantia do ressarcimento ao juízo da execução.

A ré também interpôs apelação alegando, em preliminar, a carência de ação e, no mérito, a inexistência do seu dever de ressarcir."

Ambas as apelações foram desprovidas, na forma da ementa acima.

Em sede de recurso especial, o Ministério Público Federal alegou divergência jurisprudencial com julgados de outros Tribunais pátrios que, em ações de repetição dos valores indevidamente recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre combustíveis, exigiu, para o recebimento da quantia, tão-somente a prova da propriedade do veículo. Ademais, sustentou a violação dos arts. 333 e 335 do CPC.

A seu turno, a União Federal aduziu em suas razões:

a) violação do art. 535 do CPC, porquanto a Corte de origem deixou de se manifestar sobre as questões suscitadas pela recorrente, rejeitando os embargos de declaração opostos;

b) negativa de vigência do art. 112 do Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que, "como a obrigação questionada (aquisição de '*kit* de primeiros socorros') foi criada por lei, e, da mesma forma, por lei foi revogada, bem como o ato administrativo normativo inquinado de abusivo foi alicerçado no referido dispositivo legal (art. 112 do CTB), não se pode falar em responsabilidade da União Federal, como afirma **Odete Medauar**, em 'Direito Administrativo Moderno', Ed. RT, São Paulo, 1999, p. 411, elencando os dois argumentos clássicos que demonstram a inviabilidade de responsabilização do Estado por atos legislativos e normativos: '...a) o exercício soberano da função de legislar; b) a lei de caráter geral e impessoal, não sendo suscetível de causar dano a indivíduo determinado, pois é editada para beneficiar a todos'.";

c) que "a falta de um melhor aproveitamento ou de um melhor resultado quanto aos efeitos da lei instituidora não tem o condão de evidenciar, **in casu**, o 'desvio de finalidade' em que se fundamentou o **decisum** recorrido";

d) que o material destinado a fazer parte do estojo de primeiros socorros foi objeto de estudos técnicos pelo Contran, tendo sido escolhido um mínimo necessário para procedimento de urgência;

e) foram obedecidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se vislumbrando a presença de um dano ensejador da responsabilidade do Estado.

Ambos os recursos especiais foram contra-arrazoados e admitidos na instância de origem.

A União Federal apresentou recurso extraordinário, ao qual foi negado seguimento, tendo a recorrente interposto agravo de instrumento desta decisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): No que pertine ao recurso especial do Ministério Público Federal, o mesmo não reúne condições de admissibilidade.

Isto porque, o recorrente, para comprovar o dissídio pretoriano, limitou-se a transcrever as ementas dos julgados paradigmas, o que, segundo entendimento pacífico, não é suficiente à demonstração da divergência. Neste sentido, os seguintes precedentes:

> "Direito Processual Civil. Coisa julgada constatada no acórdão recorrido. Recurso especial. Violação de Lei Federal. Inocorrência. Dissídio jurisprudencial. Mera transcrição de ementas, sem divergência evidente.
>
> I - A mera transcrição de ementas não caracteriza o dissídio jurisprudencial. Deve, pois, o recorrente, realizar o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas, indicando a semelhança da matéria neles tratada e a diversidade da solução jurídica proposta.
>
> II - Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag n. 394.723/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 19.11.2001)
>
> "Previdenciário. Concessão de aposentadoria por idade. Perda da qualidade de segurado do INSS. Requisito necessário. Impossibilidade de concessão do benefício. Dissenso pretoriano. Ausência de demonstração.
>
> (...)
>
> — É imprescindível para a caracterização da divergência autorizadora da admissibilidade do recurso a transcrição dos trechos paradigmas que identifiquem ou assemelhem as hipóteses confrontadas, sendo insuficiente, para tanto, a mera transcrição de ementas, porque nem sempre retrata com fidelidade a hipótese ementada (art. 255 do RISTJ).
>
> — Recurso especial não conhecido." (REsp n. 335.976/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 12.11.2001)
>
> "Civil e Processual. Sigilo bancário. Fornecimento de extratos à Receita Federal para instrução de processo administrativo já instaurado. Ação inde-

nizatória. Dano moral. Improcedência determinada nas instâncias ordinárias. Recurso especial que não impugna todos os fundamentos do acórdão. CTN, art. 197. Lei n. 4.595/1964, art. 38. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

(...)

II - Dissídio jurisprudencial não configurado, seja pela mera transcrição de ementas que não permitem a identificação da exata especificidade das hipóteses nelas tratadas com o caso em comento, seja pela falta de confronto analítico da divergência." (REsp n. 242.462/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 12.02.2001)

Ainda que assim não fosse, os acórdãos paradigmas colacionados pelo recorrente concluíram, em ações de repetição de valores indevidamente recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre combustíveis, pela exigência, para o recebimento da quantia, tão-somente da prova da propriedade do veículo. Destarte, não restou demonstrado o dissídio jurisprudencial na forma exigida pelo RISTJ, qual seja, a de que as soluções encontradas pelo **decisum** impugnado e paradigmas tiveram por base as mesmas premissas fáticas e jurídicas, existindo entre elas similitude de circunstâncias.

Por outro lado, quanto à negativa de vigência dos arts. 333 e 335 do CPC, resta ausente o prequestionamento da matéria federal.

Com efeito, confira-se o trecho do acórdão recorrido que apreciou a apelação interposta pelo Ministério Público Federal:

"No tocante ao apelo do Ministério Público Federal, cumpre afastar sua fundamentação porque a futura execução de sentença foi adequadamente disposta na sentença recorrida. A comprovação mediante documento fiscal justifica-se para evitar abusos previsíveis, entre os quais os praticáveis por proprietários de veículos automotores que não adquiram o '*kit* de primeiros socorros' ou, mesmo, de intermediários não autorizados que os produziram ou adquiriram para revenda. Deve ser destacado, a propósito, o acerto do ato sentencial ao limitar o ressarcimento aos cidadãos, ou seja, aos consumidores de veículos automotores, ainda que pessoas jurídicas."

Impende salientar que a exigência do prequestionamento não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. Neste dispositivo não há previsão de apreciação originária por este egrégio Tribunal Superior de questões como a que ora se apresenta. A competência para a apreciação originária de pleitos no colendo

STJ está exaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação.

Incidem, na hipótese, as Súmulas n. 282 e 356 do STF:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada" (Súmula n. 282-STF)

"O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento." (Súmula n. 356-STF)

Subjaz a análise do recurso especial da União Federal.

Preliminarmente, no que concerne às alegações constantes dos itens "c" a "e" do relatório, a recorrente não indicou os artigos de Lei Federal que considera violados. Assim, estando deficientes as razões do recurso especial, incide, na hipótese, a Súmula n. 284 do Pretório excelso: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." É o entendimento uníssono do Superior Tribunal de Justiça:

"Processual Civil. Preços do setor sucroalcooleiro. Fixação abaixo dos custos de produção. Prova pericial. Necessidade de reexame do conjunto probatório. Súmula n. 7-STJ. Ausência de indicação de dispositivos legais. Súmula n. 284-STF. Recurso especial não conhecido.

I - A falta de indicação de dispositivos legais supostamente malferidos pelo Tribunal **a quo** inviabiliza a abertura da via especial, caracterizando fundamentação deficiente, com incidência do teor da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

(...)

IV - Recurso especial não conhecido." (REsp n. 156.119/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 30.09.2004)

"Agravo regimental em recurso especial. Violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Omissão. Inocorrência. Deficiência na fundamentação recursal. Recurso que deixa de indicar o dispositivo tido por violado. Incidência da Súmula n. 284-STF.

(...)

3. A falta de indicação do dispositivo de Lei Federal tido por violado, em que medida teria o acórdão recorrido violado Lei Federal, em que consistiu a suposta negativa de vigência da lei, e, ainda, qual seria sua correta interpretação ensejam deficiência de fundamentação no recurso especial, inviabilizando a abertura da instância especial (súmula do STF, Enunciado n. 284).

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp n. 493.317/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 25.10.2004)

"Recurso especial. Penal. Roubo. Alínea **a**. Não-indicação do dispositivo legal violado. Súmula n. 284 do STF. Alínea **c**. Ausência de cotejo analítico. Desclassificação do delito. Lesões corporais não comprovadas. Reexame de provas. Súmula n. 07 do STJ.

1. Quanto à alínea **a**, não foi indicado qualquer dispositivo de Lei Federal que teria sido malferido ou cuja vigência tenha sido negada, atraindo a incidência da Súmula n. 284 do STF.

(...)

4. Recurso não conhecido." (REsp n. 645.590/MS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.09.2004)

"Processual Civil. Agravo regimental. Ausência de indicação expressa de dispositivo legal violado. Súmula n. 284-STF

1. O recorrente deve mencionar com clareza o dispositivo legal que tenha sido violado ou cuja vigência tenha sido negada.

2. Incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo improvido." (AgRg no Ag n. 457.825/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 29.09.2003.)

Igualmente não merece conhecimento o recurso da União quanto à negativa de vigência do art. 112 do CTB, não obstante tenha constado da fundamentação do aresto recorrido. Isto porque, os motivos que embasaram a alegação de violação não guardam pertinência com o disposto no referido dispositivo legal, que tinha a seguinte redação:

"Art. 112. O Contran regulamentará os materiais e equipamentos que devam fazer parte do conjunto de primeiros socorros, de porte obrigatório para os veículos."

Com efeito, a União Federal fundamentou a alegação de ofensa ao art. 112 do CTB porquanto:

"como a obrigação questionada (aquisição de '*kit* de primeiros socorros') foi criada por lei, e, da mesma forma, por lei foi revogada, bem como o ato administrativo normativo inquinado de abusivo foi alicerçado no referido dispositivo legal (art. 112 do CTB), não se pode falar em responsabilidade da União Federal, como afirma **Odete Medauar**, em 'Direito Administrativo Moderno', Ed. RT, São Paulo, 1999, p. 411, elencando os dois argumentos

clássicos que demonstram a inviabilidade de responsabilização do Estado por atos legislativos e normativos: '...a) o exercício soberano da função de legislar; b) a lei de caráter geral e impessoal, não sendo suscetível de causar dano a indivíduo determinado, pois é editada para beneficiar a todos'.";

O que a União parece sustentar, mas o faz com atecnia, é a violação do artigo que exclui a antijuridicidade do estrito cumprimento de dever legal, que, como evidente, não é o art. 112 do CTB.

Incide, assim, na hipótese, a Súmula n. 284 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

Neste sentido, destacam-se os seguintes precedentes da Corte:

"Processual Civil — Recurso especial — Redução de proventos de aposentadoria sem o devido processo legal — Alínea **c** do permissivo constitucional — Não-indicação e dissídio pretoriano não comprovado — Recurso com fundamentação dissociada do acórdão recorrido.

(...)

3. Se o v. acórdão recorrido conclui pela ausência do devido processo legal para a redução de proventos de aposentadoria e o recurso especial se fundamenta na contrariedade ao artigo 67 da Lei n. 8.112/1990, que não guarda pertinente com o **decisum**, revelando-se, portanto, totalmente dissociado, restou insatisfeito o requisito da admissibilidade.

4. Recurso especial que não se conhece." (REsp n. 441.800/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 06.05.2004)

"Processual Civil — Mandado de segurança — Erro na indicação da autoridade coatora reconhecido pelo Tribunal de origem — Recurso especial em que se alega malferimento a dispositivo de lei dissociado da tese jurídica esposada pelo recorrente — Incidência da Súmula n. 284-STF.

Não é cognoscível o recurso especial em que deixa o recorrente de demonstrar como e porque teria o Tribunal ordinário malferido o dispositivo legal indicado, porquanto defendeu tese que não guarda relação de causa final com a afronta alegada.

Incidência, na espécie, da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp n. 363.511/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 04.11.2002)

Ainda que assim não fosse, verifica-se da leitura do acórdão recorrido que o Tribunal de origem, ao abordar o disposto no art. 112 do CTB, em momento algum afastou a sua aplicabilidade:

> "No caso concreto, editou o Contran, norma regulamentadora ao Código Brasileiro de Trânsito, com fim de dar efetividade ao preceito do art. 112, ordem que obriga os proprietários de veículos automotores a portarem o conjunto de primeiros socorros. Tem-se que o fim determinado pelo preceito legal constitui-se na definição deste conjunto com vistas a disporem os automóveis de material útil e necessário para a prestação de socorro primeiro. Impôs a lei o encargo ao Contran, preferindo não definir de pronto os componentes do conjunto, certamente porque entendeu o legislador a necessidade de um estudo técnico e precavido de quais seriam os ideais equipamentos. Assim, o órgão público, ao editar a norma regulamentadora poderia se valer de estudos especializados e acautelados, dando segurança e atingindo a finalidade da ordem legal (art. 112)."

Conheço do recurso especial da União Federal com relação à alegação de afronta ao art. 535 do CPC:

> Desassiste razão à recorrente, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão suscitada nos embargos de declaração (prequestionamento do art. 112 do CTB e da Resolução n. 42/1998 do Contran). Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. Nesta esteira, os seguintes precedentes da Corte:
>
> > "Ação de depósito. Bens fungíveis. Armazém geral. Guarda e conservação. Admissibilidade da ação. Prisão civil. Cabimento. Orientação da Turma. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Recurso especial. Enunciado n. 7 da súmula-STJ. Honorários advocatícios. Processo extinto sem julgamento de mérito. Aplicação do § 4º do art. 20, CPC. Eqüidade. Recurso do banco provido. Recurso do réu desacolhido.
> >
> > (...)
> >
> > III - Não padece de fundamentação o acórdão que examina suficientemente todos os pontos suscitados pela parte interessada em seu recurso. E não viola o art. 535-II o aresto que rejeita os embargos de declaração quando a matéria tida como omissa já foi objeto de exame no acórdão embargado.

(...)" (REsp n. 396.699/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 15.04.2002)

"Processual Civil. Decisão una de Relator. Art. 557 do Código de Processo Civil. Inteligência a sua aplicação. Inexistência de omissão no acórdão recorrido. Matéria de cunho constitucional examinada no Tribunal **a quo**.

(...)

3. Fundamentos, nos quais se suporta a decisão impugnada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar, portanto, a obscuridades, dúvidas ou contradições. O não-acatamento das argumentações contidas no recurso não implica em cerceamento de defesa, posto que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide.

4. Não está obrigado o Juiz a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, mas, sim com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

(...)

9. Agravo regimental não provido." (AgRg no Ag n. 420.383, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.04.2002)

"Processual Civil. Embargos de declaração. Violação ao art. 464, II, do CPC. Inocorrência. Apelação. Decisão por maioria. Recurso especial.

I - Os embargos de declaração possuem finalidade determinada pelo artigo 535 do CPC, e, exepcionalmente, podem conferir efeito modificativo ao julgado. Admite-se também embargos para o fim de prequestionamento (Súmula n. 98-STJ). Exigir que o Tribunal **a quo** se pronuncie sobre todos os argumentos levantados pela parte implicaria rediscussão da matéria julgada, o que não se coaduna com o fim dos embargos. Assim, não há que se falar em omissão quanto ao **decisum** vergastado, uma vez que, ainda que de forma sucinta, fundamentou e decidiu as questões. O Poder Judiciário, para expressar sua convicção, não precisa se pronunciar sobre todos os argumentos suscitados pelas partes.

(...)

Recurso especial não conhecido." (REsp n. 385.173, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 29.04.2002)

Diante do exposto, não conheço do recurso especial do Ministério Público Federal e conheço parcialmente do recurso especial da União e, nessa parte, nego-lhe provimento.

VOTO-VISTA

Processual Civil. Recurso especial. Alínea **c**. Ausência de similitude entre as hipóteses fáticas dos acórdãos recorrido e paradigma. Alínea **a**. Razões recursais de índole constitucional. Ofensa ao art. 535 do CPC. Não-caracterização.

1. O conhecimento do recurso especial pela alínea **c** pressupõe a similitude das hipóteses fáticas às quais os acórdãos recorrido e paradigma deram soluções jurídicas distintas.

2. Não pode ser conhecido o recurso especial envolvendo matéria constitucional. A existência ou não da responsabilidade civil do Estado, em decorrência da sua atividade legislativa, é matéria que diz respeito ao alcance do art. 37, § 6º da Constituição, e não, propriamente, à norma infraconstitucional que teria acarretado o dano indenizável (no caso, o art. 112 do CTB e a Resolução n. 42/1998 do Contran).

3. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de 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 posta.

4. Recurso especial do Ministério Público não conhecido.

5. Recurso especial da União parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando(a) a condenação da União a indenizar todos os proprietários de veículos residentes na área de jurisdição da Vara Federal de Caxias do Sul pela compra do equipamento de primeiros socorros exigido pela Resolução n. 42/1998 do Contran, regulamentadora do art. 112 do CTB; (b) a anulação das penalidades impostas em razão dessas disposições, com a devolução atualizada dos valores correspondentes e o desconto dos pontos registrados na Carteira de Habilitação do condutor autuado. O juiz de primeiro grau reconheceu a ilegitimidade do MP quanto à pretensão de anulação dos autos de infração e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a União ao "ressar-

cimento integral dos valores despendidos pelos cidadãos domiciliados na circunscrição judiciária de Caxias do Sul — RS, quando da propositura da demanda, que, em fase de execução, comprovem, através da apresentação da correspondente nota fiscal, terem adquirido o '*kit* de primeiros socorros', na data da vigência da regra impositiva de sua aquisição" (fl. 191). O TRF da 4ª Região negou provimento a ambas as apelações e à remessa de ofício, decidindo que (a) conforme a orientação traçada pelo Pleno do STF no RE n. 163.231-3/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 29.06.2001, o Ministério Público tem legitimidade para a tutela, pela via da ação civil pública, de direitos individuais homogêneos; (b) "a ordem jurídica veda ao Estado, instrumento de realização do bem comum, a imposição irrefletida de exigências desviadas dessa finalidade" (fl. 249-v); (c) a exigência de comprovação da aquisição do *kit*, mediante apresentação da nota fiscal correspondente, justifica-se pela necessidade de evitar previsíveis abusos. Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pela União para fins de prequestionamento (fl. 290). Contra esse acórdão dirigiram-se dois recursos especiais.

No primeiro (fls. 252/259), o Ministério Público Federal, com fulcro na alínea **c** do permissivo constitucional, aponta divergência entre o entendimento adotado pelo acórdão recorrido, no sentido da necessidade de comprovação mediante nota fiscal da aquisição dos *kits* para configuração do direito ao ressarcimento, e aquele esposado por TRFs e por esta Corte na apreciação dos casos relativos à restituição do empréstimo compulsório sobre combustíveis, em que se entendeu ser suficiente para o recebimento dos valores a prova da propriedade de veículo automotor, à época da cobrança do tributo, cuja devolução, então, seria realizada com base em dados de consumo médio divulgados pela Secretaria da Receita Federal. Defende a similitude das hipóteses fáticas, sob alegação de que, em ambos os casos, trata-se de exigências ilegítimas, impostas em função do uso ou da propriedade de automóveis. Aduz que a exigência de apresentação de nota fiscal equivale, na prática, à negação do próprio direito ao ressarcimento, porque as pessoas físicas não costumam guardar notas fiscais, sobretudo de despesas de pequena monta. Pede a admissão do ressarcimento "dos valores pagos na compra do '*kit* de primeiros socorros' pela simples comprovação de sua propriedade no período da exigência do equipamento" (fl. 259).

No segundo (fls. 292/304), fundado na alínea **a**, a União indica ofensa aos arts. 535 do CPC, 112 do CTB e 37, § 6º, da CF, sustentando, essencialmente, que (a) é nulo o acórdão que rejeitou os embargos de declaração, por ter deixado o Tribunal de origem de se manifestar sobre as questões aí suscitadas; (b) a exigência e a posterior dispensa do porte do *kit* de primeiros socorros foram veiculadas por lei e por resolução adstrita aos limites da lei, sendo, portanto, inviável a pretendida

responsabilização do Poder Público, sem a prova da culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva; (c) o êxito ou não da medida não tem o condão de evidenciar desvio de finalidade em sua adoção; (d) houve análises técnicas prévias da utilidade da adoção do estojo de primeiros socorros; (e) não restou caracterizada ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O Relator, Ministro Luiz Fux, não conheceu o recurso especial do *Parquet* e conheceu em parte o da União, negando-lhe provimento, à consideração de que (a) não houve demonstração analítica do dissídio indicado pelo MPF, nem há similitude fática entre as hipóteses dos acórdãos confrontados; (b) não estão prequestionados os arts. 333 e 335 do CPC; (c) não pode ser conhecido o recurso da União quanto à alegada negativa de vigência ao art. 112 do CTB, porque "os motivos que embasaram a alegação de violação não guardam pertinência com o disposto no referido dispositivo legal", sendo que "o que a União parece sustentar, mas o faz com atecnia, é a violação do artigo que exclui a antijuridicidade do estrito cumprimento do dever legal, que, como evidente, não é o art. 112 do CTB", aplicando-se o entendimento posto na Súmula n. 284-STF, mesmo porque o Tribunal de origem não recusou aplicação à norma do art. 112 do CTB; (e) inocorreu violação ao art. 535 do CPC.

Pedi vista.

2. É inviável o conhecimento do recurso especial do Ministério Público, amparado na alínea **c** do permissivo constitucional, em razão da ausência de similitude entre as hipóteses fáticas que servem de base às soluções jurídicas adotadas pelos acórdãos recorrido (ressarcimento de valores relativos ao *kit* de primeiros socorros) e paradigmas (restituição de valores pagos a título de empréstimo compulsório declarado inconstitucional pelo STF).

Tampouco pode ser conhecido o recurso especial da União, na parte em que indica ofensa ao art. 112 do CTB e à Resolução n. 42/1998 do Contran. É que a questão sobre a existência ou não da responsabilidade civil do Estado, em decorrência da sua atividade legislativa, é matéria que diz respeito ao alcance do art. 37, § 6º da Constituição, e não, propriamente, à norma infraconstitucional que teria acarretado o dano indenizável. Trata-se, portanto, de tema que, por sua natureza eminentemente constitucional, refoge à competência atribuída ao STJ pelo art. 105, III, da CF, e que de forma alguma está compreendido na exegese dos dispositivos legais alegadamente violados (art. 112 do CTB, complementado pela Resolução n. 42/1998 do Contran).

Merece ser conhecido o apelo, portanto, apenas quanto à alegada ofensa ao art. 535 do CPC.

Como bem assinalou o Relator, contudo, não houve violação a esse dispositivo, nem negativa de prestação jurisdicional, porque o TRF decidiu fundamentadamente a questão submetida à sua apreciação, tendo emitido juízo, inclusive, sobre os temas aventados nos embargos de declaração — viabilidade e fundamento da responsabilização do Estado pela exigência de aquisição e porte do estojo de primeiros socorros (fls. 249 e 249-v.).

3. À vista do exposto, acompanho o Relator, Ministro Luiz Fux, para não conhecer o recurso especial do Ministério Público Federal e para conhecer em parte o recurso especial da União, negando-lhe, nessa parte, provimento. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 620.574 — PR (2003/0217199-4)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradores: Luiz Cláudio Portinho Dias e outros
Recorrida: Nissio Transportes Rodoviários Ltda — Microempresa
Advogados: Osvaldo Silva dos Santos Junior e outro

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Mandado de segurança. Impropriedade da via eleita. Ilegitimidade da parte. Ausência de prequestionamento. Contribuição previdenciária. Empresa prestadora de serviço. Retenção de 11% pela empresa tomadora. Empresas de transporte de cargas.

1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais ditos violados atrai o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

2. A retenção de 11% (onze por cento) a título de contribuição previdenciária, na forma do art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não configura nova modalidade de tributo, mas tão-somente alteração na sua forma de recolhimento, não havendo qualquer ilegalidade nessa nova sistemática de arrecadação.

3. As empresas que realizam operações de transporte de cargas, entretanto, não estão sujeitas a essa sistemática, por força do Decreto 4.729/2003.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ de 08.11.2004

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa é a seguinte:

> "Tributário. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, alterado pela Lei n. 9.711/1998. Cessão de mão-de-obra. Retenção de 11% sobre notas fiscais e faturas. Empresas transportadoras.
>
> 1. Ao alterar o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, a Lei n. 9.711/1998 não determinou o surgimento de novo tributo, nem a instituição de base de cálculo ou alíquota diversas das já existentes. Alterou-se apenas a forma de arrecadação da contribuição, não ocorrendo aumento de carga tributária, sendo desnecessária a edição de lei complementar.
>
> 2. Inexiste inconstitucionalidade na norma em discussão, eis que de acordo com o disposto no art. 150, § 7º, da Constituição Federal.
>
> 3. Quanto às empresas transportadoras, contudo, não se aplica a referida legislação, em decorrência da inexistência, em suas atividades, de 'cessão de mão-de-obra' à disposição do contratante." (Fl. 185)

No recurso especial (fls. 187/197), o INSS aponta negativa de vigência aos arts. 1º da Lei n. 1.533/1951, 267, VI, do CPC e 31 da Lei n. 8.212/1991. Afirma, em síntese, que: (a) o mandado de segurança não é via adequada para examinar a natureza das atividades da impetrante; (b) a relação jurídico-tributária, no caso, se trava entre o Fisco e o substituto tributário, ou seja, a empresa tomadora dos serviços, sendo a empresa cessionária de mão-de-obra ilegítima para impetrar o presente mandado de segurança; (c) o regulamento, conforme previsto em lei, pode sujeitar outros serviços à nova sistemática de recolhimento da contribuição previdenciá-

ria prevista na Lei n. 9.711/1998; (d) o Decreto n. 3.048/1999 prevê expressamente a aplicação dessa nova forma de recolhimento às operações de transporte de cargas e passageiros.

Apresentadas as contra-razões, subiram os autos, posteriormente, por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Denise Arruda (Relatora): De início, cumpre ressaltar que o acórdão recorrido não emitiu qualquer manifestação acerca das normas insertas nos arts. 1º da Lei n. 1.533/1951 e 267, VI, do CPC, razão pela qual, à falta do indispensável prequestionamento, não se conhece do recurso especial nesse ponto. Aplicável ao caso o princípio estabelecido nas Súmulas n. 282 e 356 do STF.

De outro lado, a Segunda Turma desta Corte, apreciando o Recurso Especial n. 504.994/RS, da relatoria do Sr. Ministro Franciulli Netto, firmou o entendimento de que as empresas prestadoras de serviços de transporte de cargas não estão sujeitas à retenção de onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, nos moldes exigidos pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998. O referido julgado encontra-se assim ementado:

> "Recurso especial — Alínea **a** — Tributário — Contribuição previdenciária — Empresa prestadora de serviços de transporte de cargas — Retenção antecipada pelo tomador do serviço de 11% da receita bruta a título de contribuição previdenciária — Impossiblidade — Inexistência de decisão **extra petita** — Ausência de prequestionamento dos arts. 1º da Lei n. 1.533/1951 e 267, IV, do CPC.
>
> Inexiste, no caso dos autos, qualquer ofensa ao disposto no artigo 128 do CPC, visto que o v. acórdão recorrido decidiu a questão nos limites do pedido formulado, ao entender indevida a contribuição previdenciária pelo regime da retenção antecipada (art. 31 da Lei n. 8.212/1991).
>
> Não merece ser conhecido o recurso especial no tocante à alegada ofensa ao artigo 1º da Lei n. 1.533/1951 e 267, IV, do CPC, pois a questão da legitimidade da impetrante, que entende o INSS não ser parte na relação jurídico-tributária, não foi objeto de exame pela egrégia Corte de origem, a implicar na ausência de prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 356 do STF).
>
> Entendeu o Tribunal de origem, com acerto, que, embora regular a forma de recolhimento antecipado introduzida pela Lei n. 9.711/1998, que alte-

rou a dicção do artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, no particular, seria indevida a retenção sobre as notas fiscais e faturas por se tratar de empresa prestadora de serviço de transporte rodoviário de carnes congeladas, produtos frigoríficos, gêneros alimentícios e cargas em geral, porque não enquadrada no conceito de cessão de mão-de-obra previsto no **caput** do mencionado artigo.

O artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, na redação dada pela Lei n. 9.711/1998, cujo intuito foi modificar a sistemática de recolhimento da contribuição previdenciária, atribuindo à empresa contratante dos serviços de mão-de-obra a responsabilidade pela retenção da contribuição em nome da empresa cedente, prevê, em seu § 4º, que outros serviços, além dos previstos nesta lei, poderiam ser objeto da retenção antecipada da contribuição previdenciária.

A nova redação dada ao inciso XVIII do § 2º do artigo 219 do Decreto n. 3.048/1999, pelo Decreto n. 4.729, de 09 de junho de 2003, suprimiu da lista de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra as operações de 'transporte de cargas', permanecendo, apenas, as operações de 'transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou subconcessão'.

Em face dos princípios da legalidade e tipicidade fechada, inerentes ao ramo do direito tributário, a Administração somente pode impor ao contribuinte o ônus da exação quando houver estrita adequação entre o fato e a hipótese legal de incidência do tributo, ou seja, sua descrição típica, o que não se verifica no caso vertente.

Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido." (REsp n. 504.994/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 10.05.2004)

Com efeito, em seu art. 219 o Decreto 3.048/1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social, previa, expressamente, a inclusão das operações de transporte de cargas e passageiros entre as hipóteses submetidas à sistemática de substituição tributária prevista na Lei n. 9.711/1998. Confira-se:

"Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da

natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, entre outros.

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no **caput** os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

Omissis.

XIX - operação de transporte de cargas e passageiros;

Omissis."

Todavia, com a edição do Decreto n. 4.729/2003, o inciso acima transcrito passou a conter a seguinte redação:

"XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou subconcessão;"

Verificou-se, com isso, a supressão da hipótese referente às operações de transporte de cargas, restando mantidas apenas as operações de transporte de passageiros.

Ressalte-se que a Ordem de Serviço INSS/DAF n. 209, de 20 de maio de 1999, editada em acordo com o Decreto n. 3.048/1999, deve amoldar-se à nova situação constituída com a vigência do Decreto n. 4.729/2003.

Diante do exposto, é de se negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 621.900 — MG (2003/0221264-3)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Cinara Ribeiro Silva Kichel e outros
Recorrida: Arc Serviços Ltda

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Co-responsável. Art. 135, III, do CTN. CDA. Inclusão. Comprovação da prática de atos de gestão.

I - As hipóteses de responsabilidade tributária previstas no artigo 135 do CTN não se fundam no mero inadimplemento da sociedade, mas na conduta dolosa ou culposa especificamente apontada pelo legislador, que vem a ser a ocorrência de um ato praticado com excesso de poder, infração da lei ou violação do contrato social, por parte do gestor da pessoa jurídica.

II - O pedido de inclusão do co-responsável tributário, indicado para figurar no pólo passivo da execução fiscal, fica condicionado à apresentação de documentos comprobatórios de que o sócio exercia cargo de gestão na época em que ocorreu o fato gerador do crédito exeqüendo.

III - É insuficiente, para evidenciar a responsabilidade tributária do sócio, fazer constar da CDA a expressão genérica de "co-responsável", sem esclarecer em que condição responde o sócio pela sociedade.

IV - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado e, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 06 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 31.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que restou assim ementado, **verbis**:

"Processual Civil. Tributário. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Co-responsabilidade. CTN, art. 135, inciso III. Redirecionamento do processo.

CDA. Nome. Desnecessidade. Certeza e liquidez. Responsabilidade tributária. Sócios. Requisitos. Citação.

1. É firme a jurisprudência no sentido de que a responsabilidade tributária das pessoas referidas no inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional, resulta de ato praticado com excesso de poder ou infração de lei, do contrato social ou do estatuto.

2. A execução fiscal poderá ser redirecionada contra o responsável tributário, ainda que o seu nome não conste da Certidão de Dívida Ativa.

3. Gozando a Certidão de Dívida Ativa de presunção de liquidez e certeza, não está a Fazenda obrigada a demonstrar, de plano, a responsabilidade dos mencionados sócios, para requerer sejam incluídos no pólo passivo do processo de execução fiscal.

4. Consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal, não evidenciados pela Fazenda exeqüente os requisitos de responsabilidade tributária dos sócios, não é possível fazer que a execução prossiga contra eles (RE n. 97.612-4/RJ).

5. A responsabilidade pela dívida da pessoa jurídica, na hipótese do dispositivo em referência, deve ser indicada em arrazoado claro, de modo a ensejar o contraditório e a ampla defesa.

6. É insuficiente, para evidenciar a responsabilidade tributária do sócio, fazer constar da CDA a expressão genérica 'co-responsável'." (Fl. 26)

Sustenta a recorrente violação aos artigos 204 do Código Tributário Nacional e 3º da Lei n. 6.830/1980, ao argumento de que, uma vez inscrito em dívida ativa, o débito tributário reúne as qualidades de presunção de certeza, liquidez e de prova pré-constituída, que apenas pode ser ilidida por prova inequívoca em sentido contrário. Alega que a exigência de comprovação da responsabilidade tributária do co-devedor indicado, além de ser uma diligência inútil, implica em uma providência morosa que contraria o princípio da celeridade do processo e dificulta os trabalhos da Fazenda Nacional. Aponta, ainda, divergência jurisprudencial, aduzindo que, constando da CDA todos os requisitos legais exigidos e não tendo o recorrente produzido qualquer prova em contrário, não fica ilidida a sua presunção de certeza e liquidez.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o recurso especial merece ser conhecido pela alínea **a**, eis que a matéria apontada nos artigos tidos por violados foi enfrentada pelo acórdão recorrido.

Na esteira de iterativos julgados desta colenda Corte, o sócio-gerente de sociedade só pode ser responsabilizado pelo não-pagamento de tributo, respondendo com o seu patrimônio, se comprovado, pelo Fisco, ter aquele praticado, no comando da sociedade, ato com excesso de poder ou infração a lei, contrato social, estatuto, ou, ainda, que redunde na dissolução irregular da sociedade.

Destarte, o não-pagamento de tributo ou a ausência de bens da empresa passíveis de penhora, de **per si**, não caracterizam infração à lei, suficiente a ensejar a responsabilidade pessoal do sócio-gerente.

Com efeito, as hipóteses de responsabilidade tributária previstas no artigo 135 do CTN não se fundam no mero inadimplemento da sociedade, mas na conduta dolosa ou culposa especificamente apontada pelo legislador, que vem a ser a ocorrência de um ato praticado com excesso de poder, infração da lei ou violação do contrato social, por parte do gestor da pessoa jurídica.

Sobre o tema, é oportuno trazer o ensinamento de **Humberto Theodoro Júnior**:

> "Quanto ao artigo 135 do CTN, seu preceito cuida dos terceiros que incidem na responsabilidade tributária pessoal em virtude de ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Entram em sua área de incidência portanto, 'as obrigações tributárias resultantes' — segundo o texto legal — 'de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos' (**caput**)... pelos 'diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado' (inciso III).
>
> Não é a qualidade de gerente ou administrador que engendra a responsabilidade pessoal prevista no art. 135 do CTN. Nem é apenas o não-recolhimento do tributo devido pela sociedade a causa suficiente para que seus gerentes se tornem todos responsáveis pelo débito.
>
> 'Aqui' — ressalta Bernardo Ribeiro Moraes —, 'há a necessidade desse terceiro praticar atos com excesso de poderes ou com infração de lei, do contrato social ou estatutos. Caso contrário não haverá a responsabilidade pessoal ou individual desse terceiro, isto é, não haverá a responsabilidade dos administradores, sócios-gerentes das sociedades limitadas ou sócios-diretores das sociedades limitadas ou sócios-diretores das sociedades anônimas (ambas as sociedades não são de pessoas, mas de capitais)' (**op. cit.**, 24.7.2, pp. 521/522).
>
> Em outras palavras, a responsabilidade tributária do terceiro (sócio-gerente ou administrador) funciona, na hipótese do art. 135 do CTN, como uma verdadeira sanção aplicada ao ato abusivo, ou seja, ao ato praticado com

ofensa aos poderes disponíveis ou à lei, ao contrato ou estatuto. Somente quem tenha sido o autor do ato abusivo é que será pessoalmente responsabilizado pela obrigação tributária dele oriunda" ("Medida Cautelar Fiscal — Responsabilidade Tributária do Sócio-Gerente" (CTN, art. 135), RT, Ano 86, v. 739, maio de 1997, pp. 122/123).

Conforme decidiu o v. julgado **a quo**, a responsabilidade prevista no artigo 135, inciso III, do CTN, não é automática, estando condicionado o pedido de inclusão do co-responsável tributário, indicado para figurar no pólo passivo da execução fiscal, à apresentação de documentos comprobatórios de que este exercia cargo de gestão na época em que ocorreu o fato gerador do crédito exeqüendo.

Nesse sentido, transcrevo os fundamentos utilizados pelo julgador monocrático, os quais adoto como razão de decidir, **in verbis**:

"Entendo que sem um mínimo de prova, cujo ônus é da parte autora, não se pode deferir a inclusão pleiteada.

Conquanto viesse entendendo que para essa demonstração bastava constar do anexo II da CDA, ou dela própria, o nome do co-devedor, revi minha forma de pensar, pois, melhor estudando o tema, convenci-me de que não pode emprestar tamanha força probante a uma declaração de agentes fiscais, sem que haja qualquer prova documental. Considerando as fortes e no mais das vezes danosas conseqüências que advirão ao sócio, uma vez incluído no pólo passivo da execução, a única forma de se exercer um controle da legalidade das afirmações do Fisco e ao mesmo tempo prestar-se obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório é mediante a comprovação documental de que o co-responsável apontado exercia a gerência ou administrava a sociedade.

É mister consignar que não desconheço, muito menos divirjo, do entendimento de nossos sodalícios, em virtude do qual não é necessária menção expressa ao nome do sócio co-responsável no título executivo, **in casu**, certidão da dívida ativa (STF, RE n. 111.765/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Otávio Gallotti, **in**, 'Código Tributário Nacional Interpretado', Saraiva, 1995, p. 108).

Porém, para que pessoas diversas da que efetivamente praticou o fato gerador da obrigação tributária por ela respondam, exige-se a demonstração de que, de alguma forma, para ela concorreram. A fim de que haja essa comprovação, convém registrar, não basta a simples condição de sócio da pessoa jurídica. Exige-se algo mais, um *plus*.

Posto isso, condiciono o deferimento do pleito de que ora cuido à apresentação de documento — seja cópia do contrato social vigente à época da

concretização do fato gerador; seja informação da receita, atestando que o sócio que se pretende responsabilizar foi quem firmou declarações apresentadas ao Fisco, contemporâneas ao fato gerador; seja qualquer outra prova documental — que demonstre a responsabilidade tributária do sócio indicado" (fls. 07/08).

Entendo que a responsabilidade imputada aos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado está vinculada à demonstração da prática de atos de administração da sociedade, com excesso de poder ou infração a lei, contrato social, estatuto, ou, ainda, que redunde na dissolução irregular da sociedade.

É insuficiente, para evidenciar a responsabilidade tributária do sócio, fazer constar da CDA a expressão genérica de "co-responsável", sem esclarecer em que condição responde o sócio pela sociedade.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 624.890 — RS (2004/0008983-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradores: Luiz Cláudio Portinho Dias e outros
Recorrida: Mobra Serviços de Vigilância Ltda
Advogado: Gustavo Thome Kreutz
Sustentação oral: Patrícia Lima, pelo recorrente

EMENTA

Tributário. Crédito previdenciário. Recurso administrativo. Depósito prévio. Substituição pelo arrolamento de bens. Impossibilidade.

I - Embora o Decreto n. 70.235/1972, que regula o processo administrativo dos créditos tributários da União, admita o arrolamento de bens em substituição ao depósito prévio, necessário ao conhecimento do recurso administrativo, o crédito previdenciário tem disciplina específica, sendo regido pelos artigos 126 da Lei n. 8.213/1991 e 306 do Decreto n. 3.048/1999, que impõem a exigência do depósito prévio.

II - Em havendo regência específica para os créditos da Previdência Social, deve ser afastada a norma geral dos créditos tributários da União.

III - Precedente: REsp n. 550.505/PE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 08.03.2004, p. 230.

IV - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 05 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 27.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado, **verbis**:

> "Tributário. Agravo de instrumento. Recurso voluntário do contribuinte. Garantia. Arrolamento de bens. Possibilidade. Aplicação subsidiária do Decreto n. 70.235/1972.
>
> Aplica-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal previdenciário o Decreto n. 70.235/1972 por expressa previsão no Regulamento da Previdência Social — Decreto n. 3.048/1999. Admite-se o arrolamento de bens em valor equivalente a 30% do valor do débito discutido como garantia de instância administrativa previdenciária, em atendimento ao princípio da isonomia.
>
> Agravo de instrumento provido" (fl. 130 v.).

Alega o recorrente violação aos artigos 126 da Lei n. 8.213/1991 e 33 do Decreto n. 70.235/1972, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo que o

crédito previdenciário tem disciplina legal específica, não devendo ser aplicada a norma endereçada aos créditos da União. Sustenta que não pode ser admitida a substituição do depósito de 30% do montante devido pelo arrolamento de bens.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o recurso especial merece ser conhecido pela alínea **a**, eis que a matéria apontada nos artigos tidos por violados foi enfrentada pelo acórdão recorrido.

A questão em comento trata da possibilidade de substituir-se o depósito prévio de 30% (trinta por cento), requisito fundamental ao conhecimento do recurso administrativo, pelo arrolamento de bens.

O Tribunal **a quo** entendeu pela possibilidade da substituição, ao argumento de que o Decreto n. 70.235/1972, que regula o processo administrativo dos créditos tributários da União, aplica-se subsidiariamente ao crédito previdenciário.

O artigo 33 do Decreto n. 70.235/1972, com a redação dada pela Lei n. 10.522/2002, estabelece que:

> "Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.
>
> § 1º No caso de provimento a recurso de ofício, o prazo para interposição de recurso voluntário começará a fluir da ciência, pelo sujeito passivo, da decisão proferida no julgamento do recurso de ofício.
>
> § 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física.
>
> § 3º O arrolamento de que trata o § 2º será realizado preferencialmente sobre bens imóveis.
>
> § 4º O Poder Executivo editará as normas regulamentares necessárias à operacionalização do arrolamento previsto no § 2º".

Todavia, o crédito previdenciário, embora de natureza tributária, tem disciplina específica, sendo regido pelos artigos 126 da Lei n. 8.213/1991 e 306 do Decreto n. 3.048/1999, que impõem a exigência do depósito prévio de 30% (trinta por cento).

Vejamos o que dispõem os referidos dispositivos legais:

"Art. 126. Das decisões administrativas relativas à matéria tratada nesta lei, caberá recurso para o Conselho de Recursos do Trabalho e da Previdência Social (CRTPS), conforme dispuser o regulamento.

§ 1º Em se tratando de processo que tenha por objeto a discussão de crédito previdenciário, o recurso de que trata este artigo somente terá seguimento se o recorrente, pessoa jurídica, instruí-lo, com prova de depósito em favor do Instituto Nacional do Seguro — INSS, de valor correspondente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão.

§ 2º Após a decisão final do processo administrativo fiscal, o valor depositado para fins de segmento do recurso voluntário será:

I - devolvido ao depositante, se aquela lhe for favorável.

II - convertido em pagamento, devidamente deduzido do valor da exigência, se a decisão for contrária ao sujeito passivo."

"Art. 306. Em se tratando de processo que tenha por objeto a discussão de crédito previdenciário, o recurso de que trata esta Subseção somente terá seguimento se o recorrente pessoa jurídica instruí-lo com prova de depósito, em favor do Instituto Nacional de Seguro Social, de valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão."

Portanto, em havendo regência específica para os créditos da Previdência Social, deve ser afastada a norma geral dos créditos tributários da União.

Sobre o assunto, colaciono o seguinte julgado, **verbis**:

"Administrativo — Recurso administrativo — Depósito prévio.

1. O malsinado depósito prévio no valor de 30% (trinta por cento) da exigência fiscal para recorrer administrativamente sofreu temperança, com a admissibilidade da substituição pelo arrolamento de bens e direitos de valor equivalente.

2. A opção foi inserida no Decreto n. 70.235, de 06.03.1972 pela Lei n. 10.522/2002, diplomas direcionados aos débitos para com a União.

3. Os débitos previdenciários, embora de natureza tributária, têm regência própria, Decreto n. 3.048/1999, recentemente alterado pelo Decreto n. 4.862/2003 para manter a exigência do depósito prévio.

4. Recurso especial improvido" (REsp n. 550.505/PE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 08.03.2004, p. 230).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, trata-se de lei específica. Venho defendendo o princípio da legalidade tanto no procedimento administrativo como na lei material. Na lei tributária, os princípios são outros, são rígidos. Devemos ter essa concepção. A autarquia pode estabelecer para cobrança de seus créditos regras e garantias diferentes do que estabelece a União. Não pode haver uma horizontalidade.

Estou de pleno acordo com o voto do Sr. Ministro-Relator no sentido de dar provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 637.623 — PR (2004/0003124-6)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Danilo Teml Caram e outros
Recorrido: Roberto Carlos Casezmark
Advogado: Roberto Antônio Reis Dorfer

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Pagamento de gratificação a empregado, por ocasião da rescisão do contrato, a título espontâneo, em reconhecimento a relevantes serviços prestados ao empregador. Natureza. Regime tributário das indenizações. Distinção entre indenização por danos ao patrimônio material e ao patrimônio imaterial.

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

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

3. Não tem natureza indenizatória, sob esse aspecto, o pagamento correspondente a uma prestação que, originalmente (= independentemente da ocorrência de lesão), era devida em dinheiro, pois, em tal caso, há simples adimplemento **in natura** da obrigação. Igualmente, não tem natureza indenizatória o pagamento em dinheiro que não tenha como pressuposto a existência de um dano causado por ato ilícito.

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

5. A indenização que acarreta acréscimo patrimonial configura fato gerador do imposto de renda e, como tal, ficará sujeita à tributação, a não ser que o crédito tributário esteja excluído por isenção legal, como é o caso das hipóteses dos incisos XVI, XVII, XIX, XX e XXIII do art. 39 do Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto n. 3.000, de 31.03.1999.

6. No caso, o pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de gratificação, em reconhecimento por relevantes serviços prestados à empresa, não tem natureza indenizatória. E, mesmo que tivesse, estaria sujeito à tributação do imposto de renda, já que (a) importou acréscimo patrimonial e (b) não está beneficiado por isenção. A lei isenta de imposto de renda "a indenização (...) por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho" (art. 39 do RIR, aprovado pelo Decreto n. 3.000/1999).

7. Recurso especial provido.

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, dar

provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 24 de maio de 2005.

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 06.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 143/147) interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em mandado de segurança, reconheceu a incidência do imposto de renda sobre pagamento de verba denominada "gratificação II", paga ao impetrante, por ocasião da rescisão de seu contrato de trabalho, em recompensa por seus relevantes serviços ao empregador. O aresto atacado encontra-se assim ementado:

> Tributário. Verbas recebidas a título de gratificação em decorrência da rescisão do contrato de trabalho. Natureza jurídica indenizatória. Não-incidência de imposto de renda.
>
> 1. A parcela percebida a título indenizatório por ocasião da ruptura do contrato de trabalho e intitulada "Gratificação II", por não ensejar acréscimo patrimonial, não se sujeita à incidência do imposto de renda.
>
> 2. Apelação e remessa oficial improvidas.

Interpostos embargos de declaração, foram acolhidos apenas para o fim de prequestionamento dos arts. 43, 97 e 111 do CTN e 150, § 6º da Constituição.

A recorrente aponta negativa de vigência ao art. 43 do CTN, sustentando, em síntese, que (a) é inadequada a equiparação da verba percebida quando da rescisão de contrato de trabalho com aquela decorrente de adesão a plano de demissão voluntária; (b) é devida a incidência de imposto de renda, pois a gratificação paga ao recorrido não se encontra prevista em dispositivo legal de isenção ou de exclusão do imposto.

Em contra-razões, o recorrido pede a integral manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. É comum ver-se afirmado, como se fora um dogma, que não incide imposto de renda sobre pagamentos re-

ferentes a prestações de natureza indenizatória. A afirmação, ao que parece, assenta-se no pressuposto de que as indenizações estariam inteiramente fora do campo da tributação, não configurando fato gerador daquele imposto. Há equívoco nisso. Os valores pagos a título de indenização podem ou não configurar fato gerador de imposto de renda. Ademais, quando configuram, podem ou não dar origem ao crédito tributário, já que podem ou não estar isentos. Assim, relativamente às indenizações, o regime tributário apresenta as seguintes situações possíveis: (a) situações de não-configuração do fato gerador e (b) situação de configuração do fato gerador, sendo que, quanto a essas, há (b.1) situações isentas e (b.2) situações não isentas. Com efeito, veja-se.

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

> Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
>
> I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
>
> II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.
>
> § 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.
>
> § 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

Como se percebe, não apenas as rendas, genericamente consideradas, mas também os acréscimos patrimoniais de qualquer natureza configuram fato gerador do imposto de renda. Portanto, quando se trata de valores de natureza indenizatória, a configuração ou não de hipótese de incidência tributária tem como pressuposto fundamental o da existência ou não de acréscimo patrimonial. "A chave", diz **James Marins**, "está na existência jurídica (constitucional e legal) de incremento patrimonial, i. e, acréscimo consubstanciado em renda ou proventos de qualquer natureza" ("Regime Tributário das Indenizações", obra coletiva, coordenador

Hugo de Brito Machado, SP, Dialética, 2000, pp. 142/143). Nesse sentido, é praticamente unânime a doutrina, assim resumida por **Hugo de Brito Machado**:

> "É possível, portanto, afirmar-se que a indenização, quando não consubstancie um acréscimo patrimonial, não enseja a incidência do imposto de renda, nem da contribuição social sobre o lucro. Certamente a incidência, ou não, desses tributos, depende da natureza do dano a ser reparado, pois é a partir da natureza desse dano que se pode concluir pela ocorrência, ou não, de acréscimo patrimonial. (...) A indenização por dano patrimonial pode ensejar, ou não, um acréscimo patrimonial. Isto depende do critério de sua fixação. Se fixada a indenização mediante a avaliação do dano, evidentemente não se pode falar em acréscimo patrimonial. A indenização neste caso apenas repara, restabelecendo a integridade do patrimônio. É possível, porém, que em se tratando de indenização cujo valor seja previamente fixado em lei, ou em contrato, ou resulte de acordo de vontades, ou de arbitramento, termine por implicar um acréscimo patrimonial. Neste caso, sobre o que seja efetivamente um acréscimo patrimonial incidirão os tributos que tenha neste o respectivo fato gerador". (**Hugo de Brito Machado**, "Regime Tributário das Indenizações", obra coletiva, coordenador **Hugo de Brito Machado**, SP, Dialética, 2000, p. 108).

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

3. O pagamento de indenização pode ou não acarretar acréscimo patrimonial. Entende-se por indenização a prestação em dinheiro destinada a reparar ou recompensar uma lesão causada a um bem jurídico, de natureza material ou imaterial. Os bens jurídicos, em seu aspecto essencial, comportam uma grande classificação: eles podem ser (a) de natureza patrimonial (= integrantes do patrimônio material) ou (b) de natureza não-patrimonial (= integrantes do patrimônio moral das pessoas). Todavia, qualquer que seja a sua natureza, todos os bens jurídicos estão sob a tutela do direito. Assim, quem, por ato ou omissão ilícita, violar o direito, causando prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. É o que estabelece o Código Civil, nos artigos 186 e 927, reproduzindo a norma do art. 159 do Código de 1916. Trata-se, portanto, como bem observaram **Carlos Alberto Menezes Direito** e **Sérgio Cavalieri Filho** ("Comentários ao Novo Código Civil", volume XIII, RJ, Forense, 2004, p. 49), de obrigação de natureza legal, insuscetível de conformação ou condicionamento por vontade das partes. Hoje, com a expressa previsão do

Código Civil (art. 186) e da Constituição (art. 5º, X) a respeito, já não se põe dúvida quanto à obrigação de reparar financeiramente também os danos morais, que, aliás, podem ser cumulados com os danos materiais decorrentes do mesmo ilícito ("São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato", diz a Súmula n. 37-STJ).

Pois bem, do ponto de vista da efetividade do direito, o ideal seria que, ocorrida a violação, a reparação dos danos daí decorrentes fosse feita por prestação específica e **in natura**, isto é, mediante a exata recomposição do **status quo ante**. Segundo a conhecida lição de **Chiovenda**, deve-se garantir a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito ("Instituições de Direito Processual Civil", tradução de **J. Guimarães Menegale**, São Paulo, Saraiva, 1969, vol. I, p. 46). Todavia, isso nem sempre é possível: os danos morais, por natureza, não comportam reparação específica e **in natura**; os danos materiais a comportam, mas nem sempre (é possível refazer um muro destruído, mas não é possível recompor a autenticidade da Taça Jules Rimet transformada em barra de ouro ou um quadro de Di Cavalcanti transformado em cinzas). Mesmo quando possível, nem sempre a prestação **in natura** é a solução adequada, permitindo a lei a conversão em pecúnia (**v.g.**, arts. 627 e 633 do CPC). Ora, aquilo que geralmente se entende por indenização é a prestação em dinheiro, substitutiva da prestação específica, destinada a reparar ou recompensar o dano causado a um bem jurídico, quando não é possível ou não é adequada a restauração **in natura** do bem jurídico atingido. Não tem natureza indenizatória, sob esse aspecto, o pagamento, ainda quando feito por força de sentença judicial, correspondente a uma prestação que originalmente (= antes e independentemente de ocorrência de lesão) era devida em dinheiro (**v.g.**, pagamento por horas extras trabalhadas, ou 13º salário). Em tal caso, o que há, simplesmente, é o adimplemento **in natura** da obrigação, ainda que fora do prazo ou mediante execução forçada. Não tem natureza indenizatória, igualmente, o pagamento que não corresponda à retribuição ou à reparação de um dano, ou seja, que não tenha como pressuposto e como causa um ato ilícito causador de lesão ao patrimônio material ou imaterial. Pagamento espontâneo, a título de gratificação, jamais pode assumir natureza indenizatória.

4. À luz dessas premissas, voltemos ao fato gerador do imposto de renda, que, segundo o art. 43 do CTN, é representado por "acréscimos patrimoniais". Desde logo é preciso ressaltar que, quando se refere a acréscimo patrimonial, a disposição normativa está se referindo ao patrimônio material apenas, e não ao patrimônio moral. Esclarece, a propósito, **Hugo de Brito Machado**:

> "No âmbito do imposto de renda, em nosso sistema jurídico-tributário, os conceitos de patrimônio e de renda são rigorosamente conceitos econômi-

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

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

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

Em suma: a indenização que não acarreta acréscimo patrimonial é apenas aquela que se destina a recompor o dano material efetivamente causado pela lesão (= dano emergente ao patrimônio material). Relativamente a ela, não se configura fato gerador do imposto de renda. Todavia, acarreta acréscimo patrimonial (e, portanto, constitui fato gerador do imposto de renda) a indenização(a) por danos

ao patrimônio imaterial (= moral), ou (b) referente a lucros cessantes ou (c) em valor que exceda ao da redução patrimonial causada pela lesão.

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

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

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

"Nos termos do art. 43 do CTN constituem hipóteses de incidência do imposto de renda a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de: I - renda, assim entendida o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II- de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. Em todas essas hipóteses o elemento nuclear é o acréscimo patrimonial, sem o qual não se há de cogitar da incidência de tal imposto, pois inexistiria renda a tributar. Pelo próprio conceito de indenização tem esta a finalidade de recompor o patrimônio lesado na mesma proporção dos danos sofridos, de sorte a devolvê-lo ao estado em que se encontrava antes da lesão. Em assim ocorrendo, resulta evidente que nenhum acréscimo patrimonial se verifica de modo a tornar mais rico o titular da indenização. Nenhuma renda recebe ele com os valores respectivos. Isso sempre ocorre quando se trata de indenização por dano material, excluídos os lucros cessantes que, estritamente considerados, representam acréscimo patrimonial, por serem diferença entre o que teria sido despendido e o que teria sido recebido pela vítima, não fosse o dano sofrido. Por outro lado, é de se ponderar que a incidência do imposto de renda sobre os valores representativos da indenização por danos materiais reduziria o seu montante, frustrando sua precípua finalidade, que é tornar indene o patrimônio, isto é, cabalmente reparado. Esse entendimento, aliás, já norteava as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal, logo que chamado a manifestar-se sobre a incidência do imposto de renda nas desapropriações (...). Diversamente se passa em se tratando de indenização por dano moral sem repercussão econômica, porque, nesse caso, o favorecido com seus valores terá aumentado seu patrimônio. Já se do dano moral adveio alguma repercussão econômica, outra coisa não sendo esta que danos materiais emergentes daquele, a reparação pecuniária que os ressarcir, não significando acréscimo patrimonial, deverá ficar ao largo da incidência do imposto de renda, sempre que for possível quantificá-lo ou indenizar em separado. Se, porém, não é possível a quantificação da repercussão econômica e da correspondente indenização, e sendo

esta estabelecida unitariamente por arbitramento, como reparadora do dano moral apenas, o imposto de renda será devido, pois, nesse caso, o reflexo econômico da ofensa à honra tem a feição de lucros cessantes presumidos." (**Hugo de Brito Machado Segundo** e **Paulo de Tarso Vieira Ramos**, "Regime Tributário das Indenizações", cit., pp. 124/125.)

"Partindo-se, assim, do conceito de indenização como reparação pecuniária pelo dano sofrido em seu patrimônio material ou moral, resta analisar os efeitos tributários gerados por este pagamento. Assim, se uma pessoa é indenizada pela perda material causada por outrem, não estará adquirindo patrimônio ou riqueza novos, mas tão-somente recompondo aquele patrimônio lesado. Portanto, não há que se falar em tributação dessa quantia pelo imposto de renda, porquanto não representa lucro, ou rendimento. Tal posição, que é aceita com tranqüilidade pela doutrina e pela jurisprudência, decorre da definição do fato gerador do imposto de renda, que entendemos ser o acréscimo patrimonial, assim considerado os ingressos que venham a representar riqueza nova, ou seja, aumento de patrimônio. A situação diverge quando se trata de indenização por lucro cessante. Nesse caso, a indenização visa ressarcir o lesado pela impossibilidade de o mesmo obter ganhos aos quais faria jus não posse pelo dano havido. Assim, caso não sofresse o dano moral ou material, a vítima do dano iria auferir danos patrimoniais que, naquela condição, seriam tributados. Ora, a indenização pelo lucro cessante consiste, justamente, em proporcionar ao lesado o benefício a que teria direito. Por tal razão, essa quantia deverá ser tributada pelo imposto de renda, da mesma forma que seria caso a ofensa não sobreviesse. A indenização por dano moral, embora não se assemelhe à indenização por lucros cessantes, não visa recompor patrimônio, mas amenizar o constrangimento moral. Portanto, trata-se de ingresso novo, que irá acrescer ao patrimônio da vítima e, por conseguinte, deverá ser tributado, a menos que outros princípios ou valores constitucionais impeçam a tributação. (**Fábio Junqueira de Carvalho** e **Maria Inês Murgel**, "Regime Tributário das Indenizações", cit., pp. 74/76)

5. Compõem o patrimônio imaterial não apenas os bens e valores de natureza estritamente moral (= os relacionados à dignidade humana), mas todos os bens e direitos cuja satisfação **in natura** é realizada mediante prestação não-patrimonial. São dessa natureza, entre outros, os direitos do patrimônio físico e intelectual, os de imagem, e, em geral, todos os direitos do patrimônio profissional cuja satisfação é representada por prestações não pecuniárias (direito a férias, a licença-prêmio, a descanso, a estabilidade). Lesados tais direitos e não sendo possível, material ou juridicamente, a sua restauração específica e **in natura**, dá-se a reparação me-

diante indenização pecuniária, com o que o bem lesado, originalmente integrante do patrimônio imaterial, é substituído por prestação em dinheiro, que vai agregar-se ao patrimônio material, acarretando-lhe, como demonstrado, um natural e necessário acréscimo. Tipifica-se, conseqüentemente, o fato gerador do imposto de renda, nos termos do art. 43 do CTN.

6. Tipificado o fato gerador, enseja-se, teoricamente, o nascimento da obrigação e do crédito tributário. Atento a essa circunstância, o legislador tratou de criar normas de isenção para várias espécies de prestações indenizatórias, que, segundo seu juízo político, mereciam tal benefício. Assim, no art. 39 do Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto n. 3.000, de 31.03.1999, que arrola os rendimentos isentos e os não tributáveis, vários dos incisos reproduzem hipóteses de indenizações beneficiadas por isenção, a saber:

"(...)

Indenização decorrente de acidente

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

Indenização por acidente de trabalho

XVII - a indenização por acidente de trabalho (Lei n. 7.713, de 1988, art. 6º, inciso IV);

(...)

Indenização por desligamento voluntário de servidores públicos civis

XIX - o pagamento efetuado por pessoas jurídicas de direito público a servidores públicos civis, a título de incentivo à adesão a programas de desligamento voluntário (Lei n. 9.468, de 10 de julho de 1997, art. 14);

Indenização por rescisão de contrato de trabalho e FGTS

XX - a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS (Lei n. 7.713, de 1988, art. 6º, inciso V, e Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, art. 28);

(...)

Indenização reparatória a desaparecidos políticos

XXIII - a indenização a título reparatório, de que trata o art. 11 da Lei n. 9.140, de 05 de dezembro de 1995, paga a seus beneficiários diretos"; (...).

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

7. No caso concreto, o pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de gratificação, em reconhecimento por relevantes serviços prestados à empresa, não tem natureza indenizatória. Além de não se destinar a reparar ou a compensar danos, ele não tem relação de referência com ato ilícito que tenha causado lesão ao patrimônio, material ou imaterial, do empregado. E, mesmo indenização fosse, ainda assim o pagamento estaria sujeito à tributação do imposto de renda, já que (a) importou acréscimo patrimonial e (b) não está beneficiado por isenção. Com efeito, a lei isenta de imposto de renda "a indenização (...) por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho" (art. 39, XX, do RIR, aprovado pelo Decreto n. 3.000/1999).

8. Ante o exposto, dou provimento ao recurso. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 645.437 — PR (2004/0031285-6)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Deysi Cristina Da' Rolt e outros
Recorrida: Itamaster Indústria de Pigmentos Plásticos Ltda
Advogado: Graciane Vieira Lourenço e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos infringentes. Cabimento. Inteligência do art. 530 do CPC, na redação dada pela Lei n. 10.352/2001. Reforma parcial da sentença pelo acórdão que julgou a apelação. Descabimento de embargos quanto à matéria em torno da qual se formou a dupla conformidade.

1. Na sistemática original do CPC, a simples existência de divergência em julgado proferido em apelação e em ação rescisória ensejava a interposição de embargos infringentes.

2. A Lei n. 10.352, de 26.12.2001, porém, dando nova redação ao art. 530 do CPC, restringiu as hipóteses de cabimento dos embargos, passando a exigir, para sua admissão, (a) que tenha havido reforma de sentença de mérito e (b) que tal reforma tenha sido decorrente de julgamento por não-unânime.

3. Ocorrendo reforma apenas parcial da sentença, não cabem embargos infringentes quanto à matéria em torno da qual se manteve o juízo de procedência ou de a improcedência.

4. No caso concreto, revelam-se incabíveis os embargos infringentes, por veicularem pedido cuja improcedência, imposta pela sentença de primeiro grau, foi confirmado pelo acórdão da apelação. Quanto a tal pedido, não está configurado o requisito da desconformidade entre a sentença e o acórdão.

5. Recurso especial provido.

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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado e, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 17 de maio de 2005.

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 30.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se, originariamente, de ação ordinária objetivando assegurar (a) o direito ao aproveitamento dos créditos de IPI, anteriores à Lei n. 9.779/1999, decorrentes da aquisição de insumos — matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem —, ainda que as respectivas saídas dos produtos industrializados sejam efetuadas sem incidência da exa-

ção, acrescidos de correção monetária e de juros; (b) o direito ao ressarcimento ou à compensação dos créditos com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido (fls. 111/115).

A Primeira Turma do TRF da 4ª Região, por maioria, deu parcial provimento à apelação em que a autora reiterava os termos da inicial, para julgar parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos: (a) deve ser autorizado o aproveitamento dos créditos decorrentes da fabricação de produtos cuja saída não é tributada pelo IPI (isenção, não-tributação ou alíquota zero), por ser o Decreto n. 2.637/1998, ao determinar a anulação de tais créditos, inconstitucional, por afronta ao princípio da não-cumulatividade, conforme decidiu a Corte na Argüição de Inconstitucionalidade n. 1999.72.05.008186-1/SC; (b) a prescrição é qüinqüenal, nos moldes do Decreto n. 20.910/1932; (c) a autora pode optar pela escrituração dos créditos em seus livros contábeis, descontando-os dos débitos futuros de IPI relativos às operações de saídas de mercadorias, ou pelo procedimento previsto no art. 66 da Lei n. 8.383/1991; (d) a realização da compensação com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos moldes da Lei n. 9.430/1996, depende de prévio requerimento administrativo; (e) os créditos decorrentes de entrada de insumos anteriores à LC n. 104/2001 podem ser aproveitados sem a restrição posta no art. 170-A do CTN, por ela introduzido; (f) é indevida a correção monetária dos créditos, por se tratar de procedimento meramente contábil, que não envolve circulação efetiva de moeda.

O voto divergente (fls. 161/162) provia a apelação em maior extensão, para determinar (a) a incidência da correção monetária, à consideração de que o estorno dos créditos, considerado inconstitucional pelo Tribunal, configura indébito tributário, e não mais apenas operação escritural; (b) mesmo em se tratando de créditos escriturais, em tema de decadência, são aplicáveis as regras do CTN, que prevêem, na ausência de homologação expressa, a perda do direito ao aproveitamento do crédito após o transcurso do prazo de cinco anos do fato gerador, acrescidos de mais cinco, a partir da data em que se deu a homologação tácita.

A autora apresentou embargos infringentes, que foram parcialmente providos, apenas para determinar a aplicação da atualização da monetária aos créditos, em acórdão assim ementado:

> "Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI. Princípio da não-cumulatividade. Insumos. Prescrição. Correção monetária.
>
> — Não se tratando de hipótese de restituição, em que se discute pagamento indevido ou maior, mas sim, de reconhecimento de aproveitamento de

crédito em virtude da regra da não-cumulatividade, estabelecida pelo texto constitucional, não é de ser aplicado o disposto no art. 165 do CTN. Aplicável à espécie é o Decreto n. 20.910/1932, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos.

— O STF vem reiteradamente decidindo que não incide correção monetária sobre créditos escriturais. A situação aqui, porém, é diversa. Trata-se de corrigir valores que não foram aproveitados porquanto o Fisco não admite que o seja quanto aos valores isentos, não tributados ou à alíquota zero, necessitando o contribuinte de decisão judicial. A correção monetária é devida somente até o trânsito em julgado da sentença, quando as importâncias são transportadas e lançadas na escrituração, sendo aproveitados nos termos da legislação." (Fl. 208).

Opostos embargos de declaração pela ora recorrente, restaram parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento (fl. 218), entendendo o TRF pelo cabimento dos embargos infringentes no caso presente, por ter havido reforma de sentença de mérito e por não se destinar tal recurso à manutenção da sentença.

No recurso especial (fls. 221/228), interposto com base na alínea **a** do permissivo constitucional, a Fazenda aponta violação aos artigos 530 do CPC e 49 do CTN, aduzindo, em síntese, que (a) não eram cabíveis os embargos infringentes, no caso concreto, porque o art. 530 do CPC, na redação dada pela Lei n. 10.352/2001, limitou a discussão passível de ser veiculada nesse recurso à matéria em que a maioria reforma, e o voto-vencido mantém, a sentença de mérito, sendo "de sua própria natureza que objetive fazer prevalecer o voto-vencido, que deve andar de conformidade com a decisão de primeiro grau" (fl. 223); (b) no caso dos autos, o voto-vencido não confirmava, mas, pelo contrário, reformava em maior extensão do que o entendimento prevalente, a sentença do juízo monocrático; (c) quanto ao mérito, não há previsão legal para o deferimento da correção monetária dos créditos escriturais, mas apenas para sua manutenção, pelo valor nominal, para posterior aproveitamento.

Em contra-razões (fls. 231/251), a autora pugna pela confirmação do acórdão do TRF.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O acórdão da apelação foi proferido em 19.09.2002 (fls. 163/164) — já na vigência, portanto, da Lei n. 10.352, de 26.12.2001, que deu a seguinte redação ao art. 530 do CPC:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Aponta **Cândido Rangel Dinamarco** duas alterações fundamentais trazidas pela nova disciplina dos embargos infringentes, ambas destinadas a restringir as hipóteses de sua admissibilidade: (a) a exclusão do cabimento do recurso em caso de *dupla sucumbência*, vedando sua interposição quando a maioria dos votos haja sido contrária ao apelante ou ao autor da ação rescisória; (b) a autorização para o manejo dos embargos apenas em caso de divergência no caso de apelação dirigida contra *sentença de mérito* ("A Reforma da Reforma", 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 197). A propósito do primeiro requisito, atinente à necessidade de que haja reforma da sentença pelo acórdão, anotou o autor o seguinte:

"O critério da *dupla sucumbência*, adotado no novo art. 530 do Código de Processo Civil, significa que a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação ou ação rescisória não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida duas vezes (no julgado posto em reexame perante o Tribunal e também no próprio julgamento que o Tribunal vier a proferir). Só se admite esse recurso se houver divergência de votos (como sempre foi, no passado) e se, além disso, o voto divergente for no mesmo sentido do julgado anterior. Se a divergência de votos tiver ocorrido no julgamento de uma apelação, os embargos infringentes serão cabíveis quando a maioria houver dado provimento a ela e o voto-vencido, negado; não serão admissíveis na hipótese contrária, ou seja, quando a maioria houver negado provimento e só o voto divergente a houver provido. Na ação rescisória, os embargos infringentes são cabíveis quando a maioria a houver julgado procedente e a minoria, improcedente.

(...)

A síntese dessa disposição é, na prática, que: a) contra acórdão proferido em apelação, só o *apelado* poderá ter direito aos embargos infringentes e o apelante jamais, não obstante a divergência de votos; b) contra acórdão proferido em ação rescisória, só o *réu* poderá ter esse direito, e nunca o autor. Com a declarada intenção de reprimir a proliferação dos feitos nos tribunais, o legislador restringiu por esse modo a admissibilidade dos embargos infringentes, lastreado em um critério de *probabilidade*: se a maioria votante se pôs ao lado do juiz que proferira a sentença apelada ou ao lado do juiz ou dos juízes responsáveis pela sentença ou acórdão sujeito à ação rescisória, isso

significa que por duas vezes o Poder Judiciário decidiu no mesmo sentido, sendo menos provável que todos eles hajam errado. A probabilidade de erro pode ser maior, quando a maioria divergir do prolator ou prolatores da sentença ou acórdão posto em apreciação em sede de apelação ou de ação rescisória." (**Op. cit.**, pp. 197/199)

Também **Luiz Rodrigues Wambier** e **Teresa Arruda Alvim Wambier** indicam como pressuposto de cabimento dos embargos infringentes que "tenha havido desacordo entre o Juízo **a quo** e o Juízo **ad quem**" no que diz respeito ao mérito da lide ("Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil", 2ª edição, São Paulo: RT, 2002, p. 177). É, ainda, a doutrina de **Barbosa Moreira**:

> "Nenhuma relevância tinha, no sistema anterior à Lei n. 10.352, a desconformidade entre o acórdão proferido na apelação e a sentença apelada. O confronto que se havia de fazer era exclusivamente entre os votos emitidos no Tribunal. Agora, é preciso que a sentença haja sido reformada: voltou-se a adotar o critério de exclusão dos embargos nos casos de 'dupla conformidade'" ("Comentários ao Código de Processo Civil" — vol. V, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, p. 525).

2. No caso concreto, os pedidos formulados na inicial podem ser assim sumariados: (a) manutenção dos créditos de IPI decorrentes de insumos utilizados na fabricação de produtos não tributados, isentos ou sujeitos à alíquota zero; (b) atualização monetária dos créditos; (c) incidência de juros; (d) compensação dos créditos de IPI com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal; (e) prescrição na forma dos "cinco mais cinco". A sentença de primeiro grau julgou-os improcedentes em sua totalidade (fls. 111/115). O acórdão da apelação, por maioria, acolheu os pedidos indicados nas letras (a) e (d), reconhecendo o direito aos créditos e à compensação, e parcialmente o da letra (e), ao aplicar a prescrição qüinqüenal do Decreto n. 20.910/1932. Manteve a improcedência — confirmando, no particular, a sentença — dos pedidos referentes à correção monetária (b), aos juros (c) e à prescrição das parcelas anteriores aos cinco anos que antecedem o ajuizamento da ação (fls. 139/143). Assim, em atenção ao critério da exigência da desconformidade, isto é, da reforma da sentença pelo acórdão, restou limitado, desde logo, o objeto dos embargos infringentes à parte em que modificada a sentença, vale dizer, quanto aos pedidos dos itens (a), direito aos créditos, (d), compensação, e (e), apenas no que toca à prescrição dos créditos compreendidos nos cinco anos anteriores à propositura da ação. Tendo o voto-vencido divergido apenas no que se refere aos pedidos de letras (b), correção monetária, e (e), quanto à prescrição dos créditos surgidos no período entre dez e cinco anos anteriores à propositura

da demanda, resulta não haver nenhum tópico em relação ao qual se verifiquem cumulativamente os requisitos da reforma da sentença pelo acórdão da apelação e de divergência do voto minoritário.

Eram incabíveis, assim, os embargos infringentes interpostos pela ora recorrida, porque, quer no que diz respeito à correção monetária, quer no que toca ao reconhecimento da prescrição das parcelas do período entre cinco e dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, o acórdão não unânime não reformara, em grau de apelação, a sentença. É de se registrar, ademais, que as razões dos embargos infringentes não impugnam a prescrição qüinqüenal reconhecida pelo acórdão, versando exclusivamente sobre o tema da atualização monetária.

Impõe-se, assim, a reforma do acórdão recorrido, para que não sejam conhecidos os embargos, restabelecendo-se as conclusões do acórdão que julgou a apelação. Resta prejudicada, com isso, a análise do recurso especial na parte referente ao afastamento da incidência da correção monetária.

3. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso especial, para restabelecer as conclusões do acórdão da apelação.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 676.227 — RS (2004/0117868-5)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra
Procuradores: Paráclito J. Brazeiro de Deus e outros
Recorrida: Equipamentos Mecânicos Damcar Ltda
Advogados: Heverton Rosso Adams e outros
Interessado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradores: Márcia Pinheiro Amantea e outros

EMENTA

Tributário. Contribuição para o Incra. Empresa urbana. Entendimento da Primeira Seção do STJ. Manifestação do Supremo Tribunal Federal. Lei n. 8.212/1991.

1. Tratam os autos de mandado de segurança impetrado por Equipamentos Mecânicos Damcar Ltda contra ato do Gerente Executivo do INSS em Caxias do Sul — RS buscando provimento jurisdicional para

que, reconhecendo-se a inexigibilidade da contribuição social ao Incra sobre a folha de salários, pudesse promover a compensação dos valores recolhidos indevidamente com outras contribuições arrecadadas pelo INSS, apuradas no prazo decenal, sem sofrer autuação. O juízo monocrático julgou improcedentes os pedidos. Apelou a autora e o TRF/4ª Região conferiu parcial provimento ao seu recurso para declarar a inexigibilidade da exação a partir da Constituição Federal de 1988. Pela via especial, insurge-se a autarquia alegando que a contribuição destinada ao Incra é plenamente exigível e não foi suprimida pela Carta de 1988, constatando-se, por conseguinte, violação do art. 6º, § 4º, da Lei n. 2.613/1955. Contra-razões defendendo a manutenção do aresto vergastado.

2. Na trilha da manifestação do colendo Supremo Tribunal Federal, em 24 de março de 2004, a Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do EREsp n. 134.051/SP (DJ de 03.05.2004), decidiu, à unanimidade, que as empresas urbanas estão obrigadas ao recolhimento das contribuições destinadas ao Incra e ao Funrural, desde que exista legislação a respeito.

3. É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que até a vigência da Lei n. 8.212, de 24.07.1991, a contribuição social para o Incra era devida pelas empresas urbanas. Esta norma, ao instituir novo plano de custeio da seguridade social, tornou ineficaz toda a legislação anterior a respeito, especialmente a Lei n. 7.787/1989, que mantinha a sua cobrança. Essa conclusão decorre da interpretação do art. 18 da Lei n. 8.212/1991, que não relacionou o Incra como entidade beneficiada pelo custeio da seguridade social, diferentemente do que fez com outros órgãos.

4. Recurso especial parcialmente provido.

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 parcial 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), 17 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 11.01.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra interpõe recurso especial (fls. 226/234) com fulcro no artigo 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão (fls. 214/224) proferido pela Segunda Turma do TRF/4ª Região, assim ementado (fl. 224):

> "Tributário. Imposto destinado ao Incra. Não-recepção. Compensação. Impossibilidade.
>
> 1. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, como o presente, o prazo prescricional para postular a restituição é de 5 anos (art. 168 do CTN), começando a fluir somente após a homologação, expressa ou tácita, a ser realizada pelo Fisco em igual período. Logo, o contribuinte que recolheu a exação indevidamente ou a maior tem 10 anos para repetir o indébito. Sendo este o pleito do impetrante, inocorre prescrição. 2. A exação destinada ao Incra era imposto com destinação específica, vedada pela constituição pretérita e atual. Não encontrou guarida na CF/1969. Recriado pela Lei Complementar n. 11/1971, não foi recepcionado pela CF/1988. Recolhimentos a tal título são indevidos desde a vigência do sistema tributário da nova Carta Magna (art. 34, ADCT). 3. Não satisfazendo aos critérios do art. 66 da Lei n. 8.383/1991 — mesmas espécie e destinação constitucional — não pode ser deferida a compensação".

Tratam os autos de mandado de segurança impetrado por Equipamentos Mecânicos Damcar Ltda contra ato do Gerente Executivo do INSS em Caxias do Sul — RS buscando provimento jurisdicional para que, reconhecendo-se a inexigibilidade da contribuição social ao Incra sobre a folha de salários, pudesse promover a compensação dos valores recolhidos indevidamente com outras contribuições arrecadadas pelo INSS, apuradas no prazo decenal, sem sofrer autuação.

O juízo monocrático julgou improcedentes os pedidos.

Apelou a autora e o Tribunal **a quo** conferiu parcial provimento ao seu recurso para declarar a inexigibilidade da exação a partir da Constituição Federal de 1988.

Pela via especial, insurge-se a autarquia alegando que a contribuição destinada ao Incra é plenamente exigível e não foi suprimida pela Constituição Federal de 1988, conforme equivocadamente entendeu o Tribunal **a quo**, constatando-se, por conseguinte, violação do art. 6º, § 4º, da Lei n. 2.613, de 23.09.1955.

Contra-razões (fls. 242/264) defendendo a manutenção do aresto vergastado.

Interposto, concomitantemente, recurso extraordinário (fls. 236/240), tendo sido contra-arrazoado às fls. 265/287.

Juízo de admissibilidade positivo somente para o especial (fls. 289/290).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O recorrente, nas suas razões, defende que a contribuição destinada ao Incra é plenamente exigível e não foi suprimida pela Constituição Federal de 1988, como entendeu o Tribunal **a quo**.

Em 24 de março de 2004, a Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do EREsp n. 134.051/SP (DJ de 03.05.2004), decidiu, à unanimidade, que as empresas urbanas estão obrigadas ao recolhimento das contribuições destinadas ao Incra e ao Funrural.

O voto do eminente Relator Ministro Teori Albino Zavascki assim conduziu o julgamento:

> "Sobre o tema da possibilidade de se exigirem das empresas dedicadas exclusivamente à atividade urbana as contribuições para o Funrural e para o Incra, firmou o Supremo Tribunal Federal orientação em sentido afirmativo, em precedentes cujas ementas abaixo se transcrevem:
>
> > 'Recurso extraordinário. Agravo regimental. 2. Contribuição social para o Funrural. Empresa urbana. Possibilidade. Art. 195 da Constituição Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento' (RE n. 211.442 AgR/SP, Segunda Turma, Ministro Gilmar Mendes, DJ em 04.10.2002);
> >
> > 'Recurso extraordinário. Contribuição social para o Funrural. Cobrança de empresa urbana. Possibilidade. Inexistência de violação ao art. 195, I, da Constituição. Precedentes desta Corte. Agravo regimental desprovido' (RE n. 238.171 AgR/SP, Primeira Turma, Ministra Ellen Gracie, DJ em 26.04.2002); e
> >
> > 'Constitucional. Recurso extraordinário. Questão constitucional não decidida. Ofensa indireta à Constituição. I - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, a causa foi decidida com base em normas infraconstitucionais. II - Não existe óbice a que seja cobrada, de empresa urbana, a contribuição social destinada ao Funrural. Precedentes do STF: RE n. 263.208/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 10.08.2000 e RE n. 255.360 (AgRg)/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 06.10.2000. III - Agravo não provido' (RE n. 238.206 AgR/SP, Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ em 08.03.2002).

No mesmo sentido é a orientação expressa em julgados desta Corte: REsp n. 485.870/DF, Segunda Turma, Ministro Franciulli Netto, DJ de 26.05.2003 e AgRg no Ag n. 490.249/SP, Segunda Turma, Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 06.10.2003.

2. Diante do exposto, nego provimento aos embargos de divergência. É o voto".

O Supremo Tribunal Federal, interpretando e aplicando ao caso o art. 195, I, da Constituição Federal, decidiu, expressamente, que a contribuição social para o Funrural pode ser cobrada de empresa urbana.

O Tribunal **a quo** entendeu que os valores relativos à contribuição questionada deveriam ser restituídos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, por não mais exigíveis.

Observada a questão nos limites expostos, cessa, com o posicionamento da Suprema Corte sobre a matéria, interpretando o art. 195, I, da CF, a divergência que residia sobre o tema.

Sublinhe-se que este Tribunal, por inúmeras decisões, já havia manifestado igual entendimento. Confiram-se:

a) REsp n. 165.487/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 22.03.1999, p. 168;

b) REsp n. 116.376/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 03.05.1999, p. 131;

c) AgRg no Ag n. 201.741/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 24.05.1999, p. 112;

d) REsp n. 119.130/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 14.06.1999, p. 106;

e) REsp n. 165.075/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 02.08.1999, p. 144;

f) REsp n. 205.751/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 30.08.1999, p. 62;

g) REsp n. 82.403/DF, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 27.09.1999, p. 69;

h) REsp n. 120.496/RS, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 11.10.1999, p. 58;

i) AgRg no Ag n. 227.713/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 28.02.2000, p. 60;

j) REsp n. 234.016/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 20.03.2000, p. 47;

k) AgRg no REsp n. 244.228/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22.05.2000, p. 84.

Assim, conforme o delineado, e com vistas na orientação do colendo STF, conclui-se que, existindo lei específica, não há qualquer obstáculo, em nosso ordenamento jurídico, de se exigir das empresas urbanas a contribuição para o Incra.

Segundo demonstrado nos fundamentos desenvolvidos, a jurisprudência está assentada no sentido de que até a vigência da Lei n. 8.212, de 24.07.1991, a contribuição social para o Incra era devida pelas empresas urbanas.

Resta examinar se a Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, além das obrigações sociais exigidas, contém o percentual de 0,2% destinado ao Incra.

Determinam os arts. 10 e 11 da Lei n. 8.212, de 24.07.1991, que o financiamento da seguridade social far-se-á do modo seguinte:

"Art. 10. A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195 da Constituição Federal e desta lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais".

"Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I - receitas da União;

II - receitas das contribuições sociais;

III - receitas de outras fontes.

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;

b) as dos empregadores domésticos;

c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário de contribuição;

d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro;

e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos".

A contribuição da empresa dar-se-á na forma determinada pelos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.212/1991, com as alterações que nela foram introduzidas por legislação posterior. Os mencionados preceitos dispõem:

"Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (*)Nota: A Lei n. 9.317, de 5.12.1996, dispôs sobre o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte — Simples.

I - 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, empresários, trabalhadores avulsos e autônomos que lhe prestem serviços;

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.1999)(*)Nota: A contribuição da empresa em relação às remunerações e retribuições pagas ou creditadas pelos serviços de segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas, sem vínculo empregatício, está disciplinada pela Lei Complementar n. 84, de 18.01.1996.

II - para o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho, dos seguintes percentuais, incidentes sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei n. 9.732, de 11.12.1998)

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; inciso incluído pela Lei n. 9.876, de 26.11.1999)

IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho." (Inciso incluído pela Lei n. 9.876, de 26.11.1999)

§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo. (Redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.1999)(*Vide Medida Provisória n. 2.158-35, de 24.08.2001*)

§ 2º Não integram a remuneração as parcelas de que trata o § 9º do art. 28.

§ 3º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas para efeito da contribuição a que se refere o inciso II deste artigo, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes.

§ 4º O Poder Executivo estabelecerá, na forma da lei, ouvido o Conselho Nacional da Seguridade Social, mecanismos de estímulo às empresas que se utilizem de empregados portadores de deficiências física, sensorial e/ou mental com desvio do padrão médio.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica à pessoa física de que trata a alínea **a** do inciso V do art. 12 desta Lei. (Parágrafo incluído pela Lei n. 8.540, de 22.12.1992, Lei n. 10.256, de 09.07.2001)

§ 6º A contribuição empresarial da associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional destinada à Seguridade Social, em substituição à prevista nos incisos I e II deste artigo, corresponde a cinco por cento da receita bruta, decorrente dos espetáculos desportivos de que participem em todo território nacional em qualquer modalidade desportiva, inclusive jogos internacionais, e de qualquer forma de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e de transmissão de espetáculos desportivos. (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997)

§ 7º Caberá à entidade promotora do espetáculo a responsabilidade de efetuar o desconto de cinco por cento da receita bruta decorrente dos espetáculos desportivos e o respectivo recolhimento ao Instituto Nacional do Seguro Social, no prazo de até dois dias úteis após a realização do evento. (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997)

§ 8º Caberá à associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional informar à entidade promotora do espetáculo desportivo todas as receitas auferidas no evento, discriminando-as detalhadamente. (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997)

§ 9º No caso de a associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional receber recursos de empresa ou entidade, a título de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e transmissão de espetáculos, esta última ficará com a responsabilidade de reter e recolher o percentual de cinco por cento da receita bruta decorrente do evento, inadmitida qualquer dedução, no prazo estabelecido na alínea **b**, inciso I, do art. 30 desta lei. (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997)

§ 10. Não se aplica o disposto nos §§ 6º ao 9º às demais associações desportivas, que devem contribuir na forma dos incisos I e II deste artigo e do art. 23 desta lei.(Parágrafo incluído pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997)

§ 11. O disposto nos §§ 6º a 9º aplica-se à associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional e que se organize na forma da Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998. (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.711, de 20.11.1998)

§ 12. (Vetado) (Parágrafo incluído pela Lei n. 10.170, de 29.12.2000)

§ 13. Não se considera como remuneração direta ou indireta, para os efeitos desta lei, os valores despendidos pelas entidades religiosas e instituições de ensino vocacional com ministro de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa em face do seu mister religioso ou para sua subsistência desde que fornecidos em condições que independam da natureza e da quantidade do trabalho executado.

Art. 22A. A contribuição devida pela agroindústria, definida, para os efeitos desta lei, como sendo o produtor rural pessoa jurídica cuja atividade econômica seja a industrialização de produção própria ou de produção própria e adquirida de terceiros, incidente sobre o valor da receita bruta proveniente da comercialização da produção, em substituição às previstas nos incisos I e II do art. 22 desta lei, é de: (artigo incluído pela Lei n. 10.256, de 09.07.2001).

I - dois vírgula cinco por cento destinados à Seguridade Social; (Incluído pela Lei n. 10.256, de 09.07.2001)

II - zero vírgula um por cento para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedi-

dos em razão do grau de incidência de incapacidade para o trabalho decorrente dos riscos ambientais da atividade. (Incluído pela Lei n. 10.256, de 09.07.2001)

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às operações relativas à prestação de serviços a terceiros, cujas contribuições previdenciárias continuam sendo devidas na forma do art. 22 desta lei. (Incluído pela Lei n. 10.256, de 09.07.2001)

§ 3º Na hipótese do § 2º, a receita bruta correspondente aos serviços prestados a terceiros será excluída da base de cálculo da contribuição de que trata o **caput**. (Incluído pela Lei n. 10.256, de 09.07.2001)

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica às sociedades cooperativas e às agroindústrias de piscicultura, carcinicultura, suinocultura e avicultura. (Incluído pela Lei n. 10.256, de 09.07.2001)

§ 5º O disposto no inciso I do art. 3º da Lei n. 8.315, de 23 de dezembro de 1991, não se aplica ao empregador de que trata este artigo, que contribuirá com o adicional de zero vírgula vinte e cinco por cento da receita bruta proveniente da comercialização da produção, destinado ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar). (Incluído pela Lei n. 10.256, de 09.07.2001)

§ 6º Não se aplica o regime substitutivo de que trata este artigo à pessoa jurídica que, relativamente à atividade rural, se dedique apenas ao florestamento e reflorestamento como fonte de matéria-prima para industrialização própria mediante a utilização de processo industrial que modifique a natureza química da madeira ou a transforme em pasta celulósica. (Incluído pela Lei n. 10.684, de 30.05.2003)

§ 7º Aplica-se o disposto no § 6º ainda que a pessoa jurídica comercialize resíduos vegetais ou sobras ou partes da produção, desde que a receita bruta decorrente dessa comercialização represente menos de um por cento de sua receita bruta proveniente da comercialização da produção. (Incluído pela Lei n. 10.684, de 30.05.2003)

Art. 22B. As contribuições de que tratam os incisos I e II do art. 22 desta lei são substituídas, em relação à remuneração paga, devida ou creditada ao trabalhador rural contratado pelo consórcio simplificado de produtores rurais de que trata o art. 25A, pela contribuição dos respectivos produtores rurais, calculada na forma do art. 25 desta lei". (Artigo incluído pela Lei n. 10.256, de 09.07.2001)

Art. 23. As contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social, além do disposto no art. 22, são calculadas mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

I - 2% (dois por cento) sobre sua receita bruta, estabelecida segundo o disposto no § 1º do art. 1º do Decreto-Lei n. 1.940, de 25 de maio de 1982, com a redação dada pelo art. 22 do Decreto-Lei n. 2.397, de 21 de dezembro de 1987, e alterações posteriores; (*)Nota: Esta alíquota, a partir de 1º de abril de 1992, por força da Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991, passou a incidir sobre o faturamento mensal.

II - 10% (dez por cento) sobre o lucro líquido do período-base, antes da provisão para o Imposto de Renda, ajustado na forma do art. 2º da Lei n. 8.034, de 12 de abril de 1990. (*)Nota: A Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, alterou a contribuição sobre o lucro líquido, passando a alíquota a ser de 8%.

§ 1º No caso das instituições citadas no § 1º do art. 22 desta lei, a alíquota da contribuição prevista no inciso II é de 15% (quinze por cento). (*)Nota: Alíquota elevada em mais 8% pela Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991, e posteriormente reduzida para 18% por força da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às pessoas de que trata o art. 25".

Não há, como demonstrado, a exigência do percentual de 0,2% destinado ao Incra na Lei n. 8.212/1991, a ser suportado pelas empresas. Em face desse panorama, entendo que, a partir de sua vigência, não existe a sobrecarga do percentual acima assinalado.

A doutrina diverge sobre o entendimento de que a contribuição para o Incra tem a natureza de contribuição indireta de intervenção no domínio econômico, cuja finalidade específica seria proporcionar à autarquia sua função interventiva para fins de reforma agrária.

Tendo essa contribuição sido recriada pela Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I, incidiu sobre as operações de aquisição de produtos rurais. Como visto, recaiu sobre negócio jurídico específico.

Estou convencido de que a mencionada contribuição não tem natureza de intervenção indireta no domínio econômico, mas, por suas características, visa arrecadar valores para custear a seguridade social.

Assim sendo, ela prevaleceu até a vigência da Lei n. 8.212/1991 que, ao instituir novo plano de custeio da seguridade social, tornou ineficaz toda a legislação

anterior a respeito, especialmente a Lei n. 7.787/1989, que mantinha a cobrança dessa contribuição.

Essa conclusão decorre da interpretação que faço do art. 18 da Lei n. 8.212/1991, que não relacionou o Incra como entidade beneficiada pelo custeio da seguridade social, diferentemente do que fez com outros órgãos.

Isso posto, em face dos fundamentos acima desenvolvidos, *dou parcial provimento* ao recurso do Incra para o fim de reconhecer devida a contribuição discutida até a vigência da Lei n. 8.212, de 24.07.1991.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 688.681 — CE (2004/0133434-6)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Cristiano Neuenschwander Lins de Morais e outros
Recorrido: Edwaldo Correia

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Execução fiscal. Extinção sem julgamento de mérito por abandono de causa. Decretação de ofício. Possibilidade. Ausência de citação do embargado. Não-incidência da Súmula n. 240-STJ.

1. Tratam os autos de execução fiscal proposta pela União contra Edwaldo Correia fundada em dívida ativa resultante de resgate indevido de restituição de imposto de renda, acrescido de multa, juros de mora e correção monetária. O juízo de primeiro grau, em 11.05.1998, determinou a intimação da exeqüente para manifestar interesse no prosseguimento do feito ante a não-localização do executado. Intimada pessoalmente, a União não se manifestou, ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, III, do CPC. Em sede de apelação e remessa necessária, o TRF/5ª Região julgou ambas improvidas, mantendo a sentença por entender que: a) é possível a decretação, **ex officio**, de extinção do feito sem julgamento do mérito, por abandono, desde que haja prévia intimação da parte; b) a exeqüente foi intima-

da pelos Correios e pessoalmente para manifestar seu interesse, permanecendo, contudo, silente. Em sede de recurso especial, sustenta a Fazenda negativa de vigência do art. 267, III, § 1º do CPC. Aponta, como fundamento do seu recurso, a necessidade de requerimento do réu para a extinção do processo fundada em abandono da causa. Contra-razões não apresentadas.

2. Nos termos do inciso III do art. 267 do CPC, não é conferido ao juiz extinguir o processo de ofício, por abandono de causa, sendo imprescindível o requerimento do réu, pois não é admissível se estabelecer presunção de desinteresse do autor no prosseguimento do feito e seu deslinde. Tal posicionamento cristalizou-se com a edição da Súmula n. 240-STJ ("A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu").

3. No caso examinado, porém, não se cogita a invocação do referido Verbete Sumular n. 240-STJ pelo motivo de que se trata de ação na qual não ocorreu a citação por culpa exclusiva da parte autora, que deixou de providenciar as diligências necessárias para o fiel cumprimento do mandado.

4. Há de ser confirmada a extinção do feito, sem julgamento de mérito, nos termos exarados pelas instâncias ordinárias.

5. Recurso especial improvido.

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, negar 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), 17 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 11.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial (fls. 60/64) com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal de 1988, interposto

pela Fazenda Nacional em face de acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, assim ementado (fl. 58):

> "Processual Civil. Execução fiscal, extinção do processo pela inércia do exeqüente. Possibilidade. Inteligência do artigo 267, III, do CPC.
>
> — É possível ao Juiz decretar **ex officio** a extinção do processo sem julgamento do mérito, por abandono da causa, condicionada apenas tal extinção à prévia intimação da parte autora.
>
> — Na hipótese dos autos, a parte exeqüente, devidamente intimada para promover os atos e diligência que lhe competia, deixou fluir **in albis** o prazo de lei para tal mister.
>
> — Inteligência do artigo 267, III, do CPC.
>
> — Apelação e remessa tida por interposta improvidas. Sentença confirmada."

Tratam os autos de execução fiscal proposta pela União contra Edwaldo Correia fundada em dívida ativa resultante de resgate indevido de restituição de imposto de renda, acrescido de multa, juros de mora e correção monetária.

O juízo de primeiro grau, em 11.05.1998, determinou a intimação da exeqüente para manifestar interesse no prosseguimento do feito ante a não-localização do executado. Intimada pessoalmente, a União não se manifestou, ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, III, do CPC (fl. 16).

Em sede de apelação e remessa necessária, o Tribunal **a quo** julgou ambas improvidas, mantendo a sentença por entender que: a) é possível a decretação, **ex officio**, de extinção do feito sem julgamento do mérito, por abandono, desde que haja prévia intimação da parte; b) a exeqüente foi intimada pelos Correios (fl. 12) e pessoalmente (fl. 14) para manifestar seu interesse, permanecendo, contudo, silente.

Nesta via recursal, sustenta a Fazenda negativa de vigência do seguinte dispositivo:

— Do Código de Processo Civil:

> Art. 267. "Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:
>
> (...)
>
> (...)
>
> III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

§ 1º O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas".

Aponta, como fundamento do seu recurso, a necessidade de requerimento do réu para a extinção do processo fundada em abandono da causa.

Contra-razões não apresentadas (certidão de fl. 66).

Admitido o apelo extremo por força da decisão de fl. 67 da Presidência do TRF da 5ª Região.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do inconformismo pela alínea invocada.

As razões expostas pela recorrente, a Fazenda Nacional, não possuem força para alterar o julgamento proferido pela instância **a quo**.

Relatam os autos que, após o ajuizamento da execução fiscal, expediu-se mandado de citação que, porém, conforme certidão de fl. 09-verso do oficial de justiça, deixou de ser cumprido pelo motivo do endereço do réu estar incompleto.

Intimada a se manifestar a respeito, a Fazenda permaneceu silente.

A seguir, o juízo monocrático extinguiu a execução nestes termos (fl. 16):

"Trata-se de ação de execução fiscal, proposta pela União contra Edwaldo Correia.

Verifica-se que a exeqüente demonstra não mais ter interesse na prossecução do feito, pois esta fora intimada para proporcionar o prosseguimento, todavia deixou decorrer o prazo **in albis**.

Isto posto, extingo o presente processo, sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, inciso III, do Código de Processo Civil.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa na distribuição e arquive-se".

Defende a Fazenda que a extinção do processo, de ofício, por abandono de causa, e sem requerimento do réu, findou por contrariar o disposto no art. 267, III, e § 1º do CPC.

Inexiste a apontada infringência ao dispositivo legal, merecendo ser mantido o aresto vergastado pelos seus próprios fundamentos (fls. 53/55):

"Entendo não assistir razão à recorrente.

É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial a consagrar a possibilidade do Juiz da causa decretar, **ex officio**, a extinção do processo nos casos de abandono da causa pelo autor, condicionada, contudo, à prévia intimação da parte, na forma preconizada pelo § 1º do art. 267 do CPC. Tal posicionamento, alicerçado no sistema do impulso oficial do processo, visa evitar que o andamento do feito fique ao alvedrio da parte, o que em muito contribuiria para dificultar a atuação da justiça.

Na hipótese dos autos, tratou a ilustre julgadora estadual de extinguir a execução fiscal, alegando inércia da parte exeqüente (Fazenda Nacional) em providenciar as diligências necessárias ao prosseguimento do feito (fl. 16).

Dispõe o artigo 267, III, § 1º do Código Processual Civil, **in verbis**:

> Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:
>
> I - **omissis**;
>
> II - **omissis**;
>
> III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta (30) dias; § 1º O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em quarenta e oito (48) horas.

Vejamos o entendimento do processualista **Moacyr Amaral Santos**, a respeito do referido dispositivo processual:

> III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias". A sanção, aqui, resulta da inércia do autor por não promover, por mais de trinta dias, os atos e diligências que lhe competir. Assim, terá lugar a extinção do processo, e a promoção dos atos e diligências couber ao autor e este deixar de promovê-los. Tal inércia do autor equivale a abandono da causa por mais de trinta dias, o que constitui manifesto desinteresse pela solução do litígio.
>
> A declaração de extinção do processo poderá dar-se de ofício ou a requerimento do réu, ou do Ministério Público, se funcionar no feito. Mas antes da decretação, será dada ao autor oportunidade para suprir a falta, para o que será intimado pessoalmente, a fim de que a supra em quarenta e oito horas (Cód. cit., art. 267, § 1º). Suprida a falta nesse prazo, prosseguirá o processo; *deixando o autor de atender à intimação nesse prazo, será decretada a extinção do processo, que será arquivado*

(Cód. cit., art. 267, § 1º), condenado o autor nas despesas e honorários de advogado (Cód. cit., artigo 267, § 2º), estes fixados pelo juiz.

(Grifei).

Primeiras linhas de Direito Processual Civil, Editora Saraiva, 2º volume, 1ª edição, p. 103).

No caso **sub judice** a parte exeqüente, inobstante a sua regular intimação, quer através dos Correios (fl. 12), quer pessoalmente (fl. 14), para praticar os atos necessários ao andamento do feito, permaneceu silente.

Sobre a questão, cito julgados deste eminente Sodalício, pertinentes ao caso em apreço, **verbis**:

Processual Civil. Extinção do processo. Decurso de prazo **in albis**. Intimação pessoal. Condicionante do parágrafo 1º do inciso III do artigo 267, do CPC. WC.

Hipótese de extinção do feito sem apreciação do mérito.

I - Sendo a parte intimada pessoalmente para manifestar-se sobre o seu interesse no prosseguimento da execução, deixando o prazo de 48 horas transcorrer sem qualquer manifestação, deve o processo ser extinto sem apreciação do mérito.

II - Remessa oficial, como se interposta fosse, e apelo improvido.

(AC n. 202.541/PB, Primeira Turma, Relator o Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, publicado no DJ de 16.04.2001, p. 242).

Execução fiscal. Extinção do feito com base no art. 267, III, e parágrafo 1º, CPC. Intimação pessoal da Fazenda Nacional. Ocorrência. Mantença do **decisum**. Precedentes.

1. Procedeu de maneira escorreita a sentença que promoveu a intimação pessoal da Fazenda Nacional, com a devida observância ao disposto no art. 25 da Lei n. 6.830/1980.

2. O prazo da prescrição intercorrente, ou superveniente, inicia-se a partir do derradeiro ato processual e abrange apenas as situações relativas à não localização da parte executada ou dos bens desta.

3. A sentença que extinguiu ação executiva fiscal sem a análise do mérito não está sujeita aos efeitos do duplo grau de jurisdição obrigatório.

4. Precedentes deste Tribunal e do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

5. Mantença do **decisum**. Apelação improvida.

(Apelação Cível n. 199.464/CE, Segunda Turma, Relator o Desembargador Federal Nereu Santos, pub. no DJ de 21.05.2002, p. 844).

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça também corrobora o entendimento mencionado. Ei-la:

Processo Civil — Execução fiscal — Aplicação do art. 267, III, e § 1º do CPC.

1. A sanção processual do art. 267, III, e § 1º aplica-se subsidiariamente à Fazenda quando deixa de cumprir os atos de sua alçada. 2. Recurso improvido.

(REsp n. 56.800/MG/STJ, Segunda Turma, Relatora a Ministra Eliana Calmon, pub. no DJ de 27.11.2000, p. 150).

Em face do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta, para manter a sentença de primeiro grau estadual em todos os seus termos."

Não há que se cogitar, igualmente, na aplicação do Verbete Sumular n. 240, desta Corte ("A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu"), ao caso presente, pelo motivo de que se trata de ação na qual não ocorreu a citação por culpa exclusiva da parte autora, que deixou de providenciar as diligências necessárias para o fiel cumprimento do mandado (informação correta do endereço do réu).

Portanto, há de ser confirmada a extinção do feito, sem julgamento de mérito, nos termos exarados pelas instâncias ordinárias.

Confiram-se os precedentes a respeito:

"Processual Civil. Extinção do processo por abandono (art. 267, III, § 1º, CPC). Impossibilidade de extinção de ofício. Precedentes da Corte. Execução não embargada. Interesse do réu na solução do conflito. Inexistência. Possibilidade de extinção de ofício. Interesse predominantemente público do processo. Precedente da Turma. Recurso desacolhido.

I - Nos termos da orientação deste Tribunal, não se faculta ao juiz, na hipótese do inciso III do art. 267, CPC, extinguir o processo de ofício, sendo imprescindível o requerimento do réu dado ser inadmissível presumir-se desinteresse do réu no prosseguimento e solução da causa.

II - Diversa é a situação, no entanto, quando se trata de execução não-embargada.

III - O processo, em sua visão contemporânea, é instrumento de realização do direito material e de efetivação da tutela jurisdicional, sendo de feição

predominantemente pública, que não deve prestar obséquios aos caprichos de litigantes desidiosos ou de má-fé".

(REsp n. 297.201/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 02.09.2002)

"Processual Civil. Extinção do processo por abandono (art. 267, III, § 1º, CPC). Impossibilidade de extinção de ofício. Enunciado n. 240 da Súmula-STJ. Ausência de citação. Interesse do réu na solução do conflito. Inexistência. Possibilidade de extinção de ofício. Doutrina. Precedentes. Recurso desacolhido.

I - Não é dado ao juiz, na hipótese do inciso III do art. 267, CPC, extinguir o processo de ofício, sendo imprescindível o requerimento do réu, dado ser inadmissível presumir-se desinteresse do réu no prosseguimento e solução da causa.

II - Diversa é a situação, no entanto, quando se trata de ação na qual não tenha ocorrido a citação. Nesse caso, não há como presumir eventual interesse do réu na continuidade do processo.

III - Na linha de precedente da Turma, 'o processo, em sua visão contemporânea, é instrumento de realização do direito material e de efetivação da tutela jurisdicional, sendo de feição predominantemente pública, que não deve prestar obséquios aos caprichos de litigantes desidiosos ou de má-fé' (REsp n. 261.789/MG, DJ de 16.10.2000)".

(REsp n. 439.309/MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 14.04.2003)

Idem: REsp n. 245.422/MT, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 04.02.2002)

Assim posto, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 696.384 — MA (2004/0147000-9)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Oséas de Souza Martins Filho
Advogados: Elaine Maciel de Souza Martins e outro
Recorrido: Departamento Estadual de Trânsito — Detran — MA
Advogados: Thauser Bezerra Theodoro e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Licenciamento de veículo condicionado ao pagamento de multas provenientes de detectação de infrações registradas em barreiras eletrônicas firmadas por órgãos de trânsito estadual e municipal. Ausência de indicação precisa sobre dispositivos de Leis Federais. Conhecimento parcial. Violação do art. 535 do CPC não configurada. Anulação dos acórdãos de segundo grau que se repele.

1. Tratam os autos de agravo de instrumento interposto pelo Detran — MA contra decisão concessiva de liminar, em sede de mandado de segurança, que determinou a entrega de documento de licenciamento do veículo de propriedade do impetrante independentemente do pagamento das multas questionadas. acórdão do TJMA dando provimento ao agravo e cassando a liminar. Embargos de declaração opostos pelo agravado e rejeitados. Recurso especial do impetrante fundamentado na alínea **a** aduzindo infringência, de forma genérica, à Lei Federal e pedindo a anulação dos arestos de segundo grau (art. 535 do CPC). Alegou-se, dentre outras coisas, a ilegalidade da cobrança das multas e a igualdade entre um auto de infração considerado inválido pelo acórdão e outro reputado válido. Contra-razões sustentando a falta de prequestionamento e a perfeita legalidade da cobrança da multa e da representação processual.

2. O recurso especial, para ter sua apreciação viabilizada neste Tribunal, deve apontar, com clareza, as normas que tenham sido contrariadas ou cuja vigência tenha sido negada pelo aresto de segundo grau. Em assim não ocorrendo ou se dando de modo deficiente, a negativa de seu seguimento torna-se imperativa.

3. As alegações do recorrente, com fundamento na violação do art. 535 do CPC, não traduzem hipótese que conduza à anulação dos julgados proferidos em segundo grau. O acórdão embargado foi bastante claro ao consignar sobre as questões levantadas na via aclaratória, não padecendo por omissão, obscuridade ou contradição.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

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 una-

nimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, 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), 03 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 11.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial (fls. 105/120) interposto por Oséas de Souza Martins Filho, com fulcro no art. 105, III, alínea **a** da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TJMA, assim ementado (fl. 77):

> "Processual Civil e Administrativo. Agravo de instrumento. Ausência de autenticação das peças trasladadas. Pessoa jurídica de direito público. Dispensa. Dicção da Lei n. 10.522/2002. Licenciamento. Condicionamento ao pagamento de multas. Prova inequívoca da notificação. Possibilidade. Súmula n. 127 do STJ. Detran e Semtur. Competência para a aplicação de penalidade. Previsão dos arts. 22, I e VI, e 24, I e VII, da Lei n. 9.503/1997. Comprovação de infração mediante equipamento eletrônico. Possibilidade. Art. 280, § 2º, do CTB.
>
> I - Nos termos da Lei n. 10.522, de 19.07.2002, 'as pessoas jurídicas de direito público são dispensadas de autenticar as cópias reprográficas de quaisquer documentos que apresentem em juízo.'
>
> II - Nos termos do Verbete n. 127 da súmula do STJ, é possível condicionar o licenciamento de veículo ao pagamento de multas, quando devidamente notificado o infrator.
>
> III - A competência do Detran e da Semtur para aplicação de penalidade decorre do próprio Código de Trânsito Brasileiro, fruto do legislador federal. É o que se depreende das normas dos arts. 22, I e VI, e 24, I e VII, da Lei n. 9.503/1997.
>
> IV - A utilização de equipamento eletrônico para comprovação de infração é prevista no art. 280, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro.
>
> V - Agravo provido."

Opostos embargos de declaração pelo agravado (fls. 87/92), restaram os mesmos assim espelhados (fl. 99):

"Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência das obscuridades e contradições apontadas. Rediscussão do julgado. Rejeição.

I - Inexistentes as obscuridades e contradições apontadas, deve-se rejeitar os declaratórios.

II - Os embargos de declaração não se prestam a rediscutir questões já decididas.

III - Declaratórios rejeitados."

Tratam os autos de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Departamento Estadual de Trânsito do Maranhão — Detran — MA contra decisão (fl. 26) do juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís — MA, que concedeu a liminar pedida por Oséas de Souza Martins Filho, nos autos do Mandado de Segurança n. 10.553/2003, ordenando a liberação de documento de licenciamento de veículo de propriedade do agravado, independente do pagamento das multas.

A exordial requereu (fls. 2/24): a) em caráter de urgência, a concessão de efeito suspensivo ao agravo, sustando os efeitos da decisão interlocutória que determinou a entrega do documento de licenciamento do veículo; b) a cassação da referida decisão.

O Tribunal **a quo**, por unanimidade, deu provimento ao agravo por entender que (fls. 77/83): a) nos termos do art. 24 da Lei n. 10.522, de 19.07.2002, as pessoas jurídicas de direito público são dispensadas de autenticar as cópias reprográficas de quaisquer documentos que apresentem em juízo; b) segundo o Verbete n. 127 da súmula do STJ, é possível condicionar o licenciamento de veículo ao pagamento de multas, quando devidamente notificado o infrator, estando a notificação comprovada à fl. 31; c) a competência do Detran e da Semtur para aplicação de penalidade decorre do próprio Código de Trânsito Brasileiro, fruto do legislador federal (arts. 22, I e VI, e 24, I e VII, da Lei n. 9.503/1997); d) a utilização de equipamento eletrônico para comprovação de infração é prevista no art. 280, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro; e) quanto à aplicação do art. 4º da Resolução Contran n. 131, de 02.04.2002, c.c. o inciso V, do art. 280 do CTB, apenas o auto de infração de fl. 33 carece do requisito exigido pelas referidas normas; f) não está presente o **fumus boni iuris** exigido pelo art. 7º, II, da Lei n. 1.533/1951, devendo ser cassada a liminar deferida.

Opostos embargos de declaração pela autora (fls. 87/92), os mesmos foram rejeitados por unanimidade (fl. 99).

No recurso especial apresentado pelo particular aponta-se negativa de vigência do art. 535 do CPC ("Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na

sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal").

Almeja o recorrente a anulação dos acórdãos de fls. 77/83 e 99/102. Aponta como fundamentos para o seu recurso: a) órgãos de trânsito estaduais, e muito menos os congêneres municipais, têm competência legal para instalar barreiras eletrônicas; b) todo e qualquer comando para ordenar ato ou abster-se de praticá-lo deve nascer da lei, na forma da Resolução Contran n. 131, de 02.04.2002, que tem força de lei; c) não restou comprovada a existência de poderes do representante do Detran — MA para outorgar procuração, nem a condição de advogado público de quem assinou a peça vestibular; d) o Detran — MA trouxe com o seu agravo peças novas (fls. 34/37), que não estão nos autos do mandado de segurança; e) a Lei n. 10.522/2002 não revogou o CPC quanto à necessidade de autenticação de peças trasladadas; f) a atitude de condicionar a entrega do documento do veículo ao pagamento das multas, impondo condições ao contribuinte para pagar o IPVA é matéria de trânsito, de competência da União; g) em nenhum dos arts. 22, 24 e 280 da Lei n. 9.503/1997 encontra-se presente a competência para que os órgãos de trânsito estaduais, do DF e municipais instalem barreiras eletrônicas; h) o documento de fl. 33, que o TJMA entendeu não cumprir as exigências da Resolução Contran n. 131/2002, é exatamente igual ao de fl. 32, que foi considerado válido, não sendo sanado o problema sequer por meio de embargos de declaração.

Contra-razões (fls. 124/140) do Detran — MA, sustentando que: a) não houve prequestionamento da matéria nem apontamento claro de qual dispositivo de Lei Federal foi violado; b) os arts. 128 e 131 do Código de Trânsito Brasileiro — Lei n. 9.503/1997 — proíbem a concessão de renovação de licença havendo débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais vinculados ao veículo; c) o infrator foi devidamente notificado das infrações (fl. 31); d) para a análise da suposta irregularidade das notificações expedidas pelo órgão de trânsito municipal (Semtur) seria necessário o reexame de provas, vedado pela Súmula n. 7-STJ; e) os arts. 21, 22 e 24 do Código de Trânsito Brasileiro — CTB — autorizam os Estados e Municípios a arrecadarem as multas que aplicarem, na forma ali discriminada; f) a fiscalização eletrônica encontra amparo no art. 280 do CTB e na Resolução Contran n. 141/2002; g) o anexo IV da Resolução n. 66/1998 definiu minuciosamente as infrações da competência dos órgãos executivos estaduais e municipais; h) a teor do art. 9º da Lei n. 9.469/1997, a representação judicial das autarquias independe da apresentação de mandato.

Decisão da Presidência do TJMA (fls. 149/150) admitindo o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do presente recurso, tão-somente, pela apontada violação do art. 535 do CPC. As demais alegações desenvolvidas pelo recorrente são genéricas e desprovidas de indicação precisa sobre qual dispositivo de Lei Federal foi violado pelo aresto recorrido.

O recurso especial, para ter sua apreciação viabilizada neste Tribunal, deve apontar, com clareza, as normas que tenham sido contrariadas ou cuja vigência tenha sido negada pelo aresto de segundo grau. Em assim não ocorrendo ou se dando de modo deficiente, a negativa de seu seguimento torna-se imperativa.

Assim, conheço parcialmente do presente recurso.

O cerne da presente ação mandamental resume-se no reconhecimento da impossibilidade de se condicionar a liberação do documento licenciatório de veículo ao pagamento de multas provenientes de excesso de velocidade registradas em barreiras eletrônicas firmadas por órgãos de trânsito estadual e municipal, e na invalidade dos atos administrativos de autuação (notificações).

A liminar foi deferida e agravada, hipótese em que o Tribunal **a quo** conferiu provimento ao agravo de instrumento, cassando a liminar.

Nesta via recursal, estende-se o recorrente sobre diversas alegações e fatos envolvidos na causa, sem apontar especificamente quais preceitos de leis federais foram contrariados. Do exame de sua peça, verifica-se, apenas, a indicação de infringência ao art. 535 do CPC.

O recorrente conclui as razões que desenvolveu no seu recurso especial da seguinte forma (fl. 119):

> "Destarte, se o Tribunal local não declarar o acórdão, nos casos da natureza em que tal declaração tem lugar, será caso de recurso especial, por negativa de vigência do art. 535 do Código de Ritos, cf. RT 538/247; RJT 91/752; RSTJ 83/57, 92/121, 103/137, 110/148, 110/187; BOL. AASP, 1.1913/269, concomitantemente com negativa do próprio texto sobre o qual se omitiu, cf. RT 531/273; RTJ, 110/200.
>
> Isto posto, identificado o inteiro descompasso do Julgado com as normas infraconstitucionais e com o seu próprio texto literal, como apontado retro na presente e destacando-se que tal descompasso representa o vício principal do aresto atacado, que não pode prevalecer frente à boa ordem processual, por desvirtuar perigosamente o ordenamento jurídico nacional, pede-se o conhecimento e o provimento do recurso para anular o v. acórdão TJMA n. 46.487/2003, e conseqüentemente o outro acórdão TJMA n. 49.115/2004 proferido

nos Embargos de Declaração n. 03.1445/2003 e que em conseqüência, sejam anuladas e sustadas todas as conseqüências e efeitos dos julgados, como prevê o dispositivo do art. 512 do Código de Ritos, até porque ainda o Recorrente não pode obter o CRLV do seu veículo e encontra-se destarte impedido de utilizá-lo, razão pela qual pede r. preferência na apreciação do presente recurso especial".

O objeto do presente apelo raro cinge-se, portanto, na tentativa de se anular os julgados de segundo grau.

Defende que a Corte local negou a prestação jurisdicional, sem fundamentação, ao rejeitar os embargos declaratórios, deixando de suprir as omissões e contradições apontadas.

Naquela via aclaratória, alegou que o acórdão embargado estaria eivado de dubiedade, obscuridade e contradição diante do disposto no art. 280 do CTB, além de existir contradição e obscuridade em relação ao preceituado pelos arts. 22, I e IV, e 24, I e VII, do mesmo Código.

Não procede, porém, tal pretensão.

Como bem exposto no julgamento dos embargos de declaração, vislumbra-se não existirem os vícios apontados. O aresto analisou com clareza o teor dos arts. 22, I e IV, e 24, I e VII, do CTB, explicitando sobre a competência do Detran e da Semtur para instalar e cobrar multas provenientes de detectação de infração por aparelhos eletrônicos, não havendo margem para obscuridades ou contradições.

Igualmente, examinou o art. 280 do CTB, que autoriza a utilização de fiscalização eletrônica, não havendo contradição no julgado.

Conclui-se que, na verdade, as razões defendidas em sede de embargos de declaração adentraram no mérito discutido, evidenciando claramente a pretensão de se obter rejulgamento do agravo de instrumento em segundo grau, o que não se coaduna com o propósito de tal via.

Assim, em face do panorama processual descrito, não se identificando os vícios apontados, não há que se falar em anulação dos arestos de segundo grau, pelo que deve ser repelida a violação do art. 535 do CPC.

Conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É como voto.

Jurisprudência da Segunda Turma

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR N. 8.008 — PA (2004/0036085-6)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Agravantes: Agrícola e Florestal Montecristo Ltda, Companhia de Desenvolvimento Energético do Norte — Cidenorte, Serve Administração Participação e Comércio Ltda, Codepi — Comércio Colonização e Desenvolvimento do Piriá Ltda, Granja 4 irmãos S/A, Agropecuária Indústria e Comércio, Companhia de Desenvolvimento Agropecuário Industrial e Mineral do Estado do Pará — Propará, S/A de Desenvolvimento da Amazônia — Sadeama e S/A Agropastoril Grupiá

Advogados: Kelen Coutinho Guimaraes e outros

Agravado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra

EMENTA

Medida cautelar. Processual Civil. Recurso especial retido. Art. 542, § 3º, do CPC. Ação de desapropriação. Decisão interlocutória que indeferiu o levantamento prévio de 60% da quantia depositada inicialmente pela parte expropriante. Ausência de **fumus boni juris** e **periculum in mora** a ensejar o imediato processamento do apelo excepcional.

— O levantamento prévio de 80% (oitenta por cento) da quantia inicialmente depositada pela parte expropriante é direito do expropriado, previsto em lei. Contudo, necessário se faz que não haja dúvidas quanto à posse legítima da área em litígio.

— Hipótese em que a tese das agravantes enseja o amplo exame de aspectos fático-probatórios com vista a dirimir tais dúvidas, em momento processual adequado.

— Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon e Castro Meira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

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

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de agravo regimental interposto por Agrícola e Florestal Montecristo Ltda e outros à decisão que indeferiu a presente medida cautelar, nos seguintes termos:

> "A cópia do substabelecimento outorgado à ilustre subscritora da medida cautelar veio às fl. 84, em meio a outras peças xerocopiadas, quando deveria vir junto à procuração outorgada ao advogado substabelecente. Demais disso, não consta da petição pedido de juntada posterior do instrumento de mandato, como afirmado.
>
> De qualquer sorte, tenho como bastante a cópia do substabelecimento de fl. 84, não obstante mal produzido entre cópias de outras peças processuais.
>
> Pretende-se, porém, o deferimento de concessão liminar de cautela para o efeito de destrancar recurso especial retido nos autos, por força do disposto no art. 542, § 1º, do CPC.
>
> Penso que a regra é imperativa, pois a sua dicção não deixa dúvidas: o recurso especial contra decisão interlocutória 'ficará retido nos autos'.
>
> De outra parte, não haverá prejuízo para a parte, pois o depósito da quantia oferecida permanecerá vencendo juros e correção monetária.
>
> Indefiro, por tais razões, a medida cautelar.
>
> P. I."

Alegam as agravantes, em síntese, que a regra contida no art. 542, § 3º, do CPC, admite temperamentos quando a decisão recorrida, embora interlocutória, pode gerar seqüelas permanentes e irreversíveis e os recursos excepcionais interpostos, conseqüentemente, perdem a sua eficácia.

Sustentam que o levantamento prévio de 60% da quantia depositada inicialmente pela parte expropriante é direito assegurado por lei e reconhecido pelos próprios tribunais pátrios.

Defendem que seu pleito reveste-se de natureza de tutela antecipada, merecendo o imediato processamento do recurso especial.

Colacionam diversos precedentes desta Corte com o objetivo de reforçar sua tese.

Afirmam que estão presentes os requisitos ensejadores da concessão liminar, sendo o **fumus boni juris** representado por seu suposto direito ao levantamento prévio do depósito inicial ofertado, acrescido de correção monetária e juros vencidos. Já o **periculum in mora** residiria no dano irreparável e na ineficácia da ulterior decisão da causa, no caso de indeferimento da liminar pleiteada.

Requerem, ao final, a reconsideração da decisão agravada, para determinar, liminarmente, o destrancamento do recurso especial ou o julgamento do presente agravo regimental pela egrégia Segunda Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Não obstante os argumentos trazidos pelas agravantes em seu agravo regimental, sua pretensão não merece acolhida.

É fato que o levantamento prévio de 80% (oitenta por cento) da quantia inicialmente depositada pela parte expropriante é direito do expropriado, previsto em lei. Contudo, necessário se faz que não haja qualquer dúvida quanto à posse legítima da área em discussão.

No caso dos autos, a decisão de fl. 85 indeferiu a pretensão das agravantes em vista do conflito de titularidade de terras, instaurado nos próprios autos. Tal decisão foi mantida pelo Tribunal **a quo**, tendo ensejado o recurso especial que restou retido.

É sabido por todos que num País de dimensões continentais como o Brasil, os litígios envolvendo a posse de terras arrastam-se por anos, entre outros motivos pela dificuldade em se determinar a titularidade das terras.

Em se tratando dos Estados da Região Norte, e em particular do Estado do Pará, mais difícil e maior cautela tem sido exigida do Poder Judiciário, conforme inúmeros julgados desta Corte.

Some-se a isso os recentes conflitos noticiados pela imprensa — tanto do Brasil quanto do exterior —, sobre os conflitos agrários naquela região, resultando, em sua maioria, em verdadeira disputa armada por aquelas terras, quase sempre com sacrifício de vidas humanas, independente de sua condição social — lavradores, fazendeiros, madeireiros etc.

As agravantes alegam que estão sendo prejudicadas e sofrendo danos irreparáveis com a retenção de seu recurso especial e o conseqüente indeferimento do levantamento de pelo menos 60% da quantia depositada pela expropriante.

Esquecem-se, no entanto, que, conforme afirmado pelo juízo de primeira instância e reafirmado pelo Tribunal **a quo**, há conflito de titularidade das terras que alegam ser possuidoras, além da possível existência de terras públicas estaduais e terras indígenas dentro da área em questão, o que torna prejudicial a determinação do levantamento de qualquer valor por parte dos expropriados, quer sejam eles as agravantes, o Estado do Pará, ou até mesmo a Funai.

Entendo que não só o destrancamento do recurso especial como também sua análise encontram-se prejudicadas enquanto perdurarem tais dúvidas, que devem ser dirimidas no momento processual adequado.

Registre-se, por último, que essa Corte tem admitido medida cautelar para determinar o imediato processamento do recurso especial, porém, no presente caso tal medida seria totalmente inócua, pois tal recurso certamente estaria fadado ao insucesso, especialmente por se tratar de levantamento de depósito prévio em ação de desapropriação, onde há controvérsias a serem dirimidas sobre a titularidade das áreas a serem expropriadas.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 498.512 — RS (2003/0000210-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Agravante: Município de Porto Alegre
Advogados: Gamaliel Valdovino Borges e outros
Agravada: A. M. R. Frizzo Empreendimentos Imobiliários Ltda
Advogados: Ovídio Barcellos Frizzo e outros

EMENTA

Tributário. IPTU e ITR. Incidência. Insuficiência do critério da localização do imóvel. Necessidade de se observar, também, a destinação do imóvel.

— O critério da localização do imóvel é insuficiente para que se decida sobre a incidência do IPTU ou ITR, sendo necessário observar-se o

critério da destinação econômica, conforme já decidiu a egrégia Segunda Turma, com base em posicionamento do STF sobre a vigência do DL n. 57/1966.

— Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Franciulli Netto e Castro Meira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Ausente, ocasionalmente, a Srª. Ministra Eliana Calmon. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 22 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Município de Porto Alegre à decisão negativa de seguimento a agravo de instrumento manejado para destrancar a subida do recurso especial inadmitido na origem, nos seguintes termos:

> "Trata-se de agravo de instrumento interposto à decisão negativa de seguimento a recurso especial manifestado com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:
>
> > "Imposto Territorial Urbano — ITR e Imposto Predial e Territorial Urbano — IPTU. Área destinada à atividade agrícola. Incidência do ITR. Prevalência do critério da destinação econômica sobre o espacial.
> >
> > Ainda que se trate de área definida pela municipalidade como urbana, por aplicação do art. 15 do Decreto-Lei n. 57/1966, com **status** de lei complementar, sendo imóvel destinado à atividade agrícola, sujeita-se ao Imposto Territorial Rural — ITR e não IPTU. Define-se a incidência do imposto, **in casu**, pela destinação econômica da área tributável. Precedentes do STF e desta Corte.
> >
> > (...)'

Sustenta o agravante que em assim decidindo, o v. acórdão afrontou os arts. 32 do CTN e 1º da Lei n. 8.847/1994.

Tenho que o recurso especial não merece trânsito. É que a egrégia Segunda Turma, em votação unânime, firmou entendimento sobre o tema em questão no mesmo sentido do acórdão recorrido.

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

'Tributário. IPTU e ITR. Incidência. Imóvel urbano. Imóvel rural. Critérios a serem observados. Localização e destinação. Decreto-Lei n. 57/1966. Vigência.

1. Não se conhece do recurso especial quanto a questão federal não prequestionada no acórdão recorrido (Súmulas ns. 282 e 356-STF).

2. Ao disciplinar o fato gerador do imposto sobre a propriedade imóvel e definir competências, optou o legislador federal, num primeiro momento, pelo estabelecimento de critério topográfico, de sorte que, localizado o imóvel na área urbana do Município, incidiria o IPTU, imposto de competência municipal; estando fora dela, seria o caso do ITR, de competência da União.

3. O Decreto-Lei n. 57/1966, recebido pela Constituição de 1967 como lei complementar, por versar normas gerais de direito tributário, particularmente sobre o ITR, abrandou o princípio da localização do imóvel, consolidando a prevalência do critério da destinação econômica. O referido diploma legal permanece em vigor, sobretudo porque, alçado à condição de lei complementar, não poderia ser atingido pela revogação prescrita na forma do art. 12 da Lei n. 5.868/1972.

4. O ITR não incide somente sobre os imóveis localizados na zona rural do Município, mas também sobre aqueles que, situados na área urbana, são comprovadamente utilizados em exploração extrativa, vegetal, pecuária ou agroindustrial.

5. Recurso especial a que se nega provimento.'

(REsp n. 472.628/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17.08.2004, DJ de 27.09.2004 p. 310)

Inviável o recurso especial, nego provimento ao agravo de instrumento (art. 34, inciso XVIII/RISTJ)."

Alega o agravante, em síntese, que se é certo que existe precedente da Segunda Turma em conformidade com o acórdão recorrido, não menos é correto afirmar

que trata-se de precedente único e que, não obstante os judiciosos argumentos, não se prestam ao afastamento da aplicação literal dos dispositivos invocados pelo agravante.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada para que seja conhecido e provido o agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): A decisão agravada não merece reparos. Mantenho-a pelos seus próprios fundamentos.

Neguei seguimento ao agravo de instrumento em vista da inviabilidade do recurso especial, dado o posicionamento da egrégia Segunda Turma no mesmo sentido do v. acórdão recorrido.

Não obstante tratar-se de precedente único, reafirmo minha posição sobre o mérito da matéria em questão, seja pelo brilhantismo do voto condutor do julgado em questão — REsp n. 472.628, da lavra do ilustre Ministro João Otávio de Noronha, seja por concordar com a posição firmada pelo STF no julgamento do RE n. 140.773, sobre a vigência do DL n. 57/1966.

Nego provimento ao agravo regimental.

RECURSO ESPECIAL N. 108.771 — PR (1996/0060132-1)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Comercial Curitibana de Veículos Ltda — CCV
Advogados: José Machado de Oliveira e outros
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Susana Farinha Machado Carrion e outros

EMENTA

Recurso especial. Imposto de renda de pessoa jurídica. Petição inicial. Inexistência de julgamento **extra petita**.

1. Tendo o impetrante delimitado, no seu pedido, a pretensão de que suas demonstrações financeiras — ano-base de 1989 — fossem cor-

rigidas de acordo com o índice que melhor refletisse a inflação, não caracteriza julgamento **extra petita** a concessão de pedido para determinar a aplicação do índice de 42,72%, apurado pela variação do IPC.

2. A Primeira Seção desta Corte, elidindo divergências, adotou o IPC como índice aplicável na atualização do BTNF Fiscal para a correção monetária das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas no período-base de 1989.

3. Recurso especial 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 maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Os Srs. Ministros Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Sustentou oralmente o Dr. Flávio Zanetti de Oliveira pela recorrente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuidam os autos de ação mandamental com pedido de liminar, interposta contra a União Federal, na qual CCV — Comércial Curitibana de Veículos Ltda pleiteia sejam suas demonstrações financeiras corrigidas monetariamente de acordo com a variação do IPC, argüindo que assim será expressa a real desvalorização do poder aquisitivo da moeda, de modo que não se vislumbre lucro fictício.

O douto Juiz deferiu o pleito e, em suas razões, concedeu a segurança, autorizando a impetrante a corrigir suas demonstrações financeiras utilizando-se do IPC, sendo vedado ao impetrado a prática de qualquer ato contrário.

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs apelação cível aduzindo sua incompatibilidade com as leis disciplinadoras que tratam de correções monetárias, inclusive pautando-se em entendimento sumulado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O recurso foi provido nos seguintes termos:

"Tributário. Imposto de renda. Correção monetária. Demonstrações financeiras. Lei n. 7.730/1989.

1. Mandado de segurança com pedido líquido e certo de que a OTN de janeiro de 1989 inclua o percentual de 70,28%.

2. Afastado o pressuposto inicial (o STJ entende aplicável o índice de 42,72%), nem se avança nos demais tópicos da lide. Ordem denegada" (fl. 215).

Opostos embargos declaratórios com a finalidade de apreciação do mérito, acordou-se o seguinte:

"Processo Civil. Embargos de declaração. Demonstrações financeiras. Correção monetária. Omissão inexistente.

1. Não há necessidade de analisar as demais razões do recurso, se o pedido, líquido e certo, foi rejeitado. O Juiz não está obrigado a responder a todas as questões formuladas pelas partes, mas apenas as necessárias ao deslinde da questão.

2. O Poder Judiciário não pode substituir o indexador legal, porque sua função é de legislador negativo" (fl. 223).

Interpõe, então, CCV — Comercial Curitibana de Veículos Ltda recurso especial com base nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, alegando vulneração do art. 282, incisos II e III, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 275/279.

O recurso especial foi admitido às fls. 281/282.

O recurso extraordinário foi admitido à fl. 283.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): No acórdão estadual, sustentou-se que a correção monetária para demonstrações financeiras no ano-base de 1989 deve ser efetivada pelo IPC, aplicando-se o índice de 42,72%, conforme entendimento adotado por este Tribunal. Todavia, afirmando que o pedido formulado pelo requerente na peça inaugural foi de que se aplicasse o percentual de 70,28%, e uma vez que era líquido e certo nesse sentido, não poderia o julgador "avançar nos demais tópicos da lide", para conceder outro. Denegou, assim, a segurança requerida.

Em face de tal fato, sustentou a recorrente, em seu recurso especial, vulneração do art. 282 do Código Civil, afirmando que seus requerimentos foram feitos com o objetivo de ver suas demonstrações financeiras corrigidas conforme o IPC, não tendo mencionado o índice adequado.

Entendo que assiste ràzão à recorrente e que o Tribunal **a quo** agiu com excessivo rigor formal.

Extrai-se da peça vestibular o seguinte:

> "... seja, a final, concedida a segurança, confirmando a liminar, reconhecendo o direito de proceder à correção monetária do balança utilizando o índice integral da inflação no exercício (janeiro/1989), como demonstrado acima, liberando em favor do Impetrante os depósitos corrigidos e tendo por correto e bom os recolhimentos efetuados."

É certo que a peça exordial é demasiada em informações para o fim colimado, e que, entre as informações apresentadas, consta a de que a inflação medida pelo IBGE para o período discutido era de 70,28%. Todavia, tratam de fundamentos mediatos do pedido, que de forma alguma prejudicam-no. E, mesmo que a parte tivesse requerido que fosse aplicado o índice específico de 70,28%, se fundado em que as demonstrações financeiras de que cogita deveriam ser corrigidas pelo IPC, haveria, como de fato há, elementos suficientes para estabelecer, com clareza, a relação jurídico-litigiosa, uma vez que estão delineadas a causa de pedir e o pedido.

Sendo perfeitamente identificável a narração dos fatos e sua conclusão, bem como a causa de pedir e o respectivo pedido, a segurança deve prevalecer e seu mérito deve ser resolvido.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

> "Recurso especial pelas alíneas **a** e **c** — Processo Civil — FGTS — Pedido do qual não constam os índices pleiteados — Índices e fundamentos do pedido mencionados apenas no corpo da petição inicial — Alegada afronta aos art. 282 e 285 do CPC — Ocorrência — Dissídio jurisprudencial não demonstrado — Divergência apontada em face de acórdão da própria corte de origem — ausência de cotejo analítico.
>
> Exurge dos autos que do item denominado 'do pedido' presente na petição inicial, de fato, não constam os índices de correção pleiteados, bem como seus respectivos períodos. Entretanto, à evidência, tanto os índices quanto os períodos mencionados constam do corpo da petição.

'O entendimento jurisprudencial é pacífico e uníssono em reconhecer ser devido o reajuste dos saldos das contas vinculadas do FGTS pelos expurgos inflacionários dos planos governamentais (...).

Apesar de existir certo teor de nebulosidade na petição inicial, é possível identificar, da narração dos fatos e da sua conclusão, as partes, a causa de pedir e o pedido. É mister a aplicação ao caso em tela do brocardo jurídico que preceitua **da mihi factum, dabo tibi jus** (dê-me os fatos, que lhe darei o direito)' (1T, REsp n. 470.106/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de (15.02.2003).

Embora mereça provimento o recurso pela alínea **a**, não prospera a irresignação apresentada pela alínea **c**, tendo em vista que a recorrente não realizou o indispensável cotejo analítico. Ademais, colacionou apenas acórdão paradigma da mesma Corte de origem, o que não se presta a demonstrar a divergência.

Recurso especial provido apenas pela alínea **a** para afastar a inépcia da petição inicial e determinar a remessa dos autos à Corte de origem para novo pronunciamento." (REsp n. 568.017/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 29.03.2004.)

In casu, apesar de o Tribunal de origem ter denegado a segurança ao entendimento de que estaria julgando **extra petita** se acaso concedesse-na, sustentou o fundamento de que a jurisprudência desta Corte é de que, no mês de janeiro de 1989, deve ser aplicado o índice de 42,72%. A respaldar esse entendimento, cito, por oportuno, o seguinte precedente:

"Agravo regimental — Recurso especial — Imposto de renda de pessoa jurídica — Demonstrações financeiras do ano-base de 1989 — Aplicação do IPC — Matéria pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Pacífico entendimento deste Sodalício de que as demonstrações financeiras relativas ao ano-base de 1989 devem ser corrigidas pelo IPC, aplicando-se os índices de 42,72% em janeiro/1989 e, por conseqüência, de 10,14%, em fevereiro/1989 (cf. REsp n. 495.947/DF, DJ de 22.09.2003, Relatora para acórdão Min. Eliana Calmon e AgRg no Ag n. 491.172/DF, DJ de 04.08.2003, Rel. Min. Luiz Fux).

Com ressalva do ponto de vista do Relator que entende correto o índice de 23,61%, relativo a fevereiro de 1989, para a hipótese de ser aplicado 42,72%, no que tange a janeiro do mesmo ano. Na mesma vereda, é o pensamento de **Romualdo Wilson Cançado** e **Orlei Claro de Lima**, que de-

fendem a mesma tese (cf. «Juros. Correção Monetária. Danos Financeiros Irreparáveis», 3ª ed., Ed. Del Rey, pp. 278 e ss.).

Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag n. 324.808/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 28.06.2004.)

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial* para permitir ao impetrante que sua demonstração financeira — ano-base 1989 — seja corrigida de acordo com o IPC, aplicando-se o índice de 42,72%.

Custas sob responsabilidade da Fazenda Pública.

É como voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, **data venia**, fico vencido.

RECURSO ESPECIAL N. 208.585 — SP (1999/0024286-6)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Derly Barreto e Silva Filho e outros
Recorrido: Município de Itaquaquecetuba
Advogados: Ana Paula Balboni Pinto e outros

EMENTA

Processual Civil. Prova pericial. Determinação de ofício. Possibilidade.

1. Ante a dicção do artigo 130 do CPC, conclui-se pela viabilidade da determinação de ofício de feitura de prova pericial.

2. Quanto à alegação da desnecessidade da prova pericial incide o óbice da Súmula n. 7-STJ, pois a instância ordinária assentou a imprescindibilidade da sua realização, não sendo viável a conclusão em sentido contrário sem o reexame das provas.

3. Recurso especial 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 18.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado:

> "Prova pericial — Realização por determinação judicial — Admissibilidade face ao disposto no art. 130 do CPC — Interposição de agravo — Recurso improvido.
>
> Salários periciais — Adiantamento do depósito — Admissibilidade — Art. 19, § 2º, do CPC — Agravo improvido também neste aspecto" (fl. 109).

A recorrente aponta maltrato ao artigo 130 do CPC, alegando que o juiz não poderia determinar de ofício a realização de perícia e que diante dos inúmeros documentos acostados aos autos por ela seria dispensável a determinação da realização de prova pericial.

O recorrido aduz a ausência de violação ao dispositivo supramencionado que justamente embasa o acórdão e que foi aplicado corretamente na hipótese dos autos.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Preenchidos os requisitos de admissibilidade conheço do recurso.

O dispositivo reputado por violado possui a seguinte redação:

> "Art. 130. Caberá ao Juiz, *de ofício* ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias" (sem grifo no original).

Da leitura dessa norma, conclui-se pela correção do acórdão ao ter mantido a decisão do juiz de primeira instância que determinou de ofício a realização de prova pericial, pois o magistrado está autorizado a agir dessa maneira pelo CPC.

Nesse sentido colaciono os seguintes precedentes:

"Perícia — Realização — Possibilidade.

Pode o Juiz de ofício ou a requerimento da parte determinar a realização de perícia quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

Recurso improvido" (REsp n. 132.065/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 16.02.1998);

"Civil e Processual. Sociedade comercial. Venda de quotas. Ação ordinária de cobrança. Exclusão de litisconsortes. Matéria de prova. Interpretação de cláusula contratual. Reexame. Impossibilidade. Súmulas ns. 5 e 7-STJ. Perícia. Prequestionamento. Ausência. Nulidade do acórdão não verificada. Pretensão infringente dos aclaratórios.

(...)

III - Falta de prequestionamento a impedir o julgamento do tema alusivo à prova pericial, matéria sequer discutida nos aclaratórios da parte, registrando-se, por outro lado, que no tocante ao art. 130 do CPC foi ele bem aplicado pelo Tribunal, por ser lícito ao juiz determinar, de ofício, prova necessária à instrução processual, a par de ter sido a mesma inclusive requerida expressamente pelos litigantes.

IV - Recurso especial não conhecido" (REsp n. 84.561/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 25.06.2001);

"Apelação. Âmbito. Produção de prova.

O Juiz do recurso pode, cassando a sentença, determinar de ofício a realização de perícia para examinar os documentos existentes nos autos afim de poder interpretá-los e decidir a questão sobre se está ou não provado o fato alegado pela parte. Inexistência de ofensa aos arts. 515 e 463 do CPC.

Recurso não conhecido" (REsp n. 120.803/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 27.10.1997).

O julgado hostilizado assentou:

"Sobreveio então a decisão recorrida, consignando o MM. Juiz que 'em face dos poucos elementos existentes nos autos e necessidade de outras diligências para melhor elucidação da matéria em discussão', se mostrava 'aconselhável a nomeação de um perito', que teria 'maior disponibilidade de buscar e apurar valores devidos e depósitos efetuados'" (fl. 110).

Dessa forma, relativamente à alegação da desnecessidade da prova pericial, anoto a incidência do óbice da Súmula n. 7-STJ, pois a instância ordinária assentou, diante da apreciação do quadro fático-probatório, a imprescindibilidade da sua realização, não sendo viável a conclusão em sentido contrário sem o reexame das provas, o que é vedado a esta Corte no âmbito do recurso especial.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 337.502 — RS (2001/0097088-6)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Artecola Indústrias Químicas Ltda
Advogados: Paulo Fernando Martins e outro
Recorrida: Companhia Estadual de Energia Elétrica — CEEE
Advogados: Sandro Marcelo Ferreira dos Santos e outros

EMENTA

Processual Civil. Execução de sentença. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Carência da ação executiva.

1. Não se conhece da alegada divergência jurisprudencial nas hipóteses em que o recorrente, desatento ao disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, deixa de apresentar certidão ou cópia integral do acórdão paradigma, ou, ainda, do repositório jurisprudencial oficial ou autorizado.

2. A execução fundada em título executivo judicial deve se subsumir, com exatidão, nos termos desse título.

3. Execução excessiva é, na verdade, execução sem título executivo, que, por ser matéria de ordem pública, atinente às condições da ação executiva, deve ser conhecida de ofício pelo julgador.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o reajuste das tarifas de energia elétrica durante o período de congelamento instituído pelo Plano Cruzado, nos termos dos Decretos-Leis ns. 2.283 e 2.284/1986, só produziu efeitos durante o período de vigência desses diplomas.

5. É entendimento consolidado que "a declaração de ilegalidade do reajuste das tarifas não contamina os aumentos futuros que incidam sobre aquele. Com efeito, liberados os preços, nenhum impedimento havia para que as tarifas fossem reajustadas na conformidade com os custos dos insumos, podendo, inclusive, daí por diante, incorporar os custos anteriores e, portanto, tornar eficaz o aumento decorrente das citadas portarias" (REsp n. 83.684/SP, Relator Ministro Pádua Ribeiro, DJ de 06.05.1996).

6. Recurso especial parcialmente conhecido e 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, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Tratam os autos de embargos do devedor opostos de execução de sentença iniciada por *Artecola Indústria Químicas Ltda* contra a *Companhia Estadual de Energia*.

Os embargos foram opostos sob o fundamento de que a conta apresentada pela exeqüente continha resultado excessivo, fato que implicou, conseqüentemente, excesso de execução. Foi realizada prova pericial e, em seguida, sentenciado o feito de forma a prover os embargos para reduzir o débito aos resultados encontrados pela perícia.

Então, a embargante, avaliando os fundamentos e a parte dispositiva da sentença, concluiu que ela havia acolhido sua irresignação **in totum**, pelo que apelou para que fosse declarado que os embargos haviam sido acolhidos totalmente, e não apenas parcialmente. Pugnou também pela redução da verba honorária sob sua respectiva responsabilidade, que foi fixada em 15% sobre o valor do débito.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso. Todavia, interpretando o acórdão objeto da execução, concluiu que ela não guardava fidelidade com os termos do referido acórdão. Asseverou ainda que tal hipótese é defesa em se tratando de execução fundada em título executivo judicial. Conseqüentemente, com fundamento nos arts. 583, 618, inciso I, e 610 do CPC, extinguiu, em parte, a ação.

A embargada/exeqüente, então, aviou recurso especial alegando vulneração dos dispositivos acima indicados, sustentando que é defeso ao julgador conhecer de ofício de tais questões, mormente para extinguir a execução, mesmo que em parte.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 147/155 e o recurso foi admitido por decisão constante da fl. 163.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A recorrente, nas razões recursais, sustentou vulneração dos princípios do duplo grau de jurisdição, do contraditório, da eventualidade ou concentração, do **tantum devolutum quantum appelatum** e da literalidade do título executivo, alegando afronta aos seguintes dispositivos: arts. 474, 515, 517, 610, 618, I, do Código de Processo Civil. Indicou também divergência de entendimento jurisprudencial.

Prima facie, não conheço do recurso pela divergência jurisprudencial, porquanto os paradigmas versam sobre a impossibilidade de o julgador desrespeitar o princípio dispositivo, ultrapassando a causa de pedir indicada na peça vestibular da ação. **In casu**, em razão do entendimento exposto no acórdão, sustentou a recorrente nulidade absoluta, assentada nas condições da ação executiva. Vê-se, portanto, que as decisões confrontadas não versam sobre a mesma matéria.

De qualquer forma, não caberia examinar a pretensão da recorrente, porquanto ela deixou de juntar cópias dos paradigmas e de apontar o repositório oficial de jurisprudência, bem como não fez o cotejo analítico, limitando-se à citação das ementas dos acórdãos, deixando de atender ao disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ. Incide, pois, na espécie o Enunciado n. 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, os princípios apontados como vulnerados não foram objeto de argüição na instância **a quo**, nem mesmo pela via indireta. Assim, não há como conhecer do recurso por vulneração a nenhum princípio informador do Processo Civil.

Todavia, tendo o acórdão recorrido sustentado suas conclusões nas normas contidas nos arts. 583 e 618, I, do CPC, conheço do recurso em razão do prévio questionamento da matéria.

A embargante, nas razões dos seus embargos, apontou excesso de execução, que foi reconhecido na sentença. Ocorre que ela própria recorreu, inconformada com a parte dispositiva da sentença que havia afirmado estar acolhendo em parte os embargos (ela sustentou que o acolhimento era **in totum**) e com a fixação da verba honorária em seu desfavor.

Todavia, o Tribunal, enveredando por outros caminhos, julgou a exeqüente carecedora da ação executiva, de forma parcial, reconhecendo que havia excesso de execução, localizado não no **quantum debeatur per se** (que era a tese até então sustentada), mas na inclusão de verbas não concedidas no acórdão executado em virtude de sua interpretação equivocada.

Assim, o cerne da controvérsia está amparado na possibilidade de o Tribunal Estadual, de ofício, dar interpretação a título executivo judicial (REsp n. 115.513, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 16.06.1997) diverso do consignado nas instâncias inferiores.

O Tribunal agiu com o devido acerto.

As condições da ação constituem matéria de ordem pública, e, como tal, podem ser examinadas de ofício pelo julgador. Além disso, em se tratando de ação executiva, uma de suas condições é que se sustente num título executivo, seja ele judicial ou não (art. 583 do CPC).

Ora, excesso de execução nada mais é que execução sem título, que pode e deve ser conhecida de ofício pelo Juiz. Assim, somente na presença do título e respeitados seus limites é que a tutela executiva poderá ser realizada adequadamente (conforme doutrina **Paulo Henrique Lucan, in** "Código de Processo Civil Interpretado", 2004, p. 1.777). Por conseguinte, correto o procedimento do Tribunal Estadual de aferir a exatidão da execução considerando o título que lhe serve de base.

Resta saber se o acórdão da Primeira Turma deste Tribunal proferido no Recurso Especial n. 115.513 foi interpretado com exatidão.

Considero que sim. Tal acórdão restou assim ementado:

> "Administrativo. Plano Cruzado. Congelamento de preços. Energia elétrica. Tarifa. Majoração. Impossibilidade.
>
> Em sede de embargos de divergência, a egrégia Primeira Seção deste STJ pacificou a jurisprudência da Corte, no sentido de que, em face do congela-

mento de preços instituídos pelos Decretos-Leis ns. 2.283/1986 e 2.284/1986, ilegítima é a majoração das tarifas de energia elétrica, após 27 de fevereiro de 1986, estabelecida pelas Portarias DNEE ns. 38/1986 e 45/1986.

Recurso provido, sem discrepância."

A ementa espanca qualquer dúvida a respeito de ter sido considerado ilegal o reajuste das tarifas de energia elétrica no período da vigência do congelamento, que foi de fevereiro a novembro de 1986 (isso foi mantido no acórdão recorrido). Todavia, com relação ao aumento imposto mediante a Portaria n. 153/1986, houve controvérsia, porque, no acórdão recorrido, entendeu-se que a decisão contida no acórdão executado não alcançou os aumentos relativos a essa portaria, uma vez que seu provimento tinha se limitado ao período de vigência dos Decretos-Leis ns. 2.283/1986 e 2.284/1986.

De fato, extrai-se do voto condutor do Sr. Ministro Demócrito Reinaldo a orientação, há muito já consagrada nesta Corte, de que a Portaria n. 153/1986 fixou tarifas novas com base no custo operacional da companhia energética, quando não mais vigiam os decretos-leis em comento. Naquele voto, para sustentar sua fundamentação, o Sr. Ministro lançou mão do Recurso Especial n. 90.352/SC, que elucida o assunto. Veja-se:

"No mérito, porém, nego-lhe provimento. Na verdade, a Portaria n. 153/1986, do DNAEE, não reajustou os valores preexistentes. Mas sim fixou tarifas com base no custo operacional, quando não mais vigiam os Decretos-Leis ns. 2.283/1986 e 2.284/1986, que estabeleceram o congelamento da economia. A propósito, disse no voto que proferi no REsp n. 83.684/SP, de quer fui Relator, referindo-me à sentença, confirmada pelo acórdão recorrido:

'(...)

Entretanto, liberados os preços, nenhum impedimento havia para que a tarifa de energia elétrica fosse reajustada de conformidade com os seus respectivos custos de insumos, podendo, inclusive, daí por diante, incorporar os custos anteriores, isto é, tornar eficaz o aumento decorrente das Portarias DNAEE ns. 38/1986 e 45/1986.

Em outras palavras, o que se tem é que o período de congelamento tornou ineficazes tais portarias enquanto estivesse em vigor a vedação de aumentos, reajustes, alinhamentos de preços ou outro nome que se lhe dê.

Assim, a procedência da ação é parcial, apenas para que a ré restitua à autora os montantes pagos a mais, em decorrência da indevida aplicação das Portarias ns. 38 e 45, desde sua publicação até o fim do

período de congelamento, valores que deverão ser restituídos com juros e correção monetária desde as datas dos pagamentos respectivos até o efetivo pagamento em devolução.'"

Outrossim, não fosse por isso, há outro fator que deve ser ponderado. O Recurso Especial n. 115.513/RS foi conhecido e provido quanto à alínea **c** do permissivo constitucional. Analisando as razões do recurso, constante das fls. 183/194 dos autos apensos, verifico que os paradigmas citados como divergentes referem-se tão-somente aos aumentos relativos às Portarias ns. 38 e 45, instituídas no período de vigência dos Decretos-Leis ns. 2.282 e 2.284/1986, fato que não deixa dúvida de que o provimento daquele recurso restringiu-se apenas ao período de congelamento.

Ante todo o exposto, *conheço parcialmente do recurso e nego-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 411.211 — SC (2002/0015168-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS
Procuradores: Jaqueline Maggioni Piazza e outros
Recorrida: Federação Catarinense de Futubol — FCF
Advogados: Clarete Carolina Longo Vieira e outro

EMENTA

Processo Civil. Contra-razões à apelação. Ausência de nulidade. Princípio da instrumentalidade das formas.

1. Não se conhece do recurso especial fundado na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal quando indica-se paradigma cuja matéria jurídica confrontada não seja similar à do acórdão recorrido.

2. O julgador, no seu poder de direção, tem o dever de observar as disposições do art. 518 do Código de Processo Civil, as quais, entretanto, não logram superar o disposto no art. 244 do mesmo Código, que abraça princípio informador do Processo Civil, o da instrumentalidade das formas.

3. Recurso especial 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes ocasionalmente os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 04.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS fundado no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, reconhecendo a nulidade da sentença em razão da inobservância das disposições contidas no parágrafo 1º do art. 267 do Código de Processo Civil, determinou a devolução dos autos à Vara Federal de origem para repetição dos atos atingidos pela nulidade.

Os autos tratam de mandado de segurança impetrado pela Federação Catarinense de Futebol objetivando a desconstituição de exigência fiscal do INSS, fixada pela DN n. 20.421.4/0058/2000, que homologou a NFLD n. 32.630.825-3.

Por determinação do Juiz, o impetrante fora instado a emendar a inicial (fl. 434) para que providenciasse a autenticação de alguns documentos e o reconhecimento da firma constante da procuração outorgada aos causídicos do autor. Referida determinação foi atendida, conforme petição e documentos de fls. 435/562.

Notificado, o INSS apresentou suas informações às fls. 568/573.

A liminar foi negada ante a ausência dos requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** (fls. 575/576).

À fl. 578, o Juiz determinou ao impetrante que trouxesse aos autos, no prazo de 10 dias, cópia autenticada da petição inicial de outro mandado de segurança que tramitava na 2ª Vara Federal da Circunscrição Judiciária de Santa Catarina. Como o impetrante deixou transcorrer **in albis** o prazo avençado pelo magistrado, resolveu este, em sentença, indeferir a petição inicial, julgando extinto o processo sem o julgamento do mérito, na forma do parágrafo único do art. 284 do Código de Processo Civil.

Inconformado, o impetrante interpôs apelação que foi provida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão assim ementado:

> "Processo Civil. Extinção do processo. Art. 267, III, e § 1º do CPC. Intimação pessoal.
>
> A extinção do processo pelo não-cumprimento de diligência determinada à parte, requer a sua intimação pessoal, a teor do § 1º do art. 267 do Código de Processo Civil."

Então, o INSS opôs embargos declaratórios objetivando a nulidade do acórdão por não terem sido observadas as disposições do art. 518 do Código de Processo Civil, uma vez que não lhe fora oportunizada a apresentação das contra-razões.

Tais embargos foram rejeitados sob o fundamento de que, na ausência de prejuízo ao recorrido, não havia necessidade de se anularem os atos para que fossem juntadas as contra-razões à apelação.

Interpôs a autarquia o presente recurso especial sustentando vulneração do artigo 518 do Código de Processo Civil e indicando divergência de entendimento jurisprudencial com acórdão deste Tribunal.

O recurso foi admitido na origem.

A parte recorrida não apresentou contra-razões, conforme certidão de fl. 673-v.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): No presente recurso especial, o INSS sustenta vulneração do art. 518 do Código de Processo Civil, apontando, também, divergência de entendimento jurisprudencial com acórdão da Primeira Turma deste Tribunal (REsp n. 80.293/SP).

Primeiramente, não conheço do recurso pela alínea **c**, porquanto os casos confrontados não são similares. Observa-se que no acórdão paradigma a Primeira Turma deste Tribunal decidiu acerca da ofensa ao art. 518 do CPC sob a ótica da preclusão temporal, residindo o fato controvertido em se saber se a oportunidade de a parte argüir a nulidade contava-se da intimação da inclusão do recurso em pauta ou da intimação do acórdão. **In casu**, todavia, a ofensa à mencionada norma foi afastada ante o princípio da instrumentalidade das formas, entendendo-se que a não-apresentação das contra-razões não ocasionara nenhum prejuízo ao recorrido.

No que diz respeito à vulneração do art. 518 do CPC, não obstante o Juiz ter recebido a apelação sem determinar a abertura de vista ao recorrido para apresen-

tação de contra-razões, verifica-se que tal fato, realmente, não lhe trouxe prejuízo, devendo, quanto a esse aspecto, ser mantido o acórdão atacado. Isso porque, no processo, há vício formal anterior ao ora apontado pelo recorrente que impôs ao Tribunal **a quo** a decretação da nulidade dos atos processuais anteriores à sentença, de modo que, com ou sem a apresentação de contra-razões ao recurso de apelação, o resultado do julgamento seria o mesmo.

Esse vício anterior reside no fato de ter sido proferida sentença extinguindo o processo sem a apreciação do mérito, nos termos do parágrafo único do art. 284 do CPC, sem a prévia intimação pessoal do autor da ação, na forma estabelecida no § 1º do art. 267 do CPC. Isso constitui nulidade absoluta, impondo a repetição dos atos processuais por ela atingidos.

Assim, correto o acórdão recorrido por ter-se baseado no princípio da instrumentalidade das formas para sustentar a desnecessidade de se apresentarem as contra-razões à apelação: primeiro porque, como se disse, as contra-razões não poderiam alterar o resultado do acórdão no sentido de validar atos processuais nulos; segundo, porque não se apresenta razoável a anulação do acórdão para que outro seja proferido nos exatos termos do anulado. Isso seria repetir o caminho já percorrido, postergando-se a prestação jurisdicional em atenção ao excesso de formalismo, que não se coaduna com o caráter instrumental do processo civil.

Entendo, portanto, que não houve vulneração do art. 518 do Código de Processo Civil, porquanto a realização do ato nesse dispositivo previsto não supera o princípio constante do art. 244 do mesmo Código, que abraça outros, tais como o da simplicidade, informalidade e economia processual, todos informadores do princípio da instrumentalidade das formas, plenamente aplicável ao caso presente.

Ante todo o exposto, conheço do recurso apenas pela alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, mas *nego-lhe provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 426.874 — MG (2002/0044274-4)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Iara Antunes Vianna e outros
Recorrido: Sebastião Lourenço Lopes
Advogado: Alopércio Dutra Teixeira

EMENTA

Tributário — Imposto de Renda Pessoa Física — Acréscimo patrimonial a descoberto — Favor fiscal do Decreto-Lei n. 2.303/1986.

1. O Decreto-Lei n. 2.303/1986 permitiu ao contribuinte uma espécie de acertamento da situação antecedente ao ano-base de 1986, autorizando que o mesmo declarasse no exercício de 1987 os valores e bens não incluídos nas declarações anteriores, ficando o Fisco inibido de verificar a existência de acréscimo patrimonial a descoberto.

2. Interpretação dos arts. 18 a 21 do Decreto-Lei n. 2.303/1986 que, na visão do Fisco, está limitada ao ano-base de 1985 a disponibilidade patrimonial a descoberto, para livrar o contribuinte da incidência do imposto de renda.

3. Precedente jurisprudencial desta Corte entendendo uma demasia a limitação interpretativa do Fisco.

4. Recurso especial 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 29.11.2004

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

> Execução fiscal. Embargos. Imposto de Renda Pessoa Física. Valores declarados a título de "acréscimo patrimonial a descoberto". Prova da disponibilidade. Inexigência. Arts. 18 e 21 do Decreto-Lei n. 2.303/1986. Precedentes da Corte.

I - Nos termos dos arts. 18 e 21 do Decreto-Lei n. 2.303/1986, não se exige a comprovação da disponibilidade dos bens ou valores, até 31.12.1985, declarados, pelo contribuinte, a título de "acréscimo patrimonial a descoberto".

II - Em conseqüência, impõe-se a desconstituição do título executivo resultante da indevida exigência fiscal. Presunção de validade da CDA afastada.

III - Precedentes do TRF/1ª Região: AC n. 95.01.33258-6/MG, Rel. Juiz Alexandre Vidigal de Oliveira, DJII de 08.10.1999, p. 574; AC n. 94.01.08787-3/MG, Relatora Juíza Vera Carla Cruz, DJII de 03.09.1999, p. 316; AC n. 92.01.21926-1/MG, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, DJII de 19.04.1993, p. 13.408).

IV - Remessa oficial improvida. (Fl. 51)

Alega a recorrente, Fazenda Nacional, que houve ofensa ao art. 18 do Decreto-Lei n. 2.303/1986, argumentando que o valor gasto no ano-base de 1986 só poderia ser lançado como acréscimo patrimonial a descoberto, isento de imposto de renda, se comprovada a sua disponibilidade antes de 31.12.1985. Ou seja, com relação aos bens adquiridos no ano-base de 1986, somente seriam abrangidos pelo favor fiscal aqueles adquiridos com valores existentes no ano-base de 1985 e não declarados.

Sem contra-razões, subiram os autos.

Relatei.

VOTO

A Srª. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Temos na espécie lançamento procedido pela Fazenda Nacional, após promover revisão na Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física, exercício 1987, ano-base 1986 e glosar a parcela de aumento patrimonial a descoberto, lançado pelo próprio contribuinte.

A sentença e o acórdão prestigiaram a versão do contribuinte, mas o Fisco entende que para proceder à declaração de aumento patrimonial a descoberto e livrar-se da incidência do imposto de renda, deveria o contribuinte comprovar que a disponibilidade dos bens ou valores existia antes de janeiro de 1986, ou seja, até 31 de dezembro de 1985, por exigência contida no Decreto-Lei n. 2.303/1986.

A controvérsia está em torno da interpretação dos arts. 18 a 20 do Decreto-Lei n. 2.303/1986, não sendo demais transcrevê-los:

Art. 18. Não ensejará instauração de processo fiscal, com base em acréscimo patrimonial a descoberto, a inclusão, na declaração relativa ao exercí-

cio financeiro de 1987, de bens ou valores não incluídos em declarações já apresentadas pelo contribuinte, pessoa física, observado o disposto neste decreto-lei.

Art. 19. O valor do acréscimo patrimonial a que se refere o artigo anterior ficará sujeito à incidência do imposto de renda a uma alíquota especial de 3% (três por cento).

Art. 20. Os bens e valores de que trata o artigo 18 serão, para todos os efeitos fiscais, considerados como incorporados ao patrimônio do contribuinte, pessoa física, em 31 de dezembro de 1986, desde que:

I - os bens tenham a respectiva compra devidamente comprovada.

II - os valores, em dinheiro ou títulos, sejam depositados ou custodiados em estabelecimento bancário até aquela data.

A questão nesta Corte não é nova, tendo a Primeira Turma, pelo relato do Ministro Milton Luiz Pereira, enfrentado o tema no mesmo sentido constante do acórdão, como demonstra a ementa a seguir transcrita:

Tributário. Inclusão de bens adquiridos no ano-base 1986. Não-incidência do Imposto de Renda. Decreto-Lei n. 2.303/1986 (arts. 18 a 20). IN n. 139/1986. IN 32/97 — Receita Federal.

1. Podem ser incluídos, na declaração pertinente ao exercício de 1987, bens ou valores não relacionados, adquiridos no ano-base de 1986. Não-incidência do Imposto de Renda.

2. Inaplicabilidade da TRD.

3. Recurso provido.

(REsp n. 285.217/SC, Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, unânime, julgado em 17.09.2002, DJ de 14.10.2002, p. 90)

Entendo que, pelo teor da norma especial transcrita, não há espaço para a interpretação dada pelo Fisco, o qual editou inúmeras instruções normativas, todas impugnadas judicialmente, de tal forma que, nesta demanda, não se invocou a disciplina interna do pensamento fiscal, diante da distância de entendimento em cotejo com o decreto-lei que rege o favor fiscal.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso especial, confirmando o acórdão impugnado.

RECURSO ESPECIAL N. 508.340 — RS (2003/0026773-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Relator p/ o acórdão: Ministro Franciulli Netto
Recorrentes: Eduardo Ribeiro Correa e outros
Advogado: Artur J. S. Maraninchi
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Rômulo Ponticelli Giorgi Junior e outros

EMENTA

Recurso especial. Tributário. Imposto de renda na fonte. Folgas não-gozadas. Mudança de regime de sobreaviso. Diminuição da jornada de trabalho. Sistema de revezamento. Um dia trabalhado por um dia e meio de folga. Comando da CF/1988. Adaptação dos contratos de trabalho apenas em agosto de 1990. Acordo coletivo — Petrobras. Indenização de horas trabalhadas. Caráter indenizatório. Hipótese distinta do pagamento de hora extra a destempo.

As verbas em debate percebidas pelo recorrente decorrem de indenização por folgas não-gozadas, prevista na Lei n. 5.811/1972 e devidas em virtude de alteração promovida nos regimes de turno ininterrupto de revezamento, com o advento da CF/1988, que modificou seu regime de trabalho.

O sistema de revezamento em que laborava o recorrente, conhecido por 1 x 1 (um dia de trabalho por um dia de folga), previsto nos arts. 2º e seguintes da Lei n. 5.811/1972, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em virtude de uma extensão dos efeitos do inciso XIV do artigo 7º para os empregados que trabalhavam em regime de sobreaviso, passou a ser 1 x 1,5 (um dia de trabalho por um dia e meio de folga).

A Petrobras apenas conseguiu adaptar os contratos de trabalho e implantar turmas de serviço de acordo o novo regime de trabalho dois anos após a promulgação da CF/1988. Por meio de Acordo Coletivo assinado em agosto de 1990, comprometeu-se a indenizar os períodos de folga não-gozados por seus empregados, seguindo as disposições do art. 9º da Lei n. 5.811/1972, cuja base de cálculo seria o valor da hora-extra do turno respectivo, bem como indenizar a supressão do adicional de

sobreaviso habitualmente pago àqueles. O montante foi acertado em 25 parcelas mensais, pagas de 1995 a 1996, tendo essas verbas sofrido a incidência do imposto de renda na fonte.

Com efeito, o dano sofrido pelos empregados da Petrobras que ensejou a intitulada "Indenização de Horas Trabalhadas" está consubstanciado justamente nos dias de folga acrescidos pela Constituição — mas não-gozados, percepção que descaracteriza e afasta o tratamento dado ao caso dos autos até o momento, como mera hipótese de pagamento de hora extra a destempo.

A impossibilidade do empregado de usufruir desse benefício gera a indenização, porque, negado o direito que deveria ser desfrutado **in natura**, surge o substitutivo da indenização em pecúnia.

A natureza indenizatória desse pagamento não se modifica para salarial, diante da conversão em pecúnia desse direito.

O dinheiro pago em substituição a essa "recompensa" não se traduz em riqueza nova, nem tampouco em acréscimo patrimonial, mas apenas recompõe o patrimônio do empregado que sofreu prejuízo por não exercitar esse direito à folga. Em conseqüência, não incide o imposto de renda sobre essa indenização.

Recurso especial 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 "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Ministro Franciulli Netto, que lavrará o acórdão. Vencida a Srª. Ministra-Relatora, que negava provimento ao recurso." Votaram com o Sr. Ministro Franciulli Netto os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator p/ o acórdão

DJ de 11.04.2005

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 4ª Região assim ementado:

> Imposto de renda. Parcelas recebidas a título de horas extras decorrentes de acordo coletivo de trabalho. Inscrição no Cadin.
>
> 1. Os valores pagos podem ser equiparados às horas extras, levando em consideração que ambos têm natureza salarial e que tais valores visam remunerar o labor em sobrejornada, constituindo não uma indenização por um prejuízo sofrido pelo postulante, mas sim uma contraprestação ao trabalho executado.
>
> 2. As horas trabalhadas pelo impetrante não possuem natureza indenizatória, não se podendo falar em não-incidência de tributação sobre verbas de índole puramente remuneratórias.
>
> 3. A eventual denominação de *indenização* alcançada por força de Acordo Coletivo de Trabalho não tem o condão de modificar a sua natureza, sendo apenas mero erro de **nomem juris**.
>
> 4. Sendo devido o pagamento do imposto de renda sobre a parcela recebida a título de indenização sobre horas trabalhadas é cabível a inscrição de tal débito bem como o registro do nome do impetrante no cadastro de devedores. (Fl. 204)

Sustentam os recorrentes que, na hipótese dos autos, o direito ao repouso foi convertido em pecúnia e, por isso, tal remuneração tem natureza indenizatória, sendo isenta do pagamento de imposto de renda.

Apontam como violado o art. 43, I e II, do CTN e trazem como paradigmas julgados do TRF da 1ª Região.

Após as contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

À fl. 242, peticionam os autores, requerendo julgamento prioritário do recurso especial, levando em consideração o recebimento de cartas de cobrança e comunicados em anexo, intimando-os ao pagamento do tributo, sob pena de inscrição no Cadin.

Relatei.

VOTO VENCIDO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Temos, na origem, um mandado de segurança impetrado por funcionários da Petrobras — Petróleo Brasileiro S/A, com o objetivo

de afastar a cobrança de imposto de renda incidente sobre "Indenização de Horas Trabalhadas — IHT".

Na inicial, informam que, desde 1972, com o advento da Lei n. 5.811, o trabalho em turno ininterrupto de revezamento da categoria petroleira foi organizado em jornadas diárias de 8 (oito) e de 12 (doze) horas de duração. A partir da CF/1988, a jornada de trabalho foi limitada em 6 (seis) horas, salvo negociação coletiva, de modo que os petroleiros "embarcados" deveriam passar a fazer escala de 14 dias de trabalho (com "jornada" diária de 12 horas) por 21 dias de descanso ("folga"), em vez de 14 dias de trabalho por 14 dias de descanso, como vinha ocorrendo anteriormente.

Afirmam que, por "necessidade de serviço" (que se prolongou até 1990, quando da implantação do "5º grupo de turno"), os petroleiros, no período compreendido entre 1988 e 1990, trabalharam horas excedentes, em período que deveria ser de "folga"; as horas trabalhadas no período de "folga" constituíram "passivo trabalhista", reconhecido pela Petrobras em 1995, quando firmou acordo homologado judicialmente para pagamento da Indenização por Horas Trabalhadas — IHT, substituição da não-retribuição pecuniária nas respectivas épocas próprias e, ao mesmo tempo, compensatória pelo trabalho em período de folga.

Sustentam que a jornada de trabalho era de 12 horas por dia, sem qualquer prorrogação, não sendo devidas horas extras porque não havia "trabalho extraordinário".

Concluem que o pagamento de folga não gozada por necessidade de serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda.

A sentença denegou a segurança, após analisar o acordo coletivo firmado pelo sindicato, no qual está consignado que se trata de trabalho extraordinário e não de indenização como afirmam os litigantes. Aliás, bem observou a sentença que o próprio advogado dos ora recorrentes chama, nos requerimentos que dirigiu à Petrobras, de horas extras.

O mesmo entendimento foi o do Tribunal, o qual não aceitou que fosse dado tratamento de indenização, como dispensado às verbas recebidas a título de férias, licença-prêmio e abono-assiduidade aos valores recebidos pelas horas extras trabalhadas porque não decorreram elas da necessidade do serviço. Também realçou o Tribunal que a jurisprudência tem entendido, de forma pacífica, que a remuneração por jornada excedente tem natureza jurídica de salário, inexistindo prejuízo, o que, se existente, caracterizaria a indenização.

Por último, trouxe o acórdão à colação, precedente do TRF 4ª Região, o qual bem espelha a posição do direito pretoriano daquela Corte:

Imposto de renda. Parcelas recebidas a título de horas extras decorrentes de acordo coletivo de trabalho. Cadin. Inscrição.

Incide imposto de renda sobre verbas pagas a título de horas extras, em virtude da sua ínsita natureza salarial. A jurisprudência pátria, com relação à inscrição em banco de dados de inadimplentes, tem-se reiteradamente posicionado no sentido de que, existindo débito, não há, em princípio, qualquer violação legal ou constitucional nem arbitrariedade na inserção do devedor em cadastros de inadimplentes, tais como Cadin, Serasa, SPC.

(Relator Desembargador Federal Vilson Darós, AMS n. 2001. 71.10.000553-3/RS, Segunda Turma, DJ de 10.10.2001, p. 814)

Como a sentença e o acórdão, também entendo que não se pode tratar como indenização o que foi pago por horas trabalhadas além da jornada normal, o que se constitui horas extras, sujeitas tradicionalmente à incidência do imposto de renda, como magnificamente demonstrado no aresto impugnado.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso especial, confirmando o acórdão recorrido.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial, interposto por Eduardo Ribeiro Correa e outros, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou demanda relativa à incidência de imposto de renda sobre verba denominada "indenização de horas trabalhadas".

No v. julgado, o Tribunal **a quo** houve por bem consignar que "os valores pagos podem ser equiparados às horas extras, levando em consideração que ambos têm natureza salarial e que tais valores visam remunerar o labor em sobrejornada, constituindo não uma indenização por um prejuízo sofrido pelo postulante, mas sim uma contraprestação ao trabalho executado" (fl. 204).

Irresignados, aduzem os contribuintes que, no caso em apreço, o direito ao repouso foi convertido em pecúnia e, por isso, tal remuneração tem natureza indenizatória, sendo isenta do pagamento de imposto de renda.

Sustentam que a Corte de origem violou os incisos I e II do art. 43 do Código Tributário Nacional, ao passo que colacionam arestos do egrégio TRF da 1ª Região.

A eminente Ministra Eliana Calmon, insigne Relatora, com a notável percuciência por todos conhecida, negou provimento ao recurso especial, confirmando o acórdão impugnado.

É o sucinto relatório.

VOTO VENCEDOR

O Sr. Ministro Franciulli Netto: A controvérsia está centrada na compreensão da natureza jurídica das verbas recebidas pelo recorrente a título de "Indenização por Horas Trabalhadas" pagas pela Petrobras, nos anos de 1995 a 1996, as quais sofreram a incidência de imposto de renda na fonte.

As verbas em debate decorrem de indenização por folgas não-gozadas, devidas em virtude de alteração promovida nos regimes de turno ininterrupto de revezamento, com o advento da CF/1988, que modificou seu regime de trabalho.

Conforme relatado nos autos, o recorrente trabalhava para a Petrobras em regime de sobreaviso, regulado pelas disposições da Lei n. 5.811/1972. Referido diploma legal previa uma indenização no caso de alterações do regime de trabalho, conforme se infere da leitura de seu art. 9º, **verbis**:

> "Art. 9º Sempre que, por iniciativa do empregador, for alterado o regime de trabalho do empregado, com a redução ou supressão das vantagens inerentes nos regimes instituídos nesta lei, ser-lhe-á assegurado o direito à percepção de uma indenização."

Esclarece o recorrente que laborava de acordo com o "sistema de revezamento conhecido por 1 x 1 (um dia de trabalho por um dia de folga) — art. 2º e seguintes da Lei n. 5.811/1972. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e em virtude de uma extensão dos efeitos do inciso XIV do artigo 7º para o pessoal que trabalhava em regime de sobreaviso, o esquema de revezamento deveria ser 1 x 1,5 (um dia de trabalho por um dia e meio de folga) em atenção ao comando constitucional" (fl. 177).

Ocorre que a Petrobras apenas conseguiu adaptar os contratos de trabalho e implantar turmas de serviço, de acordo com o novo regime de trabalho dois anos após a promulgação da CF/1988. Por meio de Acordo Coletivo assinado em agosto de 1990, comprometeu-se a indenizar os períodos de folga não gozados por seus empregados, cuja base de cálculo seria o valor da hora extra do turno respectivo, bem como indenizar a supressão do adicional de sobreaviso habitualmente pago àqueles. O montante foi acertado em 25 parcelas mensais, pagas de 1995 a 1996, tendo essas verbas sofrido a incidência do imposto de renda na fonte.

Assim, o dano sofrido pelos empregados da Petrobras que ensejou a intitulada "Indenização de Horas Trabalhadas" está consubstanciado justamente nos dias de folga acrescidos pela Constituição — mas não-gozados, acumulados durante o período compreendido entre outubro de 1988, quando da promulgação da Carta Magna, e agosto de 1990, momento em que se deu a assinatura do Acordo Coletivo que implantou o novo sistema.

No caso particular do recorrente, este houve por bem consultar a Receita Federal e, na ocasião, foi orientado a tecer declaração retificadora para que houvesse a devolução do valor tributado a maior, referente às verbas não-tributáveis. Feito isso, a recorrida reconheceu a não-incidência do imposto de renda sobre a "Indenização de Horas Trabalhadas" e restituiu os valores indevidamente tributados.

Posteriormente, todavia, **a contrario sensu**, a Receita Federal deu início a procedimento fiscal no intuito de cobrar os impostos restituídos ao recorrente, acrescido de multa, o que ensejou a presente ação declaratória de isenção tributária.

A partir do manejo dos autos e da leitura do relato do recorrente, é de fácil aferição que merece acolhida a pretensão recursal, muito embora diverso o entendimento firmado pelas instâncias de origem.

O julgado do Tribunal **a quo** está em desacordo com o posicionamento desta colenda Corte quanto à natureza do pagamento de indenização referente à supressão de vantagens adquiridas durante a relação de emprego, por força de acordo coletivo. É o que se infere das leitura dos seguintes precedentes, **verbis**:

> "Tributário. Imposto de renda. Pessoa física. Supressão de vantagens trabalhistas. Caráter indenizatório. Acordo coletivo. Não-incidência do tributo.
>
> 1. O pagamento de verbas pelo empregador, a título de indenização pela supressão de vantagens incorporadas ao patrimônio do empregado por força de acordo coletivo, não sofre a incidência do imposto de renda na fonte.
>
> 2. Recurso especial conhecido e provido" (REsp n. 197.878/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 19.02.2001);
>
> "Recurso especial. Tributário. Não-incidência de imposto de renda nos valores recebidos a título de licença-prêmio, férias, folgas não-gozadas, abono de férias. Compensação.
>
> A impossibilidade dos recorridos de usufruir dos benefícios, criada pelo empregador ou por opção deles, titulares, gera a indenização, porque, negado o direito que deveria ser desfrutado **in natura**, surge o substitutivo da indenização em pecúnia.
>
> O dinheiro pago em substituição a essa recompensa não se traduz em riqueza nova, nem tampouco em acréscimo patrimonial, mas, apenas recompõe o patrimônio do empregado que sofreu prejuízo por não exercitar esse direito.
>
> Não configurada, portanto, hipótese de incidência do imposto de renda previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional.

Recurso especial improvido" (REsp n. 584.445/SE, Rel. este Magistrado, julgado em 22.06.2004).

No tocante ao imposto de renda, o artigo 43 do Código Tributário Nacional assim disciplina renda e proventos de qualquer natureza:

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

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

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

A bandeira "salário não é renda" há muito foi sepultada pelo nosso Direito fiscal positivo.

Isso, contudo, não permite confundir salários ou vencimentos com indenização. Nem essa possibilidade está agasalhada pelo sistema jurídico vigente.

Nos termos do artigo 153, inciso III, ainda da Carta Política de 1988, compete à União instituir impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza.

A incidência da tributação deve obediência estrita ao princípio constitucional da legalidade (artigo 150, inciso I). O Código Tributário Nacional, com a autoridade de lei complementar que o caracteriza, recepcionado pela atual Carta Magna (artigo 34, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), define o conceito de renda e o de proventos de qualquer natureza (artigo 43, incisos I e II).

Como as verbas foram recebidas pelo recorrente a título de indenização, leia-se "Indenização por Horas Trabalhadas", há a isenção, porquanto a indenização não é produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. Sobre não ser fruto do capital, ociosas quaisquer considerações, por falta de relação entre causa e efeito: do capital derivam valores com conteúdo econômico, tais como juros, ações, remunerações, dividendo, utilidades, enfim, riqueza nova, na acepção técnico-financeira do termo; mas, do capital, **per se**, não se extraem indenizações.

A lei fiscal ordinária (Lei n. 7.713/1988) deixa à margem da tributação do imposto de renda as indenizações acidentárias do trabalho e as indenizações trabalhistas (artigo 6º, incisos IV e V).

Nos casos da indenização por folgas não-gozadas, prevista na Lei n. 5.811/1972 e devidas em virtude de alteração promovida nos regimes de turno ininterrupto de revezamento, com o advento da CF/1988, como na espécie, têm elas a mesma nature-

za jurídica daquelas que se recebe quando há a impossibilidade do recorrente de usufruir de um benefício ou vantagem trabalhista, as verbas indenizatórias oriundas de rescisão do contrato de trabalho ou abono pecuniário de férias e abono-assiduidade não-gozados, porque negado o direito que deveria ser desfrutado **in natura**.

O substitutivo da indenização em pecúnia surge para repor o patrimônio ao **statu quo ante**, uma vez que a folga não-gozada se traduz em um dano, tendo em vista a perda do direito, que, invariavelmente, provoca desequilíbrio na vida do trabalhador.

A indenização (do latim **indemnitas, atis; in + damnum** = sem dano), nesse caso, visa proporcionar condições mínimas necessárias para que o empregado disponha dos meios financeiros para o seu sustento e de sua família, enquanto não exercer outra atividade remunerada.

Se a indenização for maior do que deveria ser — não é a hipótese presente —, aí sim penetrar-se-ia no acréscimo patrimonial e o que do devido sobejasse, a par de ser tributável pelo imposto de renda, estaria até a permitir a repetição, por enriquecimento ilícito.

O conceito de acréscimos patrimoniais abarca salários, abonos e vantagens pecuniárias, mas não indenizações.

Jamais poderia o legislador imaginar que, em determinados setores da Administração, direta ou indireta, seria negado aos funcionários o gozo de folga, sobretudo em caso de regime de turnos ininterruptos de revezamento, mesmo que por absoluta necessidade (explícita ou implícita) de serviço, como por vezes ocorre, por força de ato de império (**factum principis**).

Na esteira dessa premissa, lícito é supor que o legislador teria também contemplado tal hipótese, se isso fosse de seu conhecimento.

A bem da verdade, a hipótese não é de isenção — a não permitir interpretação analógica —, mas de não-incidência do tributo por falta de tipificação do fato gerador.

Uma vez negado o direito que, por essência deveria ser desfrutado tal qual instituído (gozo), surgiu o substitutivo da indenização em pecúnia.

Essa indenização, contudo, não tem caráter salarial e não pode ser subsumida nos conceitos "de renda e proventos de qualquer natureza", pela simples razão de que se não cuida de aumento patrimonial, mas de mera indenização, em pecúnia, na ausência de outra forma humanamente possível de reparação do mal que, com o indeferimento de tais direitos, isto é, com inexecução definitiva, a Administração ao funcionário acarreta.

Não recomposto esse reequilíbrio, por meio da higiene mental, como é do desejo do legislador, não sobrou outra reparação possível senão a da indenização (do latim **indemnitas**, **atis**; ***in*** + ***damnum*** = sem dano). "*Dano es toda desvantaja que experimentamos em nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición, etc.)*", segundo o conhecidíssimo conceito de **Enneccerus** (**in** "Derecho de Obligaciones", Bosch — Barcelona: Casa Editorial, 1954, t. II-I, p. 61).

Dessarte, não configura hipótese de incidência do imposto de renda previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional.

Não há olvidar, outrossim, que a legislação que regia a hipótese dos autos prevê o direito à percepção de uma indenização em caso de alteração do regime de trabalho do empregado, não diferencia as vantagens reduzidas ou suprimidas do trabalhador, o que afasta a idéia de vantagem patrimonial.

Cumpre asseverar, outrossim, que não se pode deixar prevalecer o pensamento simplista de que os valores pagos a título de indenização por folgas não gozadas podem ser equiparados ao recebimento de horas extras, este de natureza salarial, cujos valores visam remunerar o labor em sobrejornada, constituindo não uma indenização por um prejuízo sofrido pelo postulante, mas sim uma contraprestação ao trabalho executado.

Com efeito, o dano sofrido pelos empregados da Petrobras que ensejou a intitulada "Indenização de Horas Trabalhadas" está consubstanciado justamente nos dias de folga acrescidos pela Constituição — mas não gozados, percepção que descaracteriza e afasta o tratamento dado ao caso dos autos, até o momento, como mera hipótese de pagamento de hora extra a destempo.

A indenização em comento, a exemplo do que acontece com as férias indenizadas e com a licença-prêmio indenizada, não deve sofrer a incidência do imposto de renda, pois não constitui "renda" nem "proventos", tal como conceituados pelo art. 43 do CTN, mas mera compensação pelo não-afastamento do serviço.

Esse entendimento está em consonância e fortalecido pelo raciocínio expendido enunciado das Súmulas ns. 125 e 136, editadas por esta Casa Julgadora, as quais encerram a pretensão da recorrida, **verbis**:

> "Súmula n. 125: 'O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda.'
>
> "Súmula n. 136: 'O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda.'

Pelo que precede, peço vênia à eminente Ministra-Relatora, para dar provimento ao recurso especial. Diante desse desate, fica invertido o ônus da sucumbência.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição da República, que desafia acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> "Imposto de renda. Parcelas recebidas a título de horas extras decorrentes de acordo coletivo de trabalho. Inscrição no Cadin.
>
> 1. Os valores podem ser equiparados às horas extras, levando em consideração que ambos têm natureza salarial e que tais valores visam remunerar o labor em sobrejornada, constituindo não uma indenização por um prejuízo sofrido pelo postulante, mas sim uma contraprestação ao trabalho executado.
>
> 2. As horas trabalhadas pelo impetrante não possuem natureza indenizatória, não se podendo falar em não-incidência de tributação sobre verbas de índole puramente remuneratória.
>
> 3. A eventual denominação de indenização alcançada por força de Acordo Coletivo de Trabalho não tem o condão de modificar a sua natureza, sendo apenas mero erro de **nomem juris**.
>
> 4. Sendo devido o pagamento do imposto de renda sobre a parcela recebida a título de indenização sobre horas trabalhadas é cabível a inscrição de tal débito bem como o registro do nome do impetrante no cadastro de devedores" (fl. 204).

Entendeu o Tribunal de origem que as verbas discutidas no processo têm natureza remuneratória e salarial, equiparadas às horas extras, razão porque concluiu pela incidência do imposto de renda.

Alegam os recorrentes, nesta via especial, violação aos artigos 43 e 114, ambos do CTN, bem assim ao artigo 9º da Lei n. 5.811/1972. Segundo entendem, os valores recebidos não representam acréscimo patrimonial, por tratarem-se de folgas não-gozadas e não-pagamento de horas extras.

Na sessão de 07 de outubro, após o voto da Relatora, que negava provimento ao recurso, e dos votos divergentes dos Ministros Franciulli Netto e João Otávio de Noronha, que davam provimento ao recurso, pedi vista dos autos para um melhor exame.

Em razão do óbice da Súmula n. 7-STJ, é inadmissível, na instância especial, a discussão a respeito de fatos narrados no processo. Não se admite, portanto, controvérsias relativas à existência ou inexistência de fatos ou à sua devida caracterização, já que para tanto seria necessário o revolvimento do conjunto probatório dos autos.

Entretanto, a qualificação jurídica de fatos incontroversos, ou seja, seu devido enquadramento no sistema normativo, para deles extrair determinada conseqüência jurídica, é coisa diversa, podendo ser aferida nesta sede recursal.

Caso aqui se discutisse a forma como os serviços eram prestados, a duração da jornada de trabalho ou a existência ou inexistência do regime de turno único de revezamento, o recurso, certamente, não ultrapassaria o juízo prévio de conhecimento, em razão do óbice imposto pela referida Súmula. Na hipótese, os fatos são incontroversos. Discute-se, em verdade, a sua qualificação jurídica, ou seja, se os dias trabalhados em excesso pelos recorrentes qualificam-se como horas extras (de natureza remuneratória e salarial) ou folgas não-gozadas (de índole indenizatória).

Cinge-se a controvérsia, portanto, na definição da natureza jurídica das verbas recebidas pelos recorrentes, denominadas de "Indenização por Horas Trabalhadas" — IHT, pagas pela Petrobras nos anos de 1995 a 1996, por força de Convenção Coletiva de Trabalho. Caso sejam consideradas horas extras, sobre elas recairá o Imposto de Renda. Do contrário, se qualificadas como indenização por folgas não-gozadas, ficarão à margem da incidência tributária.

Assim, tratando-se apenas de qualificação jurídica de fatos e não de reexame de provas, afasta-se a incidência da Súmula n. 7-STJ, já que a análise do recurso especial prescinde do reexame de matéria probatória, assim como não há controvérsia sobre questão de fato.

Prequestionados os dispositivos de lei supostamente violados e cumpridas as formalidades legais e regimentais necessárias à comprovação da divergência, conheço do recurso por ambas as alíneas.

Passo ao mérito.

Antes de promulgada a Constituição Federal de 1988, para cada dia de trabalho, dispunham os petroleiros do direito a um dia de folga. Assim, trabalhavam 14 dias e folgavam outros 14 dias. Com o advento da Carta Republicana, o regime de "turno ininterrupto de revezamento" passou a obedecer — salvo convenção coletiva — à jornada máxima de 6 horas diárias. A partir de então, os petroleiros passaram a ter direito, em virtude de convenção coletiva, "a um dia e meio de folga, para cada dia de serviço". Trabalhavam durante 14 dias, folgando nos 21 dias subseqüentes.

Entretanto, durante alguns meses (outubro de 1988 a agosto de 1990), por necessidade do serviço e até que fossem contratados funcionários em número suficiente para suprir a demanda, os recorrentes tiveram, apenas, 14 dias de folga. Nos anos de 1995 e 1996, portanto, mais de cinco anos após a prestação dos serviços, passaram a receber, parceladamente, a indenização pela folga não-gozada.

A IHT paga aos recorrentes não teve por objetivo remunerar "serviço prestado em prorrogação da jornada de trabalho" (hora extra), já que esta sempre foi de 12 horas, não tendo sofrido qualquer prorrogação. Visou-se indenizar a categoria pelos 7 dias de descanso não-gozados. Em outras palavras, objetivou a compensação do prejuízo, na extensão devida, decorrente de folgas não-aproveitadas por imposição do empregador.

Assim, não se pode atribuir à IHT natureza salarial. Não houve pagamento de horas extras, porquanto, a jornada de trabalho dos recorrentes, fixada em 12 horas diárias, jamais sofreu prorrogação. Houve, na verdade, apenas a não-fruição do período de folga na extensão devida.

Ressalto que esta Segunda Turma, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais ns. 642.872/RN (sessão de 10 de agosto) e 656.409/RN (sessão de 21 de setembro), ambos da relatoria do Ministro Franciulli Netto, acórdãos ainda não publicados, analisando situação semelhante, concluiu que a IHT tem natureza indenizatória, razão por que foi afastada a incidência do Imposto de Renda.

Na oportunidade, afirmou-se que o dano sofrido pelos empregados da Petrobras, ao deixarem de gozar, por imposição do empregador, os dias de folga acrescidos pela nova ordem constitucional, foi recomposto, anos depois, por meio de compensação pecuniária intitulada "Indenização de Horas Trabalhadas". Assim, negado o direito que, por essência, deveria ser desfrutado (folga), surgiu o substitutivo da indenização em pecúnia.

As verbas em discussão, a exemplo do que acontece com as férias indenizadas e com a licença-prêmio indenizada, não devem sofrer a incidência do imposto de renda, já que não constitui "renda" nem "proventos", nos termos do art. 43 do CTN, mas mera compensação pelo não-afastamento do serviço.

Ante o exposto, pedindo vênia à eminente Relatora, *acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Franciulli Netto para dar provimento ao recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 553.566 — PE (2003/0114178-3)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Maria Helena Urbano Ribemboim e outros
Recorrida: Fiação e Tecelagem São José do Nordeste Ltda
Advogado: José Henrique Wanderley Filho

EMENTA

Recurso especial — Tributário — Imposto de renda — Empresa atuante na área da Sudene — Isenção fiscal — Equívoco na edição de portarias que reconhecem o direito ao benefício — Portaria ratificadora e retificadora com efeitos retroativos — Nulidade de procedimento administrativo fiscal — Discussão acerca da possibilidade — Alegada afronta ao art. 111 do CTN.

Conforme elucidou o Tribunal de origem, "não se trata de mero acréscimo em relação aos atos anteriores — situação que não ensejaria o reconhecimento da isenção como vinha praticando a apelada ao recolher os tributos federais —, mas de retificação das duas primeiras portarias e, concomitantemente, confirmação de que o benefício abrangia ambas atividades (fabricação de fios e de tecidos de algodão). Tanto é verdade que a Portaria DAI/PTE n. 1/1993 menciona expressamente ter iniciado o prazo da isenção no exercício fiscal de 1983" (fl. 104).

O fato de a Portaria DAI/PTE n. 1/1993 ter sido editada após a instauração do procedimento administrativo fiscal, não afasta o direito preexistente da empresa, sobretudo porque tal ato administrativo tem a virtude de apenas reconhecer o direito da empresa ao benefício, já concedido por lei, pendente apenas a verificação acerca da implementação dos requisitos apontados na norma e a indicação precisa do objeto da isenção.

Recurso especial 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 25.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial, interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição da República, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Federal da 5ª Região.

Emerge dos autos que o mandado de segurança impetrado pela Fiação e Tecelagem São José do Nordeste Ltda contra ato do Delegado da Receita Federal em Recife — PE foi julgado procedente pelo Juízo de primeiro grau, para reconhecer o direito da empresa de usufruir os benefícios fiscais declarados pela Sudene na Portaria DAI/PTE n. 001/1993, em relação aos fios e tecidos de algodão por ela produzidos e, em conseqüência, a nulidade de procedimento fiscal.

Ouvido o douto Ministério Público Federal, este firmou o entendimento de que referida portaria trata-se de um ato administrativo modificativo, e, como tal pode assumir caráter tanto retificatório, como o próprio nome diz, quanto ratificatório, retroagindo à data do ato ratificado.

Interpôs a Fazenda Nacional recurso de apelação e remessa oficial contra a decisão que concedeu a segurança à empresa, sob o fundamento de que no momento da retificação das portarias da Sudene, o fato gerador da obrigação tributária já se havia concretizado, o que impossibilita a alteração do objeto do benefício fiscal, ante a irretroatividade do ato.

A egrégia Corte de origem houve por bem negar provimento à apelação da União em acórdão que espelha a seguinte ementa:

> "Tributário. Isenção do imposto de renda. Sudene. Equívoco na edição de portarias reconhecendo o direito. Equívoco, portaria ratificadora e retificadora. Efeitos retroativos. Possibilidade.
>
> Reconhecimento do direito de empresa à isenção do imposto de renda materializado por meio de portarias nas quais cometeu-se equívoco quanto ao objeto do incentivo fiscal. Na primeira portaria constava como objeto da isenção a 'produção de tecidos de algodão', já na segunda registrou-se apenas 'fabricação de fios de algodão', quando o certo seria 'fabricação de fios e tecidos de algodão'.

Portaria retificadora e ratificadora editada pela Sudene com efeitos retroativos. Possibilidade.

À Sudene foi reservada a atribuição de apreciar os projetos industriais e reconhecer, quanto aos tributos federais, o direito a incentivos fiscais, não havendo necessidade de ratificação de seus atos por parte da Receita Federal (art. 8º, § 7º, Decreto n. 64.214/1969)" (fl. 108).

Diante desse desate, sobreveio o presente recurso especial, no qual sustenta a Fazenda Nacional negativa de vigência do artigo 111 do Código Tributário Nacional, ante a interpretação extensiva dada à isenção de tributos.

Sustenta, para tanto, "a validade do lançamento que se lastreou em atos normativos à épocas válidos e vigentes, até porque a retificação alardeada consiste, em verdade, em autêntica invalidação dos atos normativos anteriores, valendo a nova portaria por si mesma, a partir de sua expedição. Caberia até questionar-se a validade das isenções parciais anteriormente observadas" (fl. 115).

Apresentadas as contra-razões, sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cinge-se a controvérsia na possibilidade de retroatividade de portaria retificadora do objeto do incentivo fiscal reconhecido à empresa atuante na área da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste — Sudene, passível de anular procedimento administrativo fiscal.

Depreende-se dos autos que a Fiação e Tecelagem São José do Nordeste Ltda teve reconhecido seu direito de isenção de imposto de renda incidente sobre suas receitas por meio das Portarias Sudene DIN n. 272/1984 e SOP/IC n. 318/1985 (fls. 37 e 38), definido o objeto da isenção a "fabricação de tecidos de algodão" e "fabricação de fios de algodão", respectivamente.

Ocorre que, em ação fiscal realizada na empresa, a Receita Federal lavrou auto de infração por considerar que o direito à isenção dava-se apenas por produto.

Posteriormente, a Sudene — órgão definido no art. 8º, § 7º, do Decreto n. 64.214/1969 como responsável pela apreciação dos projetos industriais e respectivo reconhecimento do direito a incentivos fiscais relativos aos tributos federais, independente de ratificação pela Receita Federal —, com o intuito de sanar o equívoco acerca do objeto da isenção, editou a Portaria DAI/PTE n. 001/1993 para retificar as Portarias DIN n. 272/1984 e SOP/IC n. 318/1985 e consignar que a

isenção concedida abrangia o lucro da exploração da atividade cumulativa relativa à "fabricação de tecidos e/ou fios de algodão" (fls. 39/41).

Não obstante a empresa tenha apresentado em sua defesa, na fase do procedimento fiscal administrativo, a portaria retificadora e ratificadora editada pela Sudene, esta não foi considerada pela autoridade administrativa "para alterar o lançamento regular do crédito tributário correspondente a fato gerador já ocorrido em exercícios anteriores" (fl. 56).

Ao apreciar a questão, a Corte de origem reconheceu a possibilidade dos efeitos retroativos da portaria retificadora e ratificadora editada pela Sudene e manteve a sentença que reconheceu a ilegalidade e abusividade consubstanciada na autuação da empresa.

Não merece guarida a pretensão ora trazida em recurso especial pela Fazenda Nacional de ver reconhecida a legalidade da autuação efetivada pelo Fisco.

Conforme elucidou o Tribunal de origem, "não se trata de mero acréscimo em relação aos atos anteriores — situação que não ensejaria o reconhecimento da isenção como vinha praticando a apelada ao recolher os tributos federais —, mas de retificação das duas primeiras portarias e, concomitantemente, confirmação de que o benefício abrangia ambas atividades (fabricação de fios e de tecidos de algodão). Tanto é verdade que a Portaria DAI/PTE n. 001/1993 menciona expressamente ter iniciado o prazo da isenção no exercício fiscal de 1983" (fl. 104).

Acertado o entendimento tecido pelo douto Relator do voto condutor do acórdão **a quo**, quando afirmou que "a omissão da autarquia no tocante à notificação prevista no dispositivo acima transcrito não implica a perda do benefício" (fl. 106), relativamente ao dever da Sudene de comunicar a Receita Federal acerca do reconhecimento do benefício.

Com efeito, o fato de a Portaria DAI/PTE 001/1993 ter sido editada após a instauração do procedimento administrativo fiscal, não afasta o direito preexistente da empresa, sobretudo porque tal ato administrativo tem a virtude de apenas reconhecer o direito da empresa ao benefício, já concedido por lei, pendente apenas a verificação acerca da implementação dos requisitos apontados na norma e a indicação precisa do objeto da isenção.

Nesse sentido, outrora manifestou-se este Sodalício, conforme depreende-se da leitura dos julgados, **verbis**:

> "Tributário. Imposto de renda. Pessoa jurídica. Isenção. Prorrogação. Sudene. DL n. 1.564/1977. Precedentes.

O direito à prorrogação de isenção outorgada pela legislação vigente à época do benefício fiscal, não pode ser revogado unilateralmente.

Assiste à recorrente o direito de ter o seu pedido de prorrogação da isenção do IR apreciado pela Sudene para aferir as condições estabelecidas no art. 3º do Decreto-Lei n. 1.564/1977.

Recurso especial conhecido e provido" (REsp n. 192.418/PE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 20.09.1999);

"Tributário. Imposto de renda. Isenção. Prorrogação. Sudene. Conferida a isenção, uma vez preenchidos os requisitos legais, assegura-se o direito à prorrogação do favor fiscal" (REsp n. 155.776/PE, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 16.02.1998).

Pelo que precede, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 591.638 — MG (2003/0172370-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrentes: Construtora Líder Ltda e outro
Advogada: Sara Regina de Oliveira
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Márcio Menezes de Carvalho e outros
Sustentação oral: Ruy Geraldo Camargo Viana, pelo recorrente

EMENTA

Processual Civil e Tributário — Depósito judicial — Adesão a programa especial de parcelamento — Lei n. 10.684/2003 — Fato novo — Levantamento — Impossibilidade — Conversão automática em renda da União.

1. Em se tratando de depósito judicial efetuado em ação ordinária, com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário, o levantamento somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado da decisão favorável ao contribuinte.

2. O fato novo, consistente na adesão das empresas a programa especial de parcelamento (Lei n. 10.684/2003), com maior propriedade,

impede o levantamento dos depósitos. Primeiro porque, se direito houvesse em pendência, para aderir ao parcelamento deveria o interessado abrir mão de tal direito. Segundo porque, com a improcedência da ação, não há direito algum.

3. Situação em que devem os depósitos judiciais existentes ser automaticamente convertidos em renda da União, concedendo-se o parcelamento sobre o saldo remanescente.

4. Impertinente, por tais razões, pedido de substituição dos depósitos por bens imóveis.

5. Recurso especial 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Castro Meira. Sustentou oralmente o Dr. Ruy Geraldo Camargo Viana, pelo recorrente.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 29.11.2004

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 1ª Região assim ementado:

> Processual Civil. Agravo de instrumento. Levantamento de depósito. Substituição por garantia real.
>
> I - Enquanto não houver o trânsito em julgado da decisão, impossível o levantamento dos depósitos judiciais. Precedentes.
>
> II - Incabível a substituição dos depósitos judiciais por imóveis, em garantia real, pois não há como se impor à parte contrária forma mais gravosa para satisfação de eventual crédito.
>
> III - Agravo de instrumento desprovido. (Fl. 419)

Afirmam os recorrentes que o julgado violou o Provimento n. 5/2002 da Corregedoria Geral do TRF da 1ª Região, vigente à data do pedido de alvará, sendo cabível o levantamento dos depósitos judiciais efetuados em mandado de segurança, porque se trata de depósito voluntário, além de não encontrar óbice no art. 151, II, do CTN.

Sustentam, outrossim, ser cabível a substituição dos depósitos realizados pelos bens imóveis arrolados às fls. 111 a 319 (garantia real), que ficariam gravados, à disposição do juízo e vinculados à obrigação tributária em discussão.

Para configurar o dissídio, trazem à colação diversos julgados, os quais consagram as seguintes teses:

> a) o depósito para suspender a exigibilidade do crédito tributário é voluntário, sendo possível o seu levantamento, salvo se determinada sua conversão em renda;
>
> b) o depósito em dinheiro, para suspender a exigibilidade do crédito tributário, pode ser substituído por caução comercial ou fiança bancária.

Ao final, requer a substituição dos depósitos pelos bens imóveis oferecidos em garantia real, com a conseqüente expedição de alvarás para levantamento das importâncias.

Após as contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

Em 12.08.2004, ajuizaram as recorrentes a MC n. 8.794/MG, distribuída por dependência ao presente recurso especial, com o objetivo de obterem as empresas o levantamento imediato dos valores depositados, permanecendo como caução os imóveis indicados no recurso especial.

Relatei.

VOTO

A Srª. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, verifico que o Tribunal de origem não examinou a tese em torno do Provimento n. 5/2002 — Corregedoria Geral do TRF da 1ª Região, incidindo o óbice da Súmula n. 282-STF.

No que diz respeito ao pedido de levantamento de depósito, transcrevo a seguir trecho do voto por mim proferido no REsp n. 543.442/PI, que bem resume meu posicionamento:

> Em primeiro lugar, advirto que no presente feito não há controvérsia especificamente quanto à possibilidade do levantamento do depósito antes do trânsito em julgado, mas tão-somente quanto à possibilidade do levantamento após a improcedência da ação, em face da facultatividade do depósito.

No julgamento do REsp n. 99.238/PE, tive oportunidade de expor meu entendimento sobre a problemática envolvendo o levantamento de depósitos em ações que têm como fim desonerar o devedor de tributos. Trago, do voto antecedente, o trecho seguinte:

> Vinha eu acompanhando a jurisprudência deste Tribunal, como no REsp n. 154.710/PE. Entretanto, animada pela nova composição da Segunda Turma e após ter verificado que o Ministro José Delgado, então Juiz do TRF da 5ª Região, na hipótese destes autos, votou pelo levantamento do depósito, resolvi expor meu pessoal entendimento sobre a questão, defendida nos primeiros anos de atuação junto ao TRF da 1ª Região:
>
> > O depósito judicial, que não é obrigatório em nenhuma hipótese, senão nas ações de execução, constitui-se, por isso mesmo, em faculdade do contribuinte.
> >
> > Uma vez feito, condiciona-se a garantir ambas as partes: o particular, dos riscos de uma inadimplência, e o Fisco, dos riscos de um não-pagamento.
> >
> > E mesmo quando não existe ainda o lançamento, gerador do crédito fiscal, em havendo depósito, está a Fazenda privada do direito de lançar.
> >
> > Dentro desse mecanismo, é induvidosa a posição de garantia que assume o depósito, o qual deve ter seguimento até o final da ação para, então, desenhar-se o destino dos valores oferecidos, a teor do art. 32, § 2º, da LEF, que dispõe:
> >
> > > Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente.

Naquela ocasião, concluí que se deveria distinguir os depósitos cautelares relacionados com ações ordinárias dos relacionados com mandados de segurança, nos quais os depósitos judiciais objetivam suspender a exigibilidade do crédito tributário. Estes últimos podem ser levantados a qualquer tempo, quando garantido estiver o impetrante com liminar incondicional (art. 151, IV, do CTN). Afasta-se, assim, a aplicação o disposto do art. 32, § 2º, da LEF.

Da mesma forma, no REsp n. 389.324/MG, salientei a diferença existente entre o depósito garantia e o depósito pagamento, em processo mandamental, com as seguintes argumentações:

Observe-se que o depósito judicial deu-se por exigência do julgador para conceder a liminar, o que poderia ter sido dispensado, mas não o foi, de forma a só haver a suspensão da exigibilidade do tributo por força do depósito.

Em normais condições, esse depósito funcionou como uma espécie de garantia de pagamento de obrigações. Daí o teor do art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980.

Ora, não sendo pagamento, e sim garantia de um débito, constatando-se a não-existência do devido, perde a razão de ser da garantia que deve ser devolvida a quem a prestou.

Essa é a diferença existente entre depósito de garantia e depósito pagamento. No primeiro, ainda não há uma obrigação constituída e, como tal, o depósito não suspende a exigibilidade, porque não há, ainda, crédito tributário.

Em se tratando de depósito pagamento, diferentemente, garante-se com o depósito o pagamento de uma obrigação, cuja exigibilidade fica suspensa. Conseqüentemente, não tem aplicação na espécie, em se tratando de depósito garantia, o disposto no art. 32, § 2º, da LEF.

Houve, ainda, uma outra hipótese que tive a oportunidade de examinar, no EREsp n. 270.083/SP, referente à possibilidade de levantamento do depósito judicial mesmo antes do trânsito em julgado, quando o processo é extinto sem julgamento do mérito, no qual a sentença não traz benefício para o contribuinte ou gera para ele obrigação perante a Fazenda Pública. Neste caso, entendi ser opção do depositante levantar desde logo o depósito, porque ausente o efeito suspensivo à apelação, hipótese em que o devedor fica, não obstante, privado da suspensividade do tributo. Veja-se a ementa desse julgado:

Tributário e Processo Civil — Depósito para suspender a exigibilidade (art. 151 do CTN) — Levantamento.

1. A jurisprudência, inclusive a do STF, firmou entendimento no sentido de que o depósito para suspender a exigibilidade do crédito tributário só pode ser convertido em renda da *União*, ou devolvido ao contribuinte, após o trânsito em julgado da sentença.

2. Diferentemente, quando a sentença extingue o processo sem julgamento do mérito, pode o depósito ser imediatamente devolvido ao contribuinte, que fica assim privado da suspensividade, inexistindo a possibilidade de haver, em favor da *Fazenda*, a conversão do depósito em renda.

3. Embargos conhecidos e providos.

Na hipótese dos autos, diferentemente, tem-se ação declaratória, movida sob o rito ordinário, na qual o depósito judicial visando à suspensão do crédito tributário cai na regra geral, somente podendo ser levantado após o trânsito em julgado da decisão favorável ao contribuinte, conforme a jurisprudência desta Corte:

Finsocial — Liberação dos depósitos judiciais — Deferimento do pedido de parcelamento.

Em execução provisória, não se permite levantamento de depósito sem caução idônea.

O depósito efetuado para suspender a exigibilidade do crédito tributário é feito também em garantia da Fazenda e só pode ser levantado após sentença final transitada em julgado, se favorável ao contribuinte.

Recurso provido.

(REsp n. 119.359/DF, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, DJ de 08.06.1998, p. 20).

Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança. Depósito judicial para suspensão da exigibilidade de crédito tributário (art. 151, II, do CTN). Disponibilidade do montante condicionada ao trânsito em julgado da ação principal (arts. 9º, I, e 32, parágrafo 2º, da Lei n. 6.830/1980).

I - É vedado ao autor o levantamento de depósito judicial suspensivo da cobrança de crédito tributário em constituição, antes do trânsito em julgado da ação proposta, consoante o disposto nos art. 150, II, do CTN, c.c. o art. 32, parágrafo 2º, da Lei n. 6.830/1980. Precedentes.

II - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 142.370/PE, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, unânime, DJ de 20.04.1998, p. 69).

Tributário. Ação declaratória. Depósito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário. Levantamento.

I - Somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, o depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário, após o trânsito em julgado da sentença. Lei n. 6.830, de 22.09.1980, arts. 32, parágrafo 2º, e 38.

II - Recurso ordinário desprovido.

(ROMS n. 4.231/DF, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, unânime, DJ de 09.12.1996, p. 49.235).

Execução fiscal — Depósito — Conversão em renda — Rescisória.

Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito será entregue à Fazenda Pública, se a ação movida pelo contribuinte for julgada improcedente. A ação rescisória não suspende a execução.

Recurso improvido.

(REsp n. 108.583/RS, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, DJ de 18.05.1998, p. 31).

Processual Civil. Mandado de segurança. Liminar garantida por depósito para suspender a exigibilidade (CTN, arts. 151, II, e 156, VI).

1. A compensação ou a conversão em renda do valor depositado para suspender a exigibilidade do crédito tributário somente viabiliza-se após o trânsito em julgado do provimento judicial terminativo do litígio, inadmitindo-se a antecipação da execução, indevidamente forçando a extinção do processo.

2. Multiplicidade de precedentes.

3. Recurso improvido.

(REsp n. 95.290/PR, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, unânime, DJ de 10.11.1997, p. 57.704)

Feitas tais considerações, verifico que, na hipótese dos autos:

a) a ação principal, a que se refere o presente recurso especial, consiste em *ação ordinária* ajuizada perante a Seção Judiciária de Minas Gerais, onde recebeu o n. 93.0023746-2/MG;

b) julgada improcedente a demanda, o TRF da 1ª Região negou provimento ao apelo (AC n. 95.01.32306-4/MG);

c) interposto recurso especial pelas empresas autoras, foi ele distribuído ao Ministro Aldir Passarinho, tendo a Segunda Turma decidido em acórdão assim ementado:

Tributário. Cofins. Venda de imóveis. Não incidência. Lei Complementar n. 70/1991. Código Comercial, art. 191. CTN, art. 110.

I - O art. 2º da Lei Complementar n. 70/1991 prevê a incidência da Cofins sobre a receita bruta das vendas de mercadorias, situação em que não se enquadram os imóveis, em face da conceituação prevista no art.

191 do Código Comercial brasileiro, que não pode ser elastecida para efeitos tributários, em face dos comandos dos arts. 109 e 110 do CTN.

II - Destarte, para que se pudesse aplicar a exação sobre a venda de imóveis, a determinação legal teria de se fazer expressa, do que não cuidou a LC n. 70/1991.

III - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 110.962/MG, DJ de 03.05.1999, p. 131)

d) acolhidos embargos declaratórios para corrigir contradição em torno da sucumbência, foram interpostos embargos de divergência, cuja relatoria coube ao Ministro Milton Luiz Pereira; a Primeira Seção, em 25.10.2000, decidiu:

Tributário. Cofins. Construção e vendas de imóveis. Legalidade da incidência. Leis Complementares ns. 56/1987 (itens 32, 34 e 50) e 70/1991 (arts. 2º e 6º) CTN, art. 111. Lei n. 4.591/1964. Decreto-Lei n. 2.397/1987 (art. 1º).

1. As empresas edificadoras de imóveis, bens aptos à comercialização, realizam negócios jurídicos de natureza mercantil, celebrados com clientes compradores. Observada a relação jurídica entre o Fisco e contribuinte criada pela lei, caracterizada atividade empresarial com intuito de lucro, divisados atos mercantis, é legal a incidência da Cofins nas negociações empresariais e nos serviços prestados, negócios jurídicos tributáveis.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Embargos acolhidos.

(DJ de 12.08.2002, p. 161)

e) opostos, sucessivamente, dois embargos de declaração, foram ambos rejeitados;

f) da decisão desta Corte, foi aviado recurso extraordinário que, inadmitido, ensejou o AG/RE n. 15.357/MG que, no STF, recebeu o n. 468.024/MG (Relator Ministro Cezar Peluso) e ainda se encontra pendente de julgamento.

g) no curso da mencionada ação ordinária, formularam as empresas pedido de levantamento dos depósitos efetuados e, posteriormente, de substituição por garantia real, o que lhes foi negado, ensejando o Ag n. 2002.01.00.041192-6/MG que, improvido, originou o presente recurso especial;

h) em 12.08.2004, ajuizaram as recorrentes a MC n. 8.794/MG, afirmando que:

— em 23.07.2003, formularam pedido de adesão ao Paes — Parcelamento Especial, de que trata a Lei n. 10.684/2003;

— o numerário depositado, objeto do REsp n. 591.638/MG, está indisponível sem nenhum propósito, porque suspensa a exigibilidade dos créditos tributários em razão do parcelamento superveniente já deferido.

Ao final, pleiteiam a concessão de liminar, possibilitando o levantamento imediato dos valores depositados, permanecendo como caução desta medida liminar os imóveis indicados no recurso especial do qual é dependente.

Observe-se, primeiramente, que segundo o entendimento contido no REsp n. 543.442/PI (acima transcrito), em se tratando de ação ordinária, os depósitos somente poderão ser levantados após o trânsito em julgado da decisão favorável ao contribuinte.

Contudo, existe fato novo, não noticiado nestes autos, de extrema relevância: a adesão das empresas a programa especial de parcelamento, previsto na Lei n. 10.684/2003, que, segundo elas, teria abrangido os débitos discutidos e objeto de depósito judicial.

Tais informações causam estranheza, visto que o art. 4º, II, da mencionada norma prevê que, para ter direito ao parcelamento, o contribuinte deverá renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam ações judiciais, providência que, ao que consta dos andamentos processuais, não foi por elas requerida e até colide com a insistência das recorrentes que, a todo custo, buscam se apoderar do numerário.

Além disso, segundo o art. 6º da Lei n. 10.684/2003, os depósitos judiciais existentes, vinculados aos débitos a serem parcelados, *serão automaticamente convertidos em renda da União*, concedendo-se o parcelamento sobre o *saldo remanescente*.

Por todas essas razões, concluo inexistir direito ao pleiteado levantamento e muito menos à pretendida substituição por bens imóveis.

Nego, pois, provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 611.970 — SP (2003/0221683-6)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Indústrias Matarazzo de Papéis S/A
Advogado: Gustavo Santos Geronimo
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Renato Peixoto Piedade Bicudo e outros

EMENTA

Processual Civil. Honorários periciais. Art. 33 do CPC.

1. A reavaliação de bem penhorado decorrente de impugnação não é providência que pode ser determinada de ofício.

2. Aquele que requereu nova avaliação deve arcar com os ônus dos honorários periciais, nos exatos termos do artigo 33 do CPC.

3. Recurso especial 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Franciulli Netto. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 18.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Em sede de agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou o entendimento, resumido na seguinte ementa:

> "Agravo de instrumento — Decisão que reconheceu preclusa a possibilidade de reavaliação do bem — Reforma — Suspensão do processo revogada — Reavaliação a ser feita por pessoa habilitada — Matéria preclusa — Honorários a cargo da agravante — Depósito a ser realizado em 3 dias sob pena de preclusão — Recurso provido em parte" (fl. 126).

Com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, foi interposto recurso especial, sob o fundamento de que o acórdão negou vigência ao artigo 33 do Código de Processo Civil. Sustenta que a parte que solicita a perícia deve arcar com os honorários periciais. Diz ter solicitado apenas a reavaliação do imóvel a ser efetuada por avaliador oficial, que não recebe remuneração, daí ser indevida sua condenação em honorários periciais.

Nas contra-razões, a Fazenda Estadual ressalta não haver dúvidas, pois "o executado impugnou a avaliação e requereu outra, motivo pelo qual o Juízo nomeou avaliador".

O recurso não logrou ser admitido na origem, o que motivou a interposição de agravo de instrumento que restou provido e convertido em especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Colhe-se dos elementos constantes dos autos que a ora recorrente pediu reavaliação do bem penhorado, por entender que o valor a ele atribuído é muito inferior ao real. Efetuada nova avaliação por perito designado, inconforma-se o executado ante a condenação ao pagamento de honorários de perito, por entender que a perícia não foi por ele requerida.

Devidamente prequestionado o dispositivo legal tido por violado, conheço do recurso especial pela alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

Deixo de conhecer o recurso, entretanto, pela alínea **c** do permissivo constitucional, posto que a recorrente deixou de cumprir as formalidades exigidas pelo art. 541, parágrafo único, do Código de Ritos e 255 do RISTJ, no que se refere à comprovação do dissídio jurisprudencial, limitando-se à transcrição de ementa de acórdãos confrontados, sem proceder ao cotejo analítico, à indicação do repositório oficial de jurisprudência ou, mesmo, à juntada aos autos de cópia integral e autenticada dos precedentes invocados.

Assim, conhecendo do recurso apenas pela invocada afronta ao artigo 33 do Código de Processo Civil, passo a seu exame.

Do voto condutor do acórdão recorrido, sobressai que, requerida nova avaliação e ante a inexistência de avaliador oficial, "foi nomeada pessoa habilitada, tal como previsto no § 2º" (fl. 127). Concluiu ainda o Tribunal de origem que "como a reavaliação decorre da impugnação apresentada pela agravante, não se trata de providência determinada de ofício, o que torna inaplicável o art. 33, parte final, do Código de Processo Civil".

Como visto, o acórdão recorrido não merece reforma, posto que dúvidas não há de que o Juiz singular determinou nova avaliação em razão da impugnação feita pelo ora recorrente ao valor do bem penhorado, que requereu nova avaliação. Como acentuado no voto condutor do aresto recorrido, a reavaliação decorrente de impugnação não é providência que pode ser determinada de ofício. Assim, aquele que requereu nova avaliação, no caso, a ora recorrente deve arcar com os ônus dos

honorários periciais, nos exatos termos do artigo 33 do Código de Processo Civil, entendimento amparado por precedentes desta Corte, dos quais invoco:

"Processo Civil. Perícia. Honorários do perito. Antecipação pela parte que requereu.

A remuneração do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, devendo ser também por ela antecipada" (REsp n. 187.921/PR, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 10.11.1998);

"Processual Civil. Execução fiscal. Solicitação de perícia. Honorários do perito a serem suportados por quem requereu. Precedentes.

1. Nos termos dos arts. 19 e 33 do CPC, é vasta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a parte que requer a perícia é quem deve arcar com o pagamento dos honorários periciais.

2. Recurso especial provido" (REsp n. 515.199/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 15.09.2003).

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 644.223 — SC (2004/0028589-2)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Saulo Soares
Advogado: Clenio Callegaro da Silveira
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Rodrigo Pereira da Silva Frank e outros

EMENTA

Recurso especial. Tributário. Importâncias pagas em decorrência de sentença trabalhista. Imposto de renda. Responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto.

A falta de cumprimento do dever de recolher na fonte, ainda que importe em responsabilidade do retentor omisso, não exclui a obrigação do pagamento pelo contribuinte, que auferiu a renda, de oferecê-la à tributação, por ocasião da declaração anual, como aliás, ocorreria se tivesse havido recolhimento na fonte.

Em que pese ao erro da fonte não constituir fato impeditivo de que se exija a exação daquele que efetivamente obteve acréscimo patrimonial, não se pode chegar ao extremo de, ao afastar a responsabilidade daquela, permitir também a cobrança de multa deste.

Recurso especial 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente o Dr. Clênio Callegaro da Silveira, pelo recorrente.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 25.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial, interposto por Saulo Soares, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em demanda em que se discute a responsabilidade pelo recolhimento do imposto de renda sobre verbas recebidas em decorrência de reclamatória trabalhista.

No v. julgado, o Tribunal **a quo** houve por bem firmar o entendimento de que muito embora a fonte pagadora tenha a obrigação de reter o imposto de renda na fonte, mas, caso esta retenção não se efetive, a obrigação de pagar o imposto de renda passa a ser do contribuinte, que adquiriu a disponibilidade econômica.

Pretende o contribuinte a reforma do v. julgado, porquanto entende que ouve vulneração dos artigos 517, 574, 576 e 577, todos do Decreto-Lei n. 85.450/1980, ao passo que sustenta divergência jurisprudencial e colaciona arestos.

Aduz, ainda, que a lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe cabiam e, nesse passo, que o substituto tributário do imposto de renda de pessoa física responde pelo pagamento do tributo, caso não tenha feito a retenção na fonte e o recolhimento devido.

Pugna, por derradeiro, pela anulação do lançamento fiscal e pelo reconhecimento da responsabilidade do substituto tributário pelo pagamento do tributo ante a ausência de retenção na fonte e do recolhimento devido pelo BRDE.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator.): Cinge-se a controvérsia dos autos à definição do responsável pelo recolhimento do imposto de renda nos casos de não-retenção do imposto devido na fonte, assim como a saber se incide ou não a aplicação de multa em face da declaração do rendimento como renda não-tributável.

No que se refere à responsabilidade tributária, o art. 45, parágrafo único, do CTN define a fonte pagadora como sendo o sujeito passivo pela retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre verbas passíveis de tributação. É a seguinte a redação do citado dispositivo:

> "Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o art. 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.
>
> Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam."

A permissão para que seja eleito como responsável tributário aquele que não se reveste da condição de contribuinte, desde que tal obrigação decorra de expressa disposição de lei, foi prevista no art. 121, parágrafo único, inciso II, do **Codex** Tributário, que dispõe:

> "Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:
>
> II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei."

Hugo de Brito Machado, ao lecionar sobre a responsabilidade tributária da fonte pagadora pela retenção dos tributos, afirma que "a atribuição da condição de responsável à fonte pagadora da renda ou dos proventos não corresponde à imposição de obrigação acessória. A obrigação, no caso, é principal. Seu objeto é um pagamento. O sujeito passivo da obrigação é que deixou de ser, nessa oportunidade, o contribuinte e passou a ser o responsável. Trata-se de atribuição, a terceiro, de responsabilidade pelo adimplemento de obrigação tributária principal" ("Comentários ao Código Tributário Nacional", 6ª ed., Ed. Forense, p. 97).

Todavia, a lei não excluiu a responsabilidade do contribuinte que aufere a renda ou provento, que tem relação direta e pessoal com a situação que configura o fato gerador do tributo, que é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou do provento e, portanto, guarda relação natural com o fato da tributação.

Aplicado o mesmo raciocínio, se, por hipótese, o responsável deixa de reter o tributo devido pelo contribuinte e, nada obstante, efetua o pagamento, ainda assim, não poderia ele ajuizar a ação de repetição de indébito, já que o indébito era alheio e, como é sabido, "salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes" (art. 123 do Código Tributário Nacional).

Assim, o contribuinte continua obrigado a declarar o valor por ocasião do ajuste anual, podendo, inclusive, receber restituição ou ser obrigado a suplementar o pagamento. A falta de cumprimento do dever de recolher na fonte, ainda que importe em responsabilidade do retentor omisso, não exclui a obrigação do pagamento pelo contribuinte, que auferiu a renda, de oferecê-la à tributação, por ocasião da declaração anual, como aliás, ocorreria se tivesse havido recolhimento na fonte.

Na esteira desse entendimento, outrora manifestou-se este Sodalício, conforme se depreende do seguinte precedente, **verbis**:

> "Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Não-conhecimento. Decisão em parte unânime. Interposição simultânea com embargos infringentes. Imposto de renda retido na fonte. Importâncias pagas em decorrência de sentença trabalhista. Responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Fonte pagadora.
>
> 1. De acordo com a redação do artigo 498 do Código de Processo Civil, anterior às alterações introduzidas pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001, caberia à parte vencida interpor simultaneamente o recurso especial contra parte unânime e os embargos infringentes relativos à questão decidida por maioria de votos. Não o fazendo, não poderia após o julgamento dos embargos infringentes, interpor recurso especial para discutir a matéria que teve julgamento por unanimidade, porque, nesta parte, ocorreu o trânsito em julgado da decisão.
>
> 2. O art. 45, parágrafo único, do CTN, define a fonte pagadora como sendo o sujeito passivo pela retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre verbas passíveis de tributação.

3. Todavia, a lei não excluiu a responsabilidade do contribuinte que aufere a renda ou provento, que tem relação direta e pessoal com a situação que configura o fato gerador do tributo, que é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou do provento e, portanto, guarda relação natural com o fato da tributação. Assim, o contribuinte continua obrigado a declarar o valor por ocasião do ajuste anual, podendo, inclusive, receber restituição ou ser obrigado a suplementar o pagamento. A falta de cumprimento do dever de recolher na fonte, ainda que importe em responsabilidade do retentor omisso, não exclui a obrigação do contribuinte, que auferiu a renda de oferecê-la à tributação, como aliás, ocorreria se tivesse havido o desconto na fonte.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido" (REsp n. 416.858/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 15.03.2004).

Pelo que precede, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 678.645 — PE (2004/0135661-4)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Nilton Maia de Farias
Advogados: Nilton Maia de Farias (em causa própria) e outro
Recorrido: Banco do Brasil S/A
Advogados: Gilberto Eifler Moraes e outros
Recorrida: União

EMENTA

Processual Civil. Ilegitimidade **ad causam**. Exclusão da lide. Recurso cabível.

1. Embora a ação tenha prosseguimento em relação a um dos litisconsortes, houve extinção em relação à União, quando afastada por acolhimento da preliminar de ilegitimidade **ad causam**.

2. Havendo sentença terminativa, o recurso cabível é a apelação, nos termos do artigo 513 do CPC.

3. Recurso especial 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, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 12 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 03.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Em apelação cível, à unanimidade, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região exarou acórdão, representado pela ementa, a saber:

> "Processual Civil e Constitucional. Reparação de danos com base na anistia prevista no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Hipótese em que não apontado ato de preposto da União Federal, nem prisão por ordem de agente federal ou em estabelecimento da União. Exclusão da lide da União Federal. Declinatória de competência pelo Juiz Federal. Decisão interlocutória. Inadequação do recurso interposto. Esgotado o prazo para interposição do agravo, inviabiliza-se a fungibilidade recursal. Apelo não conhecido" (fl. 273).

Foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados, por unanimidade, em acórdão assim ementado:

> "Processual Civil. Decisão que exclui da lide a União e declina da competência. Decisão interlocutória que ensejaria agravo de instrumento. Acórdão que resolveu a questão processual, de modo claro. Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão.
>
> Embargos de declaração improvidos" (fl. 283).

Os novos embargos de declaração opostos foram rejeitados, por maioria, em aresto sintetizado na ementa, **verbis**:

> "Processual Civil. Embargos de declaração ante acórdão que julgou idêntico recurso. Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão. Improvimento" (fl. 305).

Com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, Nílton Maia de Farias interpôs recurso especial, sustentando que o acórdão atacado negou vigência aos artigos 162, § 1º, 267 e 513 do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial. Entende que "se só havia mesmo um dos réus — União Federal — impondo o ajuizamento e manutenção do processo na Justiça Federal (CF/ADCT art. 8º c.c. CF art. 109, I), — ao excluir a União da lide (CPC/art. 267, VI), o douto Juiz **a quo** prolatou dessarte uma sentença (CPC/art. 162, parágrafo 1º), **ipso facto** recorrível pela via da apelação (CPC/art. 513)."

As contra-razões foram apresentadas às fls. 322/326, pela União, e às fls. 327/330, pelo Banco do Brasil S/A.

O recurso especial não foi admitido no Tribunal de origem, subindo os autos a esta Corte em razão do agravo de instrumento interposto.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso, em parecer assim resumido:

> "Responsabilidade civil. Prisão ilegal e violação de contrato de trabalho — Fatos independentes imputados à União e sociedade de economia mista — Decisão que exclui do feito a União e declina da competência para a Justiça do Trabalho quanto a outra — Recurso cabível.
>
> — O autor demandou indenização por dano moral contra a União, em virtude de prisão ilegal por motivo de convicções políticas. Igualmente por dano moral e material contra sociedade de economia mista de que era empregado porque, pelo mesmo motivo, o teria preterido na progressão funcional garantida por contrato de trabalho.
>
> — Se o juiz extinguiu o feito quanto à União, pela prisão, e se deu por incompetente para julgar o empregador pela alegada infringência ao contrato de trabalho, o recurso cabível é a apelação, e não o agravo de instrumento.
>
> — Parecer pelo provimento do recurso" (fls. 252/253).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Cuida-se de recurso especial contra acórdão que entendeu não ser cabível apelação contra decisão que excluiu a União do pólo passivo da demanda e extinguiu o processo.

A matéria foi discutida na origem, estando presente o requisito do prequestionamento, contudo, observo que o dissídio jurisprudencial não restou demonstrado nos moldes regimentais, pois o recorrente não cuidou de colacionar o inteiro teor

dos acórdãos que entende divergentes, tampouco houve citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que foram publicados, motivo pelo qual conheço do recurso apenas pela alínea **a** do permissivo constitucional.

O Juiz Federal, em ação ordinária proposta contra a União e o Banco do Brasil S.A, assim concluiu:

> "(...) acolho a preliminar de ilegitimidade passiva **ad causam** da defesa da União Federal e, com relação a essa pessoa jurídica de direito público, dou este processo por extinto, sem apreciação do mérito, e, tendo em vistas as características desta ação, deixo de condenar o autor em verba honorária.
>
> Outrossim, tendo em vista o acima consignado, reconheço a incompetência absoluta desta Justiça Federal e a declino para um dos Juízes da Justiça do Trabalho, para onde determino, após baixa nesta Justiça Federal, a remessa destes autos, para todos os fins legais" (fl. 134).

Contra esta decisão foi interposta apelação que não foi conhecida pelo Tribunal **a quo**, pelos seguintes fundamentos:

> "A decisão que declina da competência e ordena a remessa dos autos à Justiça do Trabalho é tipicamente interlocutória, ensejando o agravo de instrumento, e não a apelação. Sem relevo o fato de a União ter sido excluída da lide, porque o recurso não é de tal entidade, e sim do autor, em relação a quem não se deu o encerramento do feito.
>
> No caso não se pode aplicar o princípio da fungibilidade porque o recurso foi interposto após decorrido o prazo para o agravo de instrumento" (fl. 169).

Como visto, o Tribunal de origem entendeu não se tratar de decisão terminativa, mas sim interlocutória, por isso o recurso cabível seria o agravo de instrumento e não a apelação. Contudo, ao afastar a legitimidade da União o juiz sentenciante extinguiu o processo em relação a ela, tanto que deixou de condenar o autor em honorários, em razão das peculiaridades da ação.

Muito embora a ação tenha prosseguimento em relação a um dos litisconsortes, houve extinção em relação à União, que foi afastada por acolhimento da preliminar de ilegitimidade **ad causam**. Não se limitou o julgador a resolver mera questão incidente, mas pôs termo ao processo, excluindo uma das partes da lide, donde resulta para o autor o direito de apelar ao Tribunal de origem.

Houve sentença terminativa em relação à União — excluída da lide —, e que o recurso interposto impugnou exatamente essa exclusão. Tratando-se de sentença terminativa, o recurso cabível é a apelação, nos termos do artigo 513 do Código de Processo Civil que preconiza que "da sentença caberá apelação".

Nesse sentido tem se posicionado esta Corte, como demonstram os seguintes precedentes:

"Processual Civil — Decisão que extingue o processo, sem julgamento de mérito — Sentença terminativa — Inexistência **decisum** interlocutório — Recurso cabível — Apelação — Art. 513 do CPC.

O MM. Juízo Federal, ao exarar decisão excluindo da lide o Banco Central do Brasil, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, não decidiu mera questão incidental, mas proferiu sentença terminativa.

Destarte, o recurso cabível, na espécie, é a apelação, **ex vi** do art. 513 do Estatuto Adjetivo Civil.

Recurso especial conhecido e provido" (sem grifos no original — REsp n. 205.584/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 16.09.2002);

"Processual Civil. Decisão que exclui da lide os únicos réus que integravam o pólo passivo da demanda e declina da competência para a Justiça Estadual. Apelação interposta e não conhecida sob o fundamento de que caberia agravo de instrumento, por não findar a relação processual. Recurso especial (art. 105, III, **a**, CF). Negativa de vigência aos artigos 162, 267 e 513 do CPC. Ausência de menção expressa no acórdão dos dispositivos tidos por violados. Irrelevância se houve pronunciamento do Tribunal de origem acerca da questão — Recurso especial conhecido e provido para que a apelação seja apreciada pelo tribunal **a quo**.

Se o Tribunal de origem decidiu a questão acerca dos dispositivos tidos por violados, embora não os tenha mencionado expressamente, merece conhecimento o recurso especial.

A decisão que põe termo ao processo ao excluir da lide os únicos réus que a compõem deve ser enfrentada por apelação, pois consiste em sentença terminativa e não decisão interlocutória.

A circunstância de ter sido declinada a competência para a Justiça Estadual, não possui força para restabelecer uma relação processual rompida, em face da exclusão do pólo passivo ilegítimo para figurar na demanda.

Recurso especial conhecido e provido. Decisão unânime" (REsp n. 179.193/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 15.05.2000);

"Processual Civil. Apelação. Decisão que afasta um dos réus do pólo passivo da demanda, por considerá-lo parte ilegítima.

1. A sentença se caracteriza pela ordem possível de se tornar definitiva e emanada de sua parte dispositiva.

2. O **decisum** de primeiro grau que exclui da demanda um réu, determinando a inclusão de outros, é atacável pela via do recurso de apelação, sendo inviável, para tanto, o agravo de instrumento (RTJ), vol. 971/934, RE n. 93.664/RJ).

3. Recurso provido para que a apelação seja apreciada" (REsp n. 178.434/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 03.11.1998).

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial*, determinando o retorno dos autos para o Tribunal de origem, para que seja examinada a apelação interposta.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 725.240 — PR (2005/0024344-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF
Advogados: Vera Lúcia Bicca Andujar e outros
Recorridos: Paulino de Jesus Fragoso e outros
Advogados: Marcelo da Silva e outros

EMENTA

Processual Civil. FGTS. Transação. Termo de adesão. Lei Complementar n. 110/2001. Exibição de documentos. Extratos das contas. Responsabilidade da CEF. Extinção do feito.

1. Restabelecida a decisão agravada, que homologou o acordo feito entre as partes e extinguiu o processo com julgamento do mérito.

2. A jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento no sentido da responsabilidade da CEF, como gestora do FGTS, pela apresentação dos extratos das contas vinculadas inclusive em período anterior à vigência da Lei n. 8.036/1990.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente 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, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Franciulli Netto e Castro Meira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Ausente, ocasionalmente, a Srª. Ministra Eliana Calmon. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 22 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: A Caixa Econômica Federal manifestou recurso especial, seguido de extraordinário, pelo permissivo constitucional das letras **a** e **c**, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região que, em sede de agravo de instrumento, reformou a decisão do juízo singular, entendendo inviável a homologação do acordo entre as partes, pois a transação foi realizada sem a participação dos procuradores constituídos pelos agravantes, nos seguintes termos (fl. 32):

> "Administrativo. Processual Civil. FGTS. Execução de sentença. Acordo previsto na LC n. 110/2001. Homologação. Descabimento. Extratos das contas vinculadas. Obrigação da CEF.
>
> 1. A teor do que prevê o disposto no art. 842 do Código Civil de 2002, recaindo a transação sobre direitos contestados em juízo, o respectivo ato deve ser feito por escritura pública, ou por termo nos autos. **In casu**, a transação não observou nenhuma das hipóteses do suporte fático da norma civil, descabendo a sua homologação.
>
> 2. No que se refere à juntada dos extratos necessários à propositura da execução do julgado, a Caixa Econômica Federal é quem deve proporcionar ao exeqüente os documentos. Precedentes da Segunda Seção."
>
> Rejeitados os embargos declaratórios.

A recorrente alega violação aos artigos 7º da Lei Complementar n. 110/2001, introduzido pelo art. 4º, IV e § 1º, do Decreto n. 3.913/2001; 1.289, § 1º, do Código Civil e 604 do CPC, insurgindo-se contra a invalidação do acordo firmado entre as partes e pleiteia ainda seja desimcumbida da apresentação dos extratos, pois tal obrigação vem sendo cumprida rigorosamente através da internet e auto-atendimento do cidadão pelo disque Caixa.

Sem contra-razões, apenas o recurso especial foi admitido na origem, tendo sido interposto agravo para o STF.

Dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Inicialmente, cumpre observar que o artigo 1.289, § 1º, do Código Civil não foi devidamente prequestionado pelo acórdão recorrido e nem foram opostos embargos de declaração para fazê-lo, o que atrai o óbice das Súmulas ns. 282 e 356 do STF.

Quanto ao acordo firmado entre as partes, o Juízo Federal de 1ª Instância homologou as transações e extinguiu o processo com julgamento do mérito, tendo os autores recebido o valor administrativamente.

Dessa forma, o acordo foi celebrado entre as partes com base na Lei Complementar n. 110/2001, tendo estas se manifestado pela extinção do processo com julgamento do mérito. Portanto o negócio jurídico da transação é legal e já produziu os seus efeitos, ou seja, a devolução das diferenças de correção monetária dos saldos do FGTS.

Como bem ilustrou o Ministro Franciulli Netto, "Se o negócio jurídico da transação já se encontra concluído entre as partes, impossível é a qualquer delas o arrependimento unilateral. Sendo válido o acordo celebrado, obriga-se o juiz à sua homologação, salvo se ilícito o seu objeto, incapazes as partes ou irregular o ato, o que não ocorreu no presente caso."

No mesmo sentido:

> "Processual Civil. Agravo regimental. FGTS. Honorários. Matéria fática. Transação. Desistência. Impossibilidade.(...) 2. A transação é um negócio jurídico perfeito e acabado, que, após celebrado, obriga as partes contraentes. Uma vez firmado o acordo, impõe-se ao juiz a sua homologação, salvo se ilícito o seu objeto, incapazes as partes ou irregular o ato. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp n. 634.971/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 18.10.2002).

Quanto à exibição dos extratos, a jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento acerca da responsabilidade da CEF, como gestora do FGTS, pela apresentação dos extratos das contas vinculadas inclusive em período anterior à

migração das contas (Lei n. 8.036/1990), conforme demonstra a decisão proferida pela Ministra Eliana Calmon no REsp n. 636.663/PE, de seguinte teor:

> FGTS — Execução de sentença — Apresentação de extratos — Recurso especial a que se nega seguimento (art. 557 do CPC). (...) A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto ao tema, conforme revelam os seguintes precedentes: Processo Civil e Administrativo — FGTS — Execução de sentença — Extratos das contas vinculadas. 1. Com a Lei n. 8.036/1990, as contas vinculadas do FGTS foram centralizadas pela CEF, na qualidade de agente operador, tendo determinado o art. 24 do Decreto n. 99.684/1990 que o banco depositário, na ocasião da migração das contas, deveria informar à CEF, de forma detalhada, toda a movimentação. 2. Ônus da CEF de fornecer extratos, inclusive referente a período anterior à migração das contas. 3. Recurso especial improvido. (REsp n. 567.081/PE, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime, DJ de 15.03.2004, p. 253) Administrativo. FGTS. Movimentação das contas vinculadas. Demonstração. Ônus. CEF. 1. Sendo a CEF 'agente operador' do FGTS, cabe-lhe, nessa qualidade, 'centralizar os recursos e emitir regularmente os extratos individuais correspondentes à conta vinculada' (art. 7º, I, da Lei n. 8.036/1990). 2. Nos termos do art. 24 do Decreto n. 99.684/1990, ficou estabelecido o procedimento quanto à migração das contas vinculadas, sendo a CEF informada pelo banco depositário, de forma detalhada, de toda a movimentação, no período anterior à centralização, nesse contexto, não há razão para impor à parte autora o ônus de apresentar tais documentos. 3. Recurso improvido. (REsp n. 409.159/SC, Ministro José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ de 09.06.2003, p. 176) No mesmo sentido são as seguintes decisões monocráticas: REsp n. 635.000/PB, REsp n. 635.589/PE e REsp n. 608.333/CE. Com essas considerações, nos termos do art. 557 do CPC, nego seguimento ao recurso especial."

No mesmo sentido os REsps ns. 409.159, 695.234, 664.383, 661.095, AgRg no REsp n. 607.674.

Inexiste, desta forma, violação aos dispositivos apontados pela recorrente, o que torna infrutífera a sua pretensão.

Conheço do recurso da CEF e lhe dou parcial provimento, para restabelecer a decisão agravada, homologando o acordo feito entre as partes e extinguindo o processo, nos termos do art. 269, III, do CPC.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 18.286 — PR (2004/0073221-3)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Anita Benetti Nicaretta

Advogado: Carlos Alberto Pereira

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Recorrido: Estado do Paraná

Procuradores: César Augusto Binder e outros

EMENTA

Processo Civil e Administrativo — Mandado de segurança — Pagamento de precatório — Quebra da ordem cronológica — Prova pré-constituída insuficiente — Ausência de direito líquido e certo.

1. O precatório, após ser protocolado quando ingressar no Tribunal, pode ser baixado em diligência e, por isso, não estar apto à requisição de pagamento em 1º de julho.

2. Refoge à sistemática a quitação dos créditos de natureza alimentícia (§ 1º - A do art. 100 da CF) e as dívidas de pequeno valor (art. 100, § 3º da CF c.c. Lei Estadual n. 12.601/1999 e Decreto Governamental n. 1.511/1999).

3. Somente será requisitado o pagamento dos precatórios devidamente processados e deferidos até 1º de julho de cada ano. Para determinar a ordem cronológica dos precatórios, o Presidente da Corte de Justiça obedece à prenotação (protocolo) recebida pelo requisitório na sua autuação. Em seguida, ele formula requisição de pagamento à entidade de direito público devedora.

4. A simples demonstração de que houve pagamento de precatório com número de requisitório superior ao da impetrante não é suficiente para demonstrar que houve quebra na ordem cronológica de pagamento.

5. Em mandado de segurança exige-se prova pré-constituída para a comprovação do direito líquido e certo pleiteado.

6. Recurso 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 29.11.2004

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim ementado:

> Mandado de segurança — Pagamento de precatório — Alegada preterição ao pretenso direito da impetrante — Perquirição que demanda análise e exame complexo de provas — Inadmissibilidade em sede de *writ of* **mandamus** — Segurança denegada.
>
> A pretensão da impetrante não pode ser acolhida, posto que, necessitando da produção de provas concretas, mostra-se inviável diante do colecionado na exordial, que demandaria, ademais, análise unilateral de prova documental 'complexa'. Diante disso, a segurança deve ser denegada. (Fl. 341)

Alega a recorrente que o ato impugnado atenta contra o art. 100 da CF/1988, art. 6º, parágrafo único da Lei n. 9.469/1997 e o § 2º do art. 1º do Decreto Estadual n. 4.873/1989, por não estar sendo respeitada a ordem cronológica de pagamento de precatório requisitório.

Afirma que o primeiro impetrado recebeu junto com o numerário destinado ao pagamento dos precatórios uma ilegal listagem, contendo nomes de "apadrinhados, apaniguados e amigos do rei", em detrimento da recorrente e de centenas de outros credores judiciais alimentares.

Informa que ingressou com pedido de seqüestro de verbas públicas, o que lhe foi negado, sob o argumento de que a ordem cronológica de protocolo de registro do requisitório é do Poder Executivo e não do Poder Judiciário; diante de nova preterição, impetrou o presente **mandamus** por ter sido violado seu direito líquido e certo à obediência da ordem cronológica do pagamento de precatórios.

Sustenta ser plenamente cabível o *writ* para coibir a prática do ato ilegal e o abuso de poder e aduz não se tratar de exame de prova complexa, pois acompanhou a inicial a listagem do protocolo geral do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, comprovando pagamentos fora da ordem cronológica.

Após as contra-razões, o *Ministério Público Federal* opinou pelo improvimento do recurso.

Relatei.

VOTO

A Srª. Ministra Eliana Calmon (Relatora): O indeferimento do pedido de seqüestro ensejou a presente impetração, cuja segurança foi denegada porque, segundo o Tribunal, a ordem dos precatórios é determinada com o recebimento de requisições pela Secretaria de Estado da Fazenda, órgão competente para administrar o Sistema de Controle de Precatórios Judiciais; como a impetrante somente juntou a lista de requisições protocoladas junto ao TJ/PR e não perante o Estado, à mingua de prova da preterição, foi considerada legítima a decisão administrativa indeferitória do pedido de seqüestro, cujas nuances estão bem retratadas no parecer emitido pelo Subprocurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná, Dr. Lineu Walter Kirchner, assim resumido:

a) o Precatório Requisitório n. 10.031, pertinente à Srª. Zoila De Oliveira Câmara, foi protocolado no Tribunal em 08.02.2000;

b) segundo informações do órgão interno do TJ/PR, quanto à ordem de pagamento dos precatórios, vem sendo observada a ordem de protocolo das requisições de pagamentos junto ao protocolo geral do Estado ou órgão devedor, cuja ordem contida na relação, no caso, da Secretaria de Estado da Fazenda, vem sendo cumprida;

c) os pagamentos feitos a Maria Rodrigues Noronha e Maria Inês Bianek deram-se com fundamento na Lei Estadual n. 12.601/1999, que dispõe sobre o pagamento de precatórios de pequeno valor;

d) o Estado do Paraná, disciplinando a referida Lei Estadual n. 12.601/1999, no Decreto Governamental n. 1.511/1999, estabeleceu uma nova ordem a ser seguida em relação aos débitos de pequeno valor (até 5.400 UFIRs) constantes de precatórios já expedidos;

e) a preterição ocorre, efetivamente, quando o pagamento desobedecer a ordem cronológica estatuída nas listagens da entidade devedora (SPI);

f) não se pode levar em conta o número dado ao precatório requisitório no Tribunal porque, em diversas hipóteses, os processos não se encontram

devidamente instruídos como determina o art. 276 e incisos do RITJPR, impondo-se a adoção da providência estabelecida no parágrafo único do art. 277 do mesmo ato normativo;

g) nesse contexto, como exemplo, pode ocorrer que, enquanto o primeiro precatório — com prenotação anterior — baixa à origem, outros tantos, que já foram protocolados e devidamente instruídos, recebem deferimento, inclusive com posterior requisição de pagamento; se isso ocorrer antes do mês de julho, obviamente que aquele primeiro requisitório — que baixou à origem — só poderá ser incluído na lei orçamentária referente ao exercício posterior, não podendo ser pago antes dos demais que, muito embora ostentem protocolo posterior no Tribunal, *chegaram antes ao devedor*; ocorrendo tal hipótese, a prenotação na Corte de Justiça não poderia ser considerada como marco para se balizar a preterição, uma vez que o primeiro requisitório só poderia ser pago no segundo ano, enquanto que os demais seriam quitados no exercício subseqüente;

h) como os documentos juntados são incapazes de demonstrar a data em que foram protocolados no órgão devedor e muitos não trazem o valor do débito, para se verificar o enquadramento na hipótese de precatório de pequeno valor, não restou provada a preterição.

A matéria tem sede constitucional, estabelecendo o art. 100 da CF:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que pro-

ferir a decisão exeqüenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§ 3º O disposto no **caput** deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

§ 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

Embora seja longa a disciplina do instituto, não está suficientemente claro o momento em que se estabelece a ordem cronológica de que fala o art. 100 da CF acima transcrito. Entretanto, é intuitivo que não se pode considerar a cronologia pela data de entrada no Tribunal, porque ali sofrerá o precatório um processamento, que pode ser mais ou menos rápido, a depender de cada processo, até receber a decisão final do Presidente do Tribunal, encaminhando, a seguir, o requisitório ao órgão pagador.

Assim sendo, só é possível estabelecer a prioridade cronológica quando da saída do precatório do Tribunal para o órgão pagador. É a partir daí que se forma a fila de pagamento, sendo importante ressaltar que não há uma única lista cronológica, eis que figurarão em separado os créditos alimentares, bem assim os créditos de pequeno valor.

Os Regimentos Internos dos Tribunais costumam disciplinar o processamento interno dos precatórios, não fugindo à regra o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em cujo regimento está previsto no artigo 279:

> Deferido o precatório, será feita comunicação, por ofício, ao juiz requisitante, para ser juntada aos autos que deram origem à requisição, e expedida, pelo Presidente, requisição de pagamento ao ordenador de despesa das entidades de direito público devedoras, da quantia necessária ao pagamento respectivo.

Parágrafo único. Para esta finalidade, será obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária à quitação, até o final do exercício seguinte, dos débitos constantes de precatórios que forem protocolados neste Tribunal até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores.

Considera-se, pois, *a ordem cronológica de prenotação na Corte de Justiça de todos os requisitórios que, até 1º de julho de cada ano, foram deferidos pelo Presidente do Tribunal e que serão objeto de requisição de pagamento por ele formulado à entidade de direito público devedora.*

Assim, sendo insuficiente a prova produzida na hipótese dos autos a fim de demonstrar a preterição no pagamento do precatório da impetrante, inexiste direito líquido e certo a resguardar.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Jurisprudência da Segunda Seção

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 39.984 — RJ (2003/0154362-3)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Agravante: RMS Engenharia Ltda

Advogados: José Alberto Marinho Soares e outros e Lincoln de Souza Chaves e outros

Agravado: Sebastião Marques de Oliveira

Advogados: Eryka Farias de Negri e outros

Suscitado: Juízo da 50ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro — RJ

Suscitado: Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro — RJ

EMENTA

Agravo regimental. Embargos de declaração deduzidos por advogado sem procuração. Súmula n. 115-STJ. Segundo recurso aclaratório.

1. Comprovada documentalmente circunstância indicativa de omissão no acórdão, faz-se adequada a correção, com o suprimento correspondente, sem necessidade de prévia manifestação da parte contrária, até porque, em sede de embargos declaratórios, não há lei impondo a providência, fruto exclusivo de construção pretoriana.

2. De mais a mais, em anteriores embargos deduzidos por advogado sem procuração nos autos, teve aplicabilidade a Súmula n. 115 do Superior Tribunal de Justiça, sendo, então, os presentes aclaratórios interpostos serodiamente, circunstância não arredada pela singela afirmação de se tratar de matéria de ordem pública que deve ser conhecida a qualquer tempo.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção 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 Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Nancy Andrighi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram

com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 30 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ de 18.01.2005

RELATÓRIO

Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de agravo regimental interposto por RMS Engenharia Ltda, contra decisão assim vazada:

"A advogada subscritora da petição de embargos de declaração, Drª Miriam A. Romanholli, não conta com poderes para representar a embargante, à falta de instrumento de mandato, conforme certidão de fl. 379, atraindo a incidência da Súmula n. 115-STJ, **verbis**:

> 'Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.'
>
> No mesmo sentido:
>
> > 'Processual Civil. Embargos de declaração. Advogado sem procuração nos autos. Não-conhecimento. Súmula n. 115-STJ.
> >
> > I - 'Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos' (Súmula n. 115 do STJ).
> >
> > II - Embargos não conhecidos' (EDcl no REsp n. 252.134/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 30.06.2003).
>
> Ante o exposto, não conheço dos embargos." (Fl. 380)

Sustenta a agravante, por intermédio de outro advogado, em síntese, que, embora não tenha juntado o respectivo instrumento de mandato, esta Corte poderia conhecer dos embargos declaratórios, porquanto tratam de matéria de ordem pública e que atinge o devido processo legal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Não se nega a atribuição de efeitos infringentes aos primitivos embargos de declaração manejados por Sebastião Marques de Oliveira, dado o alerta de haver a sentença prolatada na reclamação trabalhista por ele movida, condenado solidariamente as empresas Cirpress S/A In-

dústria Eletrônica (em processo falimentar) e RMS Engenharia Ltda, com trânsito em julgado — fls. 37/40. Ademais, como declinado nos referidos declaratórios, a execução da sentença se processa contra a RMS engenharia Ltda, consoante informação da MMª. Juíza do Trabalho da 50ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro (fl. 336).

Nestes termos, comprovada documentalmente a circunstância (solidariedade passiva e execução processada contra a RMS — empresa solvente e não falida) houve, a toda evidência, omissão do julgado relativo ao regimental e impunha-se a adequada correção, com o suprimento correspondente. Não havia, então, necessidade de manifestação prévia da parte, até porque, em sede de embargos declaratórios, não há lei impondo a providência, fruto exclusivo de construção pretoriana.

De mais a mais, nos anteriores embargos de declaração deduzidos às fls. 369/378 incide a Súmula n. 115 do Superior Tribunal de Justiça, deles não constando matéria de ordem pública apta ao seu conhecimento com superação da mácula.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 470.365 — RS (2004/0015972-3)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Agravante: Banco do Brasil S/A
Advogados: Magda Montenegro e outros
Agravado: Salvador da Silva Gomes
Advogado: Cláudio Cavalheiro

EMENTA

Agravo regimental. Embargos de divergência. Ausência de similitude fática.

1. Não comporta conhecimento os embargos de divergência onde não comprovada a similitude fática entre o acórdão recorrido e o aresto paradigma. O acórdão embargado afirma a ocorrência de *conduta negligente* do banco, responsabilizando-o pelos danos causados em virtude de imputação de crime inexistente, consistente no esbulho possessório. Já o paradigma exclui o fator *culpa*, estabelecendo haver agido o banco

no exercício regular de um direito de comunicar à autoridade policial acerca da existência de uma suposta fraude.

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção 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 Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Nancy Andrighi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 30 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ de 13.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Banco do Brasil S/A, contra decisão vazada nos seguintes termos:

"Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Banco do Brasil S/A, contra acórdão da Terceira Turma desta Corte, assim sintetizado, **verbis**:

"Direito Civil e Processo Civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. acórdão. Omissão. Inexistência. Imputação de crime (esbulho possessório). Conduta temerária reconhecida. Danos morais. Cabimento. Valor da condenação. Fixação em salários mínimos. Impossibilidade. Valor exorbitante. Não-demonstração.

— É inadmissível o recurso especial interposto com fulcro no art. 535 inciso II do CPC se não aponta o recorrente, expressamente, quais seriam os pontos omissos do acórdão recorrido.

— A apresentação de notícia-crime perante a autoridade competente, com a respectiva indicação do acusado, constitui, em regra, exercício regular de direito e, portanto, não sujeita o denunciante à responsabilização por danos sofridos pelo acusado.

— Poderá o denunciante ser responsabilizado, entretanto, se o seu comportamento doloso ou culposo contribuiu de forma decisiva para a imputação de crime não praticado pelo acusado.

— É vedada a fixação da indenização por danos morais em número de salários mínimos.

— O valor fixado a título de indenização por dano moral pode ser revisto por este colendo STJ apenas se apresentar evidente desproporção com o prejuízo sofrido.

Recurso especial a que se dá parcial provimento." (Relatora Ministra Nancy Andrighi) (fl. 249)

Afirma encontrar-se o acórdão transcrito em divergência com julgado da Quarta Turma desta Corte, que guarda a seguinte ementa:

'Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Imputação de fato criminoso. Ausência de má-fé. Exercício regular de direito. Precedentes. Recurso acolhido em parte.

I - Salvo casos de má-fé, a **notitia criminis** levada à autoridade policial para apuração de eventuais fatos que, em tese, constituam crime, em princípio não dá azo à reparação civil, por constituir regular exercício de direito, ainda que posteriormente venha a ser demonstrada a inexistência de fato ilícito.

II - Admitida no caso a indenização e restrito o recurso à redução do **quantum** indenizatório, defere-se nesse sentido o apelo manifestado, em face de suas peculiaridades.' (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira) (fl. 267)

O agravante aduz, em síntese, que 'indubitavelmente, a controvérsia, num e noutro caso, é a mesma, e foi examinada e julgada a partir da interpretação de um só dispositivo de Lei Federal (art. 160, I, CCB/1916), porém com conclusões absolutamente opostas'.

A irresignação não merece trânsito.

Com efeito, a questão abordada pelo aresto embargado cuida de indenização por danos morais devida ao recorrido que teve sua dignidade abalada em razão da negligência do banco embargante que apresentou notícia-crime perante a autoridade competente, com a respectiva indicação do acusado, por suposta prática de crime de esbulho possessório que não restou comprovado.

De outro lado, o paradigma trazido à colação trata de comunicação do gerente do banco à autoridade policial solicitando a prisão de acompanhante de suspeito de fraude sem que aquele tivesse sequer conta corrente junto ao banco para que pudesse receber ordem de pagamento fraudulenta.

Nesse contexto, não há similitude fática entre o julgado colacionado para confronto e o acórdão embargado.

Ante o exposto, regimentalmente apoiado, nego seguimento aos embargos de divergência." (Fls. 280/281)

Aduz o agravante ter sido demonstrada a divergência jurisprudencial, nos moldes preconizados pelo dispositivo regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A irresignação não merece prosperar.

Com efeito, o aresto embargado cuida de indenização por danos morais devida ao recorrido que teve sua dignidade abalada em razão da negligência do banco embargante ao apresentar notícia-crime perante a autoridade competente, com a respectiva indicação do acusado, por suposta prática de crime de esbulho possessório, de resto não comprovado. Está no voto da Ministra Nancy Andrighi à fl. 235:

> "Em regra, a apresentação de notícia-crime perante a autoridade competente, com a respectiva indicação do acusado, constitui exercício regular de direito e, portanto, não sujeita o denunciante à responsabilização por danos materiais e morais sofridos pelo acusado.
>
> As circunstâncias verificadas, no caso concreto, entretanto, poderão autorizar a responsabilização do denunciante, especialmente nas hipóteses em que a sua *má-fé* ou *negligência* contribuíram de forma decisiva para a imputação de crime não praticado pelo acusado.
>
> No presente caso, o egrégio Tribunal **a quo** não condenou o ora recorrente em danos morais ao (mero) fundamento de ter imputado ao recorrido conduta criminosa que posteriormente não se verificou. Ao contrário, reconheceu que a notícia-crime poderia mesmo ser evitada se o ora recorrente não tivesse agido com negligência (fl. 136), **in verbis**:
>
>> 'O banco, conhecendo a identificação da pessoa que acusava, tinha diversos outros meios de apurar a realidade dos fatos narrados na correspondência enviada pelo Incra sobre a ocupação irregular daquelas terras.
>>
>> Ora, São Luiz Gonzaga não pode ser considerada uma grande metrópole onde fosse difícil obter informações precisas sobre a situação.

Assim, poderia o banco apelado ter diligenciado junto ao registro de imóveis, ter perquerido o ex-proprietário e, até, perguntado ao próprio advogado acusado de esbulho que, inclusive, era seu correntista'.

Verificada a conduta negligente do ora recorrente, fato decisivo à imputação de crime inexistente, deve ser admitida a sua responsabilização pelos danos causados ao ora recorrido. Afasta-se, em conseqüência, a existência de violação aos arts. 159 e 160 do CC e aos arts. 4º e 5º da LICC."

De outro lado, o paradigma trata de comunicação do gerente do banco à autoridade policial solicitando a prisão da parte, que apenas acompanhava pessoa suspeita de tentar cometer fraude, sem que aquela tivesse sequer conta corrente no banco para que pudesse receber a suposta ordem de pagamento fraudulenta. Diz, a propósito, o acórdão paradigma (REsp n. 468.377/MG), Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, trazendo à colação o julgado do Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

"Mostrou-se, portanto, desproporcional com o exercício regular de seu direito a conduta do preposto do réu, que teve indubitavelmente culpa manifesta pela prisão indevida do autor, que se deu tão-somente em virtude do fato de estar acompanhando o suspeito, preferindo o solicitante que ambos fossem presos, sem nem mesmo verificar se seria ao menos seu correntista o autor, para que pudesse estar envolvido na fraude.

Não há falar no caso dos autos presentes quaisquer das excludentes de responsabilidade alegadas pelo banco apelante, tendo em vista ter ocorrido indubitavelmente abuso no exercício regular de seu direito de comunicar o fato à autoridade policial, configurando sua exclusiva culpa pelos danos sofridos pelo autor, que em nada poderia contribuir para a ofensa sofrida de maneira que pudesse configurar fato da vítima, em virtude tão-somente de acompanhar na ocasião um suspeito da prática do ato fraudulento" (fl. 271)

Nesse contexto, não há similitude fática entre o julgado colacionado para confronto e o acórdão embargado, o que impede a admissibilidade dos embargos de divergência. Na verdade, o acórdão embargado afirma a ocorrência de *conduta negligente* do banco, responsabilizando-o pelos danos causados em virtude de imputação de crime inexistente (fl. 236), consistente no esbulho possessório. Já o paradigma, da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, exclui o fator *culpa*, estabelecendo haver agido o banco no exercício regular de um direito de comunicar à autoridade policial acerca da existência de uma suposta fraude (fl. 274).

A propósito:

"Agravo regimental. Embargos de divergência em recurso especial. Admissibilidade. Dissídio não demonstrado. Ausência de similitude fática entre os precedentes confrontados. Artigo 266 do Regimento Interno do STJ.

1. É indispensável para a caracterização do dissídio jurisprudencial, apto a ensejar a admissibilidade dos embargos de divergência, a existência e a demonstração de similitude fática entre os acórdãos confrontados, o que não ocorre no presente caso.

2. Agravo regimental desprovido." (AEREsp n. 343.602/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 13.12.2004)

"Agravo interno. Embargos de divergência. Similitude fática e jurídica dos arestos confrontados. Ausência. Exigibilidade de prequestionamento.

I - São incabíveis os embargos de divergência quando o aresto trazido à colação não firmou posição antagônica sobre os mesmos fatos e questões jurídicas deduzidos no acórdão embargado.

II - Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, os embargos de divergência também pressupõem o prequestionamento das teses de direito.

Agravo a que se nega provimento." (AgRg nos EAG n. 579.646/RS, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 07.03.2005)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 472.385 — MT (2004/0015484-7)

Relator: Ministro Castro Filho
Embargante: José Eustáquio de Almeida Melo
Advogados: Ademir Joel Cardoso e outro
Embargados: Paulo Orides Santilli e outros
Advogados: Carlos Augusto Sobral Rolemberg e outros

EMENTA

Embargos de divergência. Acórdão embargado fundamentado na ausência de requisitos de admissibilidade do especial. Descabimento.

São incabíveis os embargos de divergência quando o acórdão embargado se baseia na inobservância de requisitos de admissibilidade do especial, uma vez que a ausência de fundamento pertinente ao mérito recursal inviabiliza o possível conflito interpretativo quanto à norma legal aplicável ao caso, supostamente violada.

Embargos não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer dos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e a Srª. Ministra Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. Sustentaram oralmente pelo embargante e pelo embargado, respectivamente, os Drs. Alan Vagner Schmidel e Carlos Augusto Sobral Rolemberg.

Brasília (DF), 09 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ de 02.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de embargos de divergência interpostos por José Eustáquio de Almeida Melo em face de acórdão da egrégia Quarta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, que, à unanimidade, negou conhecimento ao seu recurso especial. Esta a ementa do julgado:

"Processual Civil. Recurso especial. Cerceamento de defesa. Reexame de prova. Não-conhecimento.

Em linha de princípio, importa em reexame de prova aferir se os fatos necessários à solução do conflito já se encontram, ou não, suficientemente comprovados para que seja dispensada a produção de prova.

Sendo bastantes os elementos dos autos para proferir a decisão, o julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa.

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

Recurso não conhecido."

Em seu arrazoado, o embargante suscita divergência com acórdão da colenda Terceira Turma deste Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 8.324/SP, DJ de 23.09.1991 (Rel. Min. Cláudio Santos), onde se entendeu que o fato de se alegar usucapião em defesa justifica o deferimento da produção de prova. E, antes de ser mera faculdade do juiz, é imposição que não comporta maiores indagações, sobretudo quando disser respeito a fatos dessa natureza.

Contra-razões dos embargados às fls. 597/611.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Trata-se, originalmente, de ação de desapropriação proposta pelo Incra contra os ora embargados, tendo o ora embargante, no curso desta expropriatória, noticiado a existência de uma ação de usucapião sobre uma área de 12.436 ha, parte da gleba desapropriada, pedindo o seu ingresso como opoente, o que levou o juiz de primeiro grau a determinar a retenção de parte dos TDA's depositados em prol dos expropriados, até que sobreviesse solução a respeito do domínio dos 12.436 ha em disputa.

Em face disso, os ora embargados propuseram ação declaratória contra o ora embargante, a qual foi julgada procedente, com base no artigo 330, I, do Código de Processo Civil, aos seguintes fundamentos, no que interessa:

"(...) Verifica-se dos autos que o requerido detinha a posse de uma área de 12.436 hectares (sentença de fls. 188/197) e que essa área não fazia parte da área de 48.000 hectares pertencentes a família Benez e posteriormente ao autor Antônio Santilli.

Observe-se que a declaração firmada entre o requerido e a família Benez é clara, declararam que a área de 48.000 hectares estava intacta e a posse do requerido incidia sobre área confrontante.

Logo, se a posse do requerido não incidia sobre a área de 48.000 hactares e foi essa área (48.000 hectares) vendida aos autores e ao depois desapropriada, não há que se falar em posse do requerido sobre área desapropriada. (Fl. 320).

(...)

Portanto, a tese do requerido de que tinha a posse da área não pode ser aceita, pois se a área pertencente ao autor somente tinha a cobertura florestal, não poderia o requerido estar na posse dela. Ademais o Incra vistoriou a área e por certo não encontrou qualquer detentor de posse, uma vez que ajuizou a ação contra o proprietário do imóvel, aquele que detém o direito real sobre ele.

Com efeito, percebe-se que a posse alegada pelo requerido de uma área de 12.436 hectares não está dentro da área do autor, objeto da ação de desapropriação.

(...)

Assim, uma vez evidenciado que a posse alegada pelo requerido não incide sobre a área do autor, objeto da ação de desapropriação e que o autor detém o direito real sobre o imóvel, pois possui o título de propriedade, há que ser reconhecido o seu direito de propriedade. (Fl. 322)"

Contra esse **decisum**, o réu, ora embargante, interpôs recurso de apelação, que foi improvido, merecendo destaque do voto condutor do Desembargador Jurandir F. de Castilho, as seguintes passagens:

"A segunda preliminar a ser decidida é o cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

O apelante afirma que fora prejudicado por não poder produzir provas testemunhas e periciais que comprovariam seu direito. Afirma inclusive que a decisão até poderia ter sido prolatada antecipadamente com as provas já existentes nos autos, desde que favorável aos seus interesses. Ao fim, adentra ao mérito da lide em sede de preliminar visando demonstrar que a dilação probatória é indispensável para a demonstração do seu direito.

Não deve prosperar esta preliminar.

Inicialmente porque o artigo 330 do CPC dirige-se ao magistrado de forma cogente, impondo-lhe a obrigação de prolatar a decisão quando desnecessária a audiência de instrução.

Neste caso, o feito está repleto de provas reunidas em razão do longínquo tempo em que apelados e apelante litigam pela área, inclusive minuciosa perícia produzida na ação desapropriatória e que respondeu os quesitos formulados por ambas as partes.

Nem mesmo a prova testemunhal pretendida pelo apelante seria hábil a esclarecer os fatos, já que nos idos de 1995, o juiz sentenciante da ação de reintegração de posse envolvendo estas mesmas partes e terras, constatara esta dificuldade ao afirmar que: 'causou dó e constrangimento, durante a

audiência de instrução e julgamento, o esforço mnemônico e ciclópico empreendido por algumas testemunhas para trazer à lembrança circunstâncias e fatos ocorridos num passado remotíssimo, e sempre que instadas a se pronunciarem sobre este ou aquele aspecto relevante, fitavam a linha do horizonte, assumindo uma atitude reflexiva, para depois se pronunciarem sobre o objeto da indagação de forma reticente e condicional...'. Portanto, se naquela época, enquanto as terras ainda não haviam sido desapropriadas, já havia tanta dificuldade para que as testemunhas se pronunciassem de forma segura, a respeito da posse, que dirá agora, com toda a modificação ocorrida em razão do assentamento realizado na região.

Dessa forma fica evidente que a dilação probatória nestes autos já robustos de informações, seria apenas procrastinar a lide." (Fl. 401)

Rejeitados os embargos declaratórios opostos, adveio recurso especial, objeto dos presentes embargos de divergência, dando por vulnerados os artigos 330, I, e 331, § 2º, do Código de Processo Civil, tendo as alegações recebido no voto capitaneado pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha a seguinte solução:

"Em linha de princípio, importa em reexame de prova aferir se os fatos necessários à solução do conflito já se encontram, ou não, suficientemente comprovados para que seja dispensada a produção de prova.

O julgamento antecipado da lide é resultante da prudente discrição do magistrado no exame da necessidade de produzir-se ou não a prova ante as circunstâncias de cada caso concreto.

Por isso, os precedentes trazidos à colação não ensejam o conhecimento do recurso pelo dissídio, uma vez que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões não foram proferidos em hipóteses idênticas à dos autos.

Por outro lado, aparelhadas estavam as instâncias ordinárias para proferirem o julgamento antecipado, tanto assim que os próprios recorrentes afirmaram que a MMª. Juíza 'até estaria certa se julgasse improcedente o pedido dos recorridos, aqui e na ação declaratória em apenso... onde ele é autor', donde verifica-se, data vênia, que o inconformismo do recorrente decorre, em última análise, não do fato de o julgamento ter sido antecipado, mas sim por terem as instâncias ordinárias, soberanas no recolhimento do acervo fático-probatório, concluído contrariamente ao postulado no recurso pelo recorrente.

Com efeito, nenhuma ofensa aos arts. 330, I, 331 e seu § 2º, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, dentre muitos outros, o decidido no REsp n. 2.832/RJ (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 19.09.1990), no qual foi dito que, 'presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder'.

Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso."

Depreende-se que, na hipótese, entendeu o acórdão embargado que o exame quanto à existência de cerceamento de defesa esbarraria no óbice da Súmula n. 7-STJ, haja vista que a avaliação quanto à necessidade de se produzir a prova solicitada estaria relacionada às circunstâncias da causa, razão pela qual os precedentes colacionados não se prestariam à configuração do dissídio, porquanto suas conclusões teriam emanado de situações díspares.

Ao assim proceder, entendo que a Turma julgadora, em verdade, não adotou nenhuma tese de direito, uma vez que não firmou nenhum posicionamento contrário à produção de prova. Do contrário, apenas ressaltou que, diante das peculiaridades fáticas, verificar se teria ocorrido cerceamento de defesa não prescindiria de novo exame dos fatos da causa, razão pela qual os precedentes trazidos a confronto não se prestariam à comprovação do dissenso interpretativo.

Em se tratando, portanto, de aplicação de norma técnica pertinente aos requisitos de admissibilidade do recurso especial, não há como concretizar-se a indigitada violação à Lei Federal ou o dissídio pretoriano.

Nesse sentido, por oportuno, decidiu essa colenda Seção, no julgamento do EREsp n. 302.583/SP, DJ de 05.04.2004, Relator p/ o acórdão Ministro Barros Monteiro:

"Embargos de divergência. Inadmissibilidade.

— Assentando-se o acórdão embargado na incidência da Súmula n. 7-STJ, não há como perfectibilizar-se o alegado conflito interpretativo quanto ao direito em tese.

Embargos não conhecidos."

Por outro lado, ainda que vencido esse óbice, tenho por não caracterizada a divergência, ante a dessemelhança dos casos confrontados, pois, enquanto no acórdão embargado discutiu-se se o julgamento antecipado da lide importaria cerceamento de defesa, no precedente colacionado, REsp n. 8.324/SP, DJ de 23.09.1991 (Rel. Min. Cláudio Santos), firmou-se o entendimento de que, em autos de ação reivindicatória, bastaria à parte alegar na contestação a aquisição originária do domínio, com a demonstração do preenchimento dos requisitos do usucapião do imóvel reivindicado, para que o julgador apreciasse o fato e examinasse as provas produzidas acerca daquela defesa de mérito.

Destarte, no paradigma confrontado restou assinalada a possibilidade de o usucapião ser argüido como matéria de defesa, razão pela qual determinou-se que o magistrado **a quo** analisasse as provas existentes, a fim de verificar se estariam preenchidos os requisitos indispensáveis, isto é, "a posse, o ânimo de dono, o justo título e a boa-fé, além do elemento temporal". Já a conclusão do acórdão embargado assenta-se não na impossibilidade de o usucapião ser argüido como matéria de defesa, mas, de outro modo, apenas ressaltou-se que, **in casu**, a produção das provas solicitadas seria dispensável para o fim colimado, o que permitiu o julgamento antecipado da lide.

Forte em tais razões, nego conhecimento aos embargos.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, também não divisei nenhum dissídio em termos de tese jurídica. O acórdão embargado não adotou tese jurídica alguma que pudesse ser confrontada com os paradigmas colacionados.

Por essas razões, acompanho o ilustre Ministro-Relator.

Não conheço dos embargos de divergência.

Jurisprudência da Terceira Turma

HABEAS CORPUS N. 37.279 — MG (2004/0107482-7)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Impetrante: Sebastião Guilherme de Oliveira Júnior

Advogado: Silas Augusto da Costa

Impetrada: Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

Paciente: Sebastião Guilherme de Oliveira Júnior

EMENTA

Habeas corpus. Crime de desobediência. Ação de nunciação de obra nova. Determinação judicial. Multa diária.

— Em **habeas corpus** não há campo para reexame de provas.

— Se o juiz comina pena pecuniária para o descumprimento de preceito judicial, a parte que desafia tal ameaça não comete o crime de desobediência. Precedentes.

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 na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Silas Augusto da Costa impetrou **habeas corpus**, em favor de Sebastião Guilherme de Oliveira Júnior, em razão de mandado de prisão expedido por crime de desobediência de ordem judicial, em ação de nunciação de obra nova.

Aponta como autoridade coatora, Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, no Estado de Minas Gerais, que expediu mandado de prisão contra o paciente (fl. 06).

O Tribunal de Alçada Cível do Estado de Minas Gerais entendeu que era incompetente para conhecer e julgar o **habeas corpus**, porque a Quarta Câmara Cível denegou efeito suspensivo pleiteado em agravo de instrumento manejado pelo paciente, confirmando, a prisão do paciente. Remeteu os autos ao STJ.

Sustenta, em síntese, que não está executando obra alguma porque não é mais proprietário da área de litígio.

Concedi a liminar, até o julgamento deste **habeas corpus** (fl. 46).

Recebi as informações da autoridade coatora (fls. 52/55).

O Ministério Público Federal recomenda a concessão definitiva da ordem (fls. 56 e 56/v.).

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Juiz da 10ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Belo Horizonte — MG, em processo de nunciação de obra nova, expediu mandado de prisão contra o paciente e outro, por terem desobedecido ordem judicial para paralisarem obras em imóveis localizados nas terras litigiosas (fl. 277).

O paciente diz que não está desobedecendo, porque não é mais proprietário da área. Comprova tal assertiva com um contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel (fls. 10/13), celebrado em data anterior ao ajuizamento da ação nunciação de obra nova.

Alega que peticionou nos autos requerendo sua exclusão do processo. Este pedido não foi objeto de despacho. Juntou cópia do documento (fls. 25/26). Afirma que os autores da reivindicatória reclamam uma área equivalente a 29.000 m^2, conquanto se apresentem como proprietários de 3 alqueires, ou seja, quase 140.000m^2, porém não comprovam que são proprietários de tal área.

Com efeito, há documentos nos autos comprovando que parte do imóvel inscrito sob n. 58.021, foi vendido para a Empresa Prima Empreendimentos Imobiliários Ltda que, em 28.02.2003 (data da assinatura do contrato), imitiu-se na posse. Com a imissão, a compradora tornou-se responsável exclusiva pela proteção e defesa do bem (cf. Cláusula Terceira do Contrato de fl. 12).

O paciente afirma que vendeu seu quinhão para a referida empresa. Por isso, não está executando obra alguma.

Ocorre, que há elementos nos autos que levam ao convencimento de que ele é proprietário de parte da área sob litígio. É que mesmo após a suposta venda de sua parte nas terras, ele vem litigando juntamente com a empresa Prima Empreendi-

mentos contra os autores da ação de nunciação de obra nova, defendendo a continuidade das obras no loteamento (cf. docs. de fls. 02/15 do apenso). No mais, as autoras daquela ação afirmaram que ele ocupa uma área de 1 ha 90 a 65 ca (fl.26, apenso), sem que tal fato fosse contestado.

De qualquer sorte, a comprovação do que alega o paciente demanda exame de provas, o que é inviável em **habeas corpus**.

No entanto, a ordem merece ser concedida por outro fundamento.

Com efeito, o STJ já proclamou que as determinações cujo cumprimento for assegurado por sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do artigo 330 do Código Penal. Confira-se a nossa jurisprudência:

> "Penal. Crime de desobediência. Determinação judicial assegurada por multa diária de natureza civil (astreintes). Atipicidade da conduta.
>
> Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressalvar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não-cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento. (Precedentes).
>
> **Habeas corpus** concedido, ratificando os termos da liminar anteriormente concedida." (HC n. 22.721/Felix Fischer)
>
> "Penal — Crime de desobediência — Determinação judicial assegurada por sanção de natureza civil — Atipicidade da conduta.
>
> As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330 do CP.
>
> Ordem concedida para cassar a decisão que determinou a constrição do paciente, sob o entendimento de configuração do crime de desobediência." (HC n. 16.940/Jorge Scartezzini);
>
> "RHC. Trancamento. Ação penal. Crimes de desobediência e peculato. Leiloeiro. Devolução. Comissão.
>
> 1. Não resta configurado o delito de desobediência quando lei de conteúdo extrapenal, da qual decorre sanção administrativa ou civil, não prevê,

expressamente, a possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal.

2. Não há falar em peculato se não está definida, na esfera cível, a obrigatoriedade da devolução de verba — comissão paga pelo arrematante ao leiloeiro no valor de 5% sobre o lance aceito — que lhe era devida legitimamente.

3. Recurso ordinário provido para trancar a ação penal." (RHC n. 12.321/ Fontes de Alencar, Relator p/ o acórdão Ministro Fernando Gonçalves)

No caso destes autos, há determinação judicial, de natureza civil, para paralisar as obras realizadas no imóvel, sob pena de multa diária de R$ 150, 00 (cento e cinqüenta reais) até o limite de R$ 50.000,00. (Fls. 58 e 72 do apenso), o que torna ilegal a decisão que determinou a prisão do paciente por crime de desobediência.

Desse modo, não existe o crime de desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa, já comina sanção sem ressalvar sua cumulação com aquela imposta no artigo 330 do Código Penal.

Concedo a ordem.

RECURSO ESPECIAL N. 157.356 — RS (1997/0086824-9)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Recorrente: Maria Érica Martins
Advogado: Sérgio Arend
Recorrida: Santa Menaides Martins
Advogado: Júlio Cézar de Souza Portela
Recorrida: Federal de Seguros S/A
Advogados: José Paulo Pederzolli Horta e outros

EMENTA

Direito Civil. Contrato de seguro de vida. Ex-esposa como beneficiária em detrimento da viúva.

I - Nos contratos de seguro de vida o capital segurado deve ser revertido para o beneficiário previsto no instrumento contratual, observada a vedação do art. 1.474 do Código Civil.

II - Recurso especial conhecido e provido

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, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 29 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator

DJ de 02.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Cuidam os autos de ação de consignação em pagamento ajuizada por Federal de Seguros S/A em desfavor de Maria Erica Martins e Santa Menaides Martins.

Ambas as rés, ex-esposa e viúva, respectivamente, habilitaram-se para receber o capital do seguro de vida referente ao falecimento de Inor Martins.

A controvérsia reside no fato de que o contrato, avençado em 1969 na vigência do primeiro casamento, prevê como única beneficiária a primeira esposa, divorciada do falecido e, de outro lado, figura a segunda que mantinha vínculo matrimonial com o falecido à época do sinistro. Diante da dúvida, a empresa seguradora depositou o capital segurado em juízo a fim de que o Judiciário decida a quem o pagamento é devido.

A r. sentença de fls. 71/72 julgou procedente o pedido para extinguir a obrigação na forma do art. 898 do CPC e declarou a segunda esposa "como parte legítima para receber o seguro".

O recurso de apelação interposto pela beneficiária foi improvido, por unanimidade de votos, pela colenda Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, em acórdão assim ementado (fl. 91):

> "Seguro de vida. Caso em que, evidentemente, ficou superada, pela conduta do segurado, a formal indicação de beneficiária, feita mais de vinte anos antes do óbito do segurado prova que atesta implícita manifestação de vontade introduzindo nova beneficiária na pessoa do novo cônjuge."

Inconformada, interpõe a beneficiária o presente recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em que alega ofensa ao artigo 1º do

Decreto-Lei n. 5.384/1943, bem como dissenso pretoriano. Sustenta a recorrente que o texto legal apontado "é claro no sentido de que, somente na falta de beneficiário nomeado é que o seguro deve ser pago à esposa e aos herdeiros" (fl. 99). Aduz divergência jurisprudencial reforçando sua tese.

As contra-razões ao recurso especial (fls. 109/113) apontam a ausência de vínculo da beneficiária com o extinto e enaltecem o **status** de casada da recorrida, pugnando pela manutenção do julgado.

Admitido o recurso (fls. 120/121), ascenderam os autos à esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Primeiramente, é necessário ressaltar que o presente caso é eminentemente de natureza obrigacional, pois o seguro não tem caráter sucessório (CC, art. 1.473), não obstante os vínculos matrimoniais mantidos pelas partes com o segurado.

No caso, a modalidade contratual é regida pelo artigo 1.471 do Código Civil de 1916, esclarecendo que o seguro de vida tem por finalidade, mediante o prêmio, o pagamento de certa soma a determinada ou determinadas pessoas, por morte do segurado. Ressalte-se que deve ser observada a vedação existente no art. 1.474 do Código Civil, o que não se cogita no presente caso.

Os autos noticiam que a única pessoa determinada como beneficiária do capital segurado em todo o período de vigência contratual é Maria Érica Martins, esposa do segurado à época da contratação, hoje divorciada.

Ocorre que o acórdão recorrido considerou implícita a vontade do falecido em alterar o contrato para constar como sua beneficiária a segunda esposa. E o fez sob os seguintes fundamentos:

> "É manifesto, pela preocupação do extinto em avençar novos seguros, o intuito de deixar protegida aquela pessoa com quem vivia e, afinal, acompanhava-o já a quatorze anos. Não surpreende, assim, que despesas de funeral tenha sido suportadas por Santa (fls. 57 e 58).
>
> No mesmo diapasão, passa pelo campo da obviedade que se o extinto Inor tivesse, mesmo, a intenção de manter Maria Érica como beneficiária, tal teria sido pactuado em acordo de separação ou divórcio. Por que ninguém ficaria arcando com despesas de tal natureza, inclusive após findo vínculo matrimonial, sem qualquer previsão negocial.

O que qualquer um percebe, atento a um raciocínio de realidade, é que o extinto evidentemente supôs que com o divórcio e, mais, com o novo matrimônio, automaticamente o benefício do seguro se transferia à sua esposa. Afinal, antes indicara como beneficiária a pessoa com quem era casado.

E o fez em consideração apenas a esta circunstância. E não tendo em atenção a algum vínculo ou sentimento pessoal em relação à Maria Érica.

Sabido o padrão cultural do extinto, observado o seu comportamento, sempre visando resguardar a esposa com que findou seus dias, sopesada a inexistência de qualquer liame com a apelante, não há como deixar de considerar implícita manifestação de vontade a respeito da alteração de beneficiária.

Exatamente por isso, mudança de beneficiária, é que não calha, igualmente, a alegação subsidiária (de que haveria de se repartir o seguro entre a esposa e filhos), referentemente ao art. 1º, Decreto-Lei n. 5.384/1943. É que, simplesmente, estou a dizer que houve manifestação de vontade alterando a pessoa da beneficiária. Tácita, mas inquestionável."

Assim, o Colegiado **a quo** entendeu que houve manifestação de vontade do segurado em alterar a pessoa que seria beneficiada com o pagamento do seguro. Todavia, como se pode verificar no excerto acima transcrito, não há ao menos um indício concreto ou objetivo na conduta do segurado que sirva para fundamentar tal assertiva. Ao contrário, não houve nenhum ato comissivo ou omissivo do segurado que pudesse levar a crer que sua vontade seria alterar o beneficiário do seguro de vida.

Não é difícil entender as razões que levaram o acórdão recorrido a interpretar tal vontade, todavia não há como presumi-la diante apenas das circunstâncias do caso e da carga emocional a ele ligada, como o foi. Isso porque existem outras possibilidades não menos plausíveis, como o fato de o segurado querer amparar sua ex-esposa. Aliás, esta é a vontade expressa no contrato e que não fora questionada pela recorrida de forma contundente.

Portanto, em homenagem ao princípio da intangibilidade dos contratos, deve ser mantida a beneficiária prevista expressamente no instrumento, visto que na espécie não há qualquer indício ou manifestação de vontade contrária do segurado que possa ilidir tal previsão.

Este entendimento foi manifestado pela egrégia Quarta Turma deste Tribunal recentemente no julgamento do REsp n. 362.743/PB, de relatoria do eminente Ministro Jorge Scartezzini, publicado no DJ de 11.10.2004, confiram-se:

"4. Com relação ao seguro de vida, a apólice tem como beneficiária a cônjuge do **de cujus** e, tratando-se de um contrato no qual o segurado tem plena liberdade de escolha quanto ao beneficiário do prêmio, deve referida opção ser observada."

Posto isso, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, a fim de declarar Maria Érica Martins parte legítima para receber o seguro.

RECURSO ESPECIAL N. 318.372 — SP (2001/0044423-7)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Barbara da Silva Cesca
Advogado: Márcio Aparecido de Oliveira — Defensor Público
Recorrida: Recom Serviços e Sistemas de Comunicações Ltda
Advogados: Fernando Corrêa da Silva e outro

EMENTA

Consumidor — Serviços de "900" — "Disque-prazer" — Cobrança — Necessidade de prévia solicitação — CDC, art. 39, III.

— A cobrança de serviço de "900 — disque-prazer" sem a prévia solicitação do consumidor constitui prática abusiva (CDC, art. 39, III). Se prestado, sem o pedido anterior, tal serviço equipara-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento (CDC, art. 39, parágrafo único).

— Recurso provido.

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 na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antô-

nio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 27 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 17.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Recom Serviços e Sistemas de Comunicações Ltda, exerceu ação ordinária de cobrança contra Bárbara da Silva Cesca, buscando o recebimentos de valores relativos à utilização de serviços de "900", denominado "disque-prazer".

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente (fls. 53/55).

Veio apelação. Por maioria, foi provida (fls. 87/94). Eis a ementa:

> "Cobrança — Serviço telefônico — Serviço 900 — A utilidade do serviço deflui do interesse do usuário — O conteúdo das informações obtidas não é óbice à cobrança da tarifa por sua utilização — Obrigação de origem contratual, em razão de ser usuário — Modalidade contratual típica das sociedades atuais e doutrinariamente identificada sob a denominação de 'contratos automáticos' — Prática abusiva do fornecedor não identificada no caso concreto — Recurso provido." (Fl. 87)

Opostos embargos declaratórios e infringentes, e, nessa ordem, rejeitados (fls. 106/107 e fls. 156/157).

Daí recurso especial (alínea **a**). A recorrente sustenta ofensa ao art. 39, III, do CDC.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O caso é similar àquele julgado no REsp n. 258.156/Rosado. Trata-se, inclusive, da mesma recorrida. Vejam a ementa do precedente:

> "Telefone. Serviço "900". "Disque-prazer". Código de Defesa do Consumidor.
>
> O serviço "900" é oneroso e somente pode ser fornecido mediante prévia solicitação do titular da linha telefônica.
>
> Recurso conhecido e provido."

Noutro caso, a Quarta Turma novamente proclamou:

"(...)

I - O produto ou serviço não inerente ao contrato de prestação de telefonia ou que não seja de utilidade pública, quando posto à disposição do usuário pela concessionária — caso do tele-sexo — carece de prévia autorização, inscrição ou credenciamento do titular da linha, em respeito à restrição prevista no art. 31, III, do CDC.

II - Sustentado pela autora não ter dado a aludida anuência, cabe à companhia telefônica o ônus de provar o fato positivo em contrário, nos termos do art. 6º, VIII, da mesma Lei n. 8.078/1990, o que inocorreu.

III - Destarte, se afigura indevida a cobrança de ligações nacionais ou internacionais a tal título, e, de igual modo, ilícita a inscrição da titular da linha como devedora em cadastro negativo de crédito, gerando, em contrapartida, o dever de indenizá-la pelos danos morais causados, que hão de ser fixados com moderação, sob pena de causar enriquecimento sem causa.

IV - Recurso especial conhecido e provido em parte." (REsp n. 265.121/Passarinho).

O fornecimento de serviço de "900 — disque-prazer" sem a prévia solicitação do consumidor configura prática abusiva (CDC, art. 39, III). Se prestados, sem o pedido anterior, "equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento" (CDC, art. 39, parágrafo único).

Dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 402.399 — RJ (2001/0193810-7)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Recorrente: Banco Citibank S/A
Advogados: Sérgio Machado Terra e outros
Recorridos: Luiz Eurico Roquete Rangel e outros
Advogado: Ramilson Tavares Veiga

EMENTA

Direito do consumidor. Contrato bancário. Ação de revisão. Inversão do ônus da prova. Perícia. Responsabilidade pelo custeio das despesas decorrentes de sua produção.

I - A inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as despesas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, sofre aquela as conseqüências processuais advindas de sua não-produção.

II - Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VIII, e Lei n. 1.060/1950, art. 3º, V.

Recurso especial conhecido e provido

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, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 29 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator

DJ de 18.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Trata-se de recurso especial fundado nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, em que se alega ofensa aos artigos 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e 33 do Código de Processo Civil.

O acórdão impugnado traz a seguinte ementa (fls. 214/219):

> "Direito do consumidor. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Ônus financeiro. A regra contida no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, visa igualar os litigantes, quando inferiorizado o consumidor, sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente. Quanto ao ônus financeiro, nada impede que o juiz determine a sua inversão, ordenando que a parte adversa responda pelos encargos respectivos. Recurso improvido."

Argumenta que " a inversão do ônus da prova faz com que, ao invés de o autor ter que provar os fatos constitutivos de seu direito, tenha o réu que demonstrar, ao contrário, a inexistência de tais fatos. Todavia, posto que ordenada a inversão do **onus probandi**, não se pode estendê-la ao pagamento dos honorários do perito,

pois será o réu responsável pelas conseqüências de sua omissão, já que é o titular do ônus invertido."

Em síntese, afirma que a inversão do ônus da prova não implica necessariamente na inversão da responsabilidade pelo custeio das despesas decorrentes, no caso, de deferimento de prova pericial requerida pelo autor.

Sem contra-razões (fl. 256), o recurso foi admitido (fls. 257/259), subindo os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: A jurisprudência desta Corte já suplantou as dificuldades sobre a natureza das relações decorrentes dos contratos bancários, pondo-os sobre a cobertura do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, tal circunstância não significa que o consumidor faça jus automaticamente do benefício da inversão do ônus da prova, que pode ser deferido no contexto da facilitação da defesa submetida ao "critério do juiz quando for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII, do CDC).

Assim, constatada a hipossuficiência do consumidor e determinada a inversão do ônus da prova, não se pode imputar ao fornecedor a responsabilidade pelo pagamento das despesas decorrentes de sua produção.

Na verdade, o deferimento do pedido de inversão do ônus da prova implica, tão-somente, na transferência ao fornecedor da obrigação de provar o seu direito para elidir presunção que passou a viger em favor do consumidor.

Assim, sendo, na hipótese de inversão do ônus da prova, o fornecedor não se torna responsável pelo pagamento da prova requerida pelo consumidor. Contudo, há de sofrer as conseqüências processuais por não produzi-la.

Essa questão foi nesse sentido dirimida nos seguintes precedentes: Recursos Especiais ns. 435.155, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 11.02.2003; 466.604/RJ. Rel. Min. Ari Pargendler. DJ de 02.06.2003; REsp n. 443.208/RJ; DJ. 17.03.2003; e Ag n. 511.149, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ. 07.08.2003.

Convém também asseverar que o ônus do pagamento de perícia requerida por parte hipossuficiente e a inversão do ônus não se confundem.

Sobre o tema, é esclarecedor o voto-vencido proferido pela ilustre Desembargadora Maria Henriqueta Lobo (fls 217/219);

"A inversão acarretaria apenas o ônus da prova.

Se a parte dele não se desincumbe, arca com as conseqüências da inexistência de prova.

A hipótese é de relação de consumo.

Comprovada a hipossuficiência financeira do agravado, habilita-se este a obter a facilitação da defesa de seus direitos, mediante a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor que não exige, para a obtenção da vantagem, a cumulação do requisito da verossimilhança com o da hipossuficiência, bastando para aquele fim a presença de um só deles, indiferentemente.

Tem, assim, direito os agravados à inversão do ônus da prova.

Incumbe aos autores, ora agravados, o ônus da prova da existência dos fatos constitutivos do seu direito (artigo 331, inciso I, do Código de Processo Civil).

Invertido o ônus da prova, nas hipóteses de inversão admitidas pela lei — Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, inciso VIII) e Código de Processo Civil (art. 333, parágrafo único) — passa ao réu, ora agravante, a incumbência de provar a inexistência dos fatos constitutivos do direito do autor.

Assim, havendo inversão ou não, se a prova foi feita, não importa quem a fez.

Em ambos os casos, o juiz aplicará o direito ao fato, sem se preocupar em identificar quem foi que realizou a prova.

Trata-se da aplicação prática do princípio da comunhão da prova.

Todavia, se a prova não foi feita, cabe ao juiz averiguar a quem incumbia o seu ônus.

Se aos autores, julgará improcedente o pedido inicial. Se ao réu, procedente.

Embora a inversão do ônus da prova não implique em inversão do ônus de adiantar o pagamento da remuneração do perito, se por falta deste adiantamento a prova não for realizada, o réu, como titular do ônus invertido, arcará com as conseqüências daí resultantes, sofrendo as conseqüências de sua omissão em custear as despesas necessárias.

Frise-se que no Direito brasileiro a concessão do benefício da gratuidade exime o necessitado do pagamento dos honorários do perito (Lei n. 1.060/1950, artigo 3º, inciso V); e o profissional designado pelo juiz para o desem-

penho dessa função está obrigado a cumprí-la sob pena de sofrer sanções pecuniária e disciplinar (idem artigo 14).

Todavia, isso não implica na possibilidade de ser o recorrente compelido a adiantar tal pagamento.

Por tais razões, dava parcial provimento ao recurso ao afastar a obrigação do pagamento dos honorários periciais."

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 476.205 — PR (2002/0127175-2)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrente: Jeni Capeletto Dalla Valle
Advogado: Magda Regina Heck
Recorrido: Caixa Econômica Federal — CEF
Advogados: Leandro Pinto de Azevedo e outros e Flávio Queiroz Rodrigues

EMENTA

Execução. Decreto-Lei n. 70/1966. Notificação por edital. Peculiaridades. Art. 31, § 2º, do citado decreto-lei.

1. Afirmando o acórdão recorrido que foram feitas várias tentativas de intimação, através da expedição de avisos de cobrança e de carta de notificação por oficial de cartório, que lavrou certidão afirmando que a devedora estava em lugar incerto e não sabido, não impugnada, válida é a notificação por edital, nos termos do art. 31, § 2º, do Decreto-Lei n. 70/1966.

2. Recurso especial não conhecido.

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, não conhecer do recurso especial. 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), 19 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Jeni Capeletto Dalla Valle interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> "Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de mútuo. Execução extrajudicial. Irregularidades procedimentais inexistentes.
>
> Tendo sido certificado, por Oficial do Cartório de Registro de Títulos e Documentos, que a devedora não reside mais no imóvel, encontrando-se em lugar incerto e não sabido, é legítima a sua notificação editalícia, nos termos do art. 31, § 2º, do Decreto-Lei n. 70. É sabido que o Oficial do Cartório de Registro de Títulos e Documentos possui fé pública, presumindo-se que aquilo que certifica é verdadeiro, salvo prova em contrário. Em momento algum, contudo, a autora impugnou a autenticidade daquela certidão, nem trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir a presunção de verdade carreada àquela.
>
> Constitui dever do mutuário manter atualizados os seus dados cadastrais junto ao agente financeiro, se pretender valer-se da prerrogativa de ser notificado pessoalmente dos atos executivos.
>
> Não se declara a nulidade de ato processual se não comprovado prejuízo dele advindo, o que, no caso, somente estaria configurado se tivesse sido demonstrada a intenção da autora de exercer a faculdade prevista no art. 34 do referido diploma legal" (fl. 103).

Opostos embargos de declaração (fls. 106 a 108), foram rejeitados (fls. 110 a 114).

Sustenta a recorrente ofensa aos artigos 5º da Lei de Introdução ao Código Civil; 514, 515 e 620 do Código de Processo Civil, aduzindo que não foi devidamente notificada para purgar a mora, sendo certo que era indispensável sua prévia notificação judicial antes de se afirmar que se encontrava em lugar incerto e não sabido.

Argúi que, "a mera busca do devedor no endereço do imóvel financiado não é suficiente para autorizar a notificação editalícia de que trata o art. 32 do Decreto-

Lei n. 70/1966, sendo exigível que se esgotem os meios processuais disponíveis para o alcance da indispensável finalidade almejada pela norma (cientificar e oportunizar ao devedor a purgação da mora), dentre os quais a prévia notificação judicial" (fl. 131).

Argumenta, ainda, que o Tribunal de origem não poderia conhecer da apelação da recorrida, pois as suas razões recursais "não eram suficientes para devolver-lhe o conhecimento da causa decidida em primeiro grau (pois do contrário não haveria motivo para iniciar fazendo tais observações), *fixado está que a referida apelação não oferece condições ao seu conhecimento*" (fls. 133/134).

Segundo ainda entende a recorrente, o Tribunal de origem, "ao declarar a inexigibilidade da prévia notificação judicial na hipótese" (fl. 134), deixou de observar o princípio de que a execução deve ser feita pela forma procedimental menos gravosa ao devedor.

Para caracterizar a divergência jurisprudencial, colaciona julgados, também, desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 139 a 144), o recurso especial (fls. 117 a 134) foi admitido (fls. 148/149).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A recorrente ajuizou ação cautelar para suspensão de alienação extrajudicial alegando que em 30.06.1988 assinou contrato para a aquisição da casa própria, regido pelo Sistema Financeiro de Habitação; que verificado o seu inadimplemento, a ré iniciou o processo de execução, conforme previsto no Decreto-Lei n. 70/1966, marcada a praça para o mesmo dia do ajuizamento; que a ré, contudo, não fez a notificação para a purgação da mora.

A sentença entendeu que, de fato, não houve a notificação pessoal, descartando aquela feita por AR, "que aliás já é nula em si, porque, feita em 1997, já não poderia prescindir da intervenção do Cartório de Títulos e Documentos, nos termos do art. 31, IV, do Decreto-Lei n. 70/1966, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.004/1990 — pois bem, essa notificação não chegou a bom termo porque, pelo documento de fl. 60, a autora não foi encontrada. Expediu-se, então, carta de notificação, a ser entregue por oficial cartorário, novamente frustrada porque a requerente, nessa segunda tentativa, também não pôde ser localizada. Aqui é que se deu o vício. Tendo procedido a duas tentativas extrajudiciais, ambas malogradas, de localiza-

ção da devedora, cumpria ao credor notificá-la judicialmente e, só depois, passar à chamada ficta, via edital" (fl. 79).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região proveu a apelação. Para o acórdão recorrido, houve, no caso, aviso de cobrança reclamando o pagamento das parcelas vencidas, "não se vislumbrando na sua remessa via postal (mediante AR) irregularidade hábil a inquiná-la de nulidade, visto que, para tanto, não se exige notificação através de Cartório de Registro de Títulos e Documentos, como sugere a sentença (art. 31, IV, do Decreto-Lei n. 70). Tal aviso destina-se a dar ciência à devedora de sua inadimplência e constitui-la em mora, com a advertência de que, a persistir sua omissão, será executado o crédito hipotecário" (fl. 98). Entendeu o Tribunal de origem "que, encaminhados os avisos de cobrança ao endereço do imóvel financiado, e não tendo o mutuário informado que reside em local diverso, há que se reconhecer cumprida a exigência legal" (fl. 98). Asseverou, ainda, que não se trata de mutuário não localizado, mas, sim, de mutuário que não mais reside no local, como certificado pelo Oficial de Justiça, o qual tem fé pública, não impugnando a autora a autenticidade da certidão; ademais, não demonstrou que pretendia purgar a mora. Lembrou, ainda, que a própria autora confirma residir em outra cidade.

O art. 620 do Código de Processo Civil não foi prequestionado. Os artigos 514, II, e 515 não foram violados. O acórdão dos declaratórios deixou bem claro que foi enfrentada a matéria impugnada na apelação, e que, sem dúvida, é o cerne da controvérsia.

De fato, trata-se de saber se possível a notificação editalícia, após esgotadas as outras formas, assim os avisos de cobrança e a entrega por oficial do cartório.

A jurisprudência da Corte tem entendido que a intimação pessoal é mesmo necessária (REsp n. 417.955/SC, de minha relatoria, DJ de 04.11.2002). Ocorre que, no caso, o acórdão recorrido cuidou de destacar que há certidão do Oficial de Justiça, não contestada pela parte recorrente, indicando que a autora não mais reside no imóvel e que está em local incerto e não sabido, tornando legítima a sua notificação por edital, nos termos do art. 31, § 2º, do Decreto-Lei n. 70/1966.

Na verdade, se foram feitas várias tentativas e a devedora não foi encontrada, indicando o Oficial do Cartório que a mesma se encontra em local incerto e não sabido, não há fundamento para trancar a execução do Decreto-Lei n. 70/1966, prevista a possibilidade em tais casos de se efetivar a notificação por edital.

Eu não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 493.906 — MG (2002/0170412-7)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrente: Mineração Morro Velho Ltda
Advogado: Alexandre Rossi Figueira
Recorridos: Maria Gonçalves de Sousa e outros
Advogados: José Celso de Abreu e outro

EMENTA

Ação de indenização. Art. 100, V, **a**, e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil. Peculiaridade sobre facilitação da defesa não enfrentada. Ausência de similitude fática dos paradigmas.

1. Importante para o julgamento do recurso, embora já tenha esta Terceira Turma precedente no sentido de que o art. 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil, alcança tanto os delitos penais como os civis, é que o acórdão recorrido destacou a peculiaridade do deslocamento diante da necessidade de facilitação da defesa, flanco não coberto pela ré no especial.

2. O dissídio sem a necessária similitude fática, no caso, a falta de indicação da peculiaridade destacada pelo acórdão recorrido, não é possível.

3. Recurso especial não conhecido.

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, não conhecer do recurso especial. 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), 19 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Mineração Morro Velho Ltda interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo cons-

titucional, contra acórdão da Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

> "Ação de indenização — Acidente de trabalho — Competência — definição — Local do fato — Domicílio do autor — Foro eletivo por se tratar de reparação fundada em delito civil.
>
> Tratando-se de pleito indenizatório embasado na responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho, aviado pelas viúvas beneficiárias de seus esposos falecidos, empregados da empresa ré, que teriam adquirido doença laboral que causou-lhes a morte, fato ocorrido durante período em que prestavam serviços na empresa ré, cabe às autoras optar pelo foro do local onde estão domiciliadas ou pelo do local do fato, o que mais lhes convier, nos precisos termos do art. 100, parágrafo único, do CPC, pois ao não especificar a lei a que tipo de delito se aplicaria este foro eletivo, permitiu que fosse conferida também aos autores que pretendem reparação fundada em delito de natureza civil e não só criminal" (fl. 90).

Opostos embargos de declaração (fls. 102 a 105), foram rejeitados (108 a 113).

Sustenta a recorrente violação do artigo 100, inciso V, alínea **a**, do Código de Processo Civil, haja vista ser a referida norma "destinada somente àquelas ações de reparação de dano advindas de *crime* e não de ato ilícito, ao contrário do que concluiu, portanto, o egrégio Tribunal **a quo**" (fl. 125).

Aponta dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados, também, desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 161 a 165), o recurso especial (fls. 117 a 135) foi admitido (fls. 167/168).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Exceção de incompetência oposta pela empresa recorrente em ação ordinária de indenização, com invocação do art. 100, V, **a**, do Código de Processo Civil.

O Juiz julgou improcedente a exceção, calçando a decisão com o art. 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais negou provimento ao agravo de instrumento. Para o acórdão recorrido, "mesmo levando-se em conta o fato de que o

acidente que vitimou fatalmente os maridos das autoras tenha ocorrido na mina da agravante, localizada no Município e Comarca de Nova Lima, lá também se encontrando a sede da empresa, o fato de as autoras residirem em Contagem faz com este foro prevaleça como competente, já que estariam as autoras ao ajuizarem lá a ação exercendo opção que a lei processual lhes garante" (fl. 97). Considerou, ainda, que não seria "concebível, exigir-se das autoras agravadas, pessoas de poucos recursos, fossem obrigadas a deslocarem-se à Comarca de Nova Lima e lá aforar ação de indenização contra a agravada" (fls. 98/99).

Os embargos de declaração foram rejeitados.

O argumento do especial é sobre a não-aplicação do art. 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil, porque a expressão "delito" não alcança o ilícito civil. Sem razão, no entanto. Precedente desta Terceira Turma assentou que o dispositivo refere-se aos delitos de modo geral, abrangendo tanto os de natureza civil como penal (REsp n. 56.867/MG, Relator o Senhor Ministro Costa Leite, DJ de 13.03.1995).

No entanto, a meu sentir, tal aspecto não é relevante para o deslinde da controvérsia, mas, sim, a circunstância de demonstrar o acórdão recorrido que o deslocamento da competência causa prejuízo à defesa das autoras, daí a razão da escolha, assinalando que há circunstâncias específicas que afastam a pretensão da recorrente.

Ocorre que tais circunstâncias específicas não foram desafiadas no especial, limitando-se a trazer precedentes na direção da incidência do art. 100, V, **a**, do Código de Processo Civil.

Destarte, considerando a peculiaridade destacada no acórdão recorrido e a ausência de combate em tal flanco, o especial não merece ser conhecido, ausente a necessária similitude fática com os paradigmas.

RECURSO ESPECIAL N. 506.290 — RS (2003/0004421-9)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A — Banrisul

Advogados: Therezinha Maria Borges Barão e outros

Recorridos: Luis Augusto Timm Saalfeld e cônjuge

Advogada: Eliane Barcellos Hoff

EMENTA

Civil. Hipoteca. Extinção. Cédula de crédito industrial. Prescrição. Art. 849 do CC. Impossibilidade de levantamento da hipoteca. Subsistência da obrigação principal.

— Vencido o título de crédito, mas perdurando a dívida assegurada, deve subsistir o gravame hipotecário sobre o bem dado em garantia, de acordo com o inciso I do art. 849, CC/1916.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ de 1º.02.2005

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial, interposto por Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A — Banrisul, arrimado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Ação: declaratória proposta pelos recorridos em face do recorrente, incidental à monitória ajuizada por este em face daqueles, objetivando o reconhecimento da prescrição e cancelamento do registro de hipoteca dada em garantia de cédula de crédito industrial firmada entre as partes, vencida em 1991.

Sentença: julgou improcedente o pedido, por entender que a hipoteca estaria vinculada à obrigação principal contida na cédula e não ao título de crédito.

Acórdão: deu provimento à apelação interposta pelos recorridos, nos termos da seguinte ementa:

"Cédula de crédito industrial. Prescrição do título, tido como obrigação principal. Hipoteca dada em garantia, como acessória, igualmente inexigível

e extinta, em decorrência. Diferenciação entre os incisos I e VI do art. 849 do CCB.

Apelo provido. Unânime" (fl. 72).

Embargos de declaração: acolhidos para estabelecer que a verba honorária invertida é a de 10% do valor atribuído à causa.

Recurso especial: o recorrente alega negativa de vigência do art. 849, I, do CC/1916 e dissídio jurisprudencial, argumentado que o acórdão recorrido se equivocou "ao tomar a prescrição do título de crédito como prescrição da dívida ou obrigação principal, uma vez que esta permanece" (fl. 104).

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O juízo de 1º grau, ao julgar improcedente o pedido, assim se manifestou:

> "A hipoteca é um direito real de garantia sobre bem alheio (CC, art. 674, IX), que se constitui, em uma de suas modalidades — que é a que interesse para o caso —, mediante acordo de vontades, visando à garantia de uma dívida, o que demonstra que sua vinculação é com a obrigação principal, não com eventual título a que esteja jungida, pois este não cria a obrigação, apenas dota o crédito nascido da obrigação de certeza, liquidez e exigibilidade. (...)
>
> Decorrente de tal natureza, é impróprio falar-se que a hipoteca é acessório da Cédula de Crédito Industrial. A garantia hipotecária é em relação à obrigação, que nasce do negócio jurídico financiamento, não à cédula que a materializa" (fl. 46).

O acórdão recorrido, ao declarar insubsistente a hipoteca, afirmou que a obrigação principal não se confunde com a dívida principal, a qual inclusive pode se manter, apesar de extinta a hipoteca pela prescrição. Do voto do ilustre Relator, extraio o seguinte trecho:

> "Ao tratar do tema 'hipoteca', especificamente no que tange à prescrição, o Dr. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento refere que tanto pode ser ela extintiva ou liberatória, como aquisitiva. Ao referir-se à primeira delas, taxativamente asseverou que '*não se refere à dívida, porque esta causa se situa no desaparecimento da obrigação principal referida no inciso I do art. 849 do CCB*'.
>
> (...)

Também neste sentido, acórdão de julgamento unânime, em que Relator o Desembargador Ivo Gabriel da Cunha:

> Hipoteca. Extingue-se a hipoteca com o vencimento do prazo de vigência da garantia, que não pode ser desatermada. A extinção independe da persistência de saldo devedor na obrigação principal do mútuo, que poderá remanescer desprovido de garantia real. Recurso parcialmente provido. (APC n. 189093297, Terceira Câmara Cível, TARGS, Relator: Desembargador Ivo Gabriel da Cunha, julgado em 11.04.1990).
>
> (...)

Concluo restar prescrita a obrigação principal, que é a cédula de crédito industrial emitida, com o que extinta a hipoteca dada em garantia" (fls. 74/77).

Em suas razões recursais, o Banrisul alega que permanece hígida a obrigação principal — a dívida — não podendo o acórdão recorrido entender extinta a hipoteca por prescrição — art. 894, VI, do CC/1916 — que não diz respeito à relação devedor-credor (fl. 109).

Assim, a questão posta a desate cinge-se em verificar se a obrigação principal corresponde ao título de crédito emitido ou à própria dívida.

Acerca do tema, comenta **Orlando Gomes**:

"A hipoteca é o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento de uma dívida.

(...)

A extinção da hipoteca verifica-se por duas vias: a via de conseqüência e a via principal.

Como direito acessório que é, a hipoteca extingue-se por via de conseqüência quando desaparece a obrigação principal que a garante.

A obrigação principal desaparece ao ser cumprida. Diversos modos de extinção das obrigações determinam a extinção da hipoteca: o pagamento, a compensação, a novação, a remissão, a confusão, a prescrição e a impossibilidade de execução. Outros modos extintivos das obrigações não produzem esse efeito: o pagamento com sub-rogação e o que é feito por consignação; este até que se torne efetivo. Para que o pagamento da dívida extinga a hipoteca, é necessário que seja integral. Se declarado nulo, não tem efeito extintivo.

(...)

A *prescrição* é causa extintiva tanto por via de conseqüência como por via principal. Realmente, pode atingir o direito principal, de *crédito*, como o de *hipoteca*. Há todavia, quem julgue impossível a separação e entenda que a prescrição da hipoteca só se consuma quando prescreve a dívida. É claro que a prescrição do crédito acarreta a da hipoteca, por via de conseqüência, sabido que, com o principal, prescrevem os direitos acessórios. A menção que o Código Civil faz da *prescrição*, depois de ter declarado que a hipoteca se extingue pelo desaparecimento da obrigação principal, indica que também é modo de extinção por via principal. As prescrições são independentes. Obviamente, porém, o devedor não pode invocar a prescrição contra o credor, se não estiver prescrito o crédito, pela razão intuitiva de que não pode prescrever contra seu título, mas o terceiro que adquiriu o imóvel hipotecado pode invocá-la." (**Gomes, Orlando**. "Direitos Reais". 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 411/427).

Em julgado desta Turma, do qual fui Relatora, decidiu-se que, se a obrigação principal não foi completamente adimplida, devem subsistir os gravames hipotecários sobre os bens dados em garantia da dívida, mesmo após extinto o processo de execução. Assim foi ementado o acórdão:

"Civil. Hipoteca. Extinção do processo de execução garantido por hipoteca. Ausência de ação de conhecimento para anulação do registro da hipoteca. Art. 849 do CC. Impossibilidade de levantamento das hipotecas. Subsistência da obrigação pecuniária não adimplida no seu termo.

— O provimento de recurso que acarreta a extinção do processo de execução, por vício formal, não extingue o crédito assegurado por hipoteca, que só pode ser desconstituída, no caso em concreto, pela utilização das vias ordinárias.

— Se a obrigação principal não foi completamente adimplida, devem subsistir os gravames hipotecários sobre os bens dados em garantia da dívida, de acordo com o inciso I do art. 849, CC, sendo incabível a declaração de extinção da hipoteca dos bens dados em garantia."(REsp n. 299.118/PI; data do Julgamento 18.12.2001; data da publicação/fonte DJ de 03.06.2002).

Impõe-se destacar que o art. 26 do Decreto-Lei n. 413/1969, que dispõe sobre títulos de crédito industrial, prevê que à hipoteca cedular aplicam-se os princípios da legislação ordinária, no que não colidirem com os preceitos do referido diploma legal.

Dessa forma, sendo a hipoteca direito acessório, criado em garantia de obrigação principal, desaparecendo esta, extingue-se aquela, pois não há razão para se garantir algo que não mais existe. A garantia real cessa-se com o desaparecimento

da dívida assegurada. Ainda, prescrita a ação que protege o direito principal do credor, prescrita está a ação hipotecária.

Cumpre esclarecer que, apesar de vencido o título de crédito executivo, o direito de cobrança persiste, porquanto o credor poderá utilizar-se de outros meios para perseguir o seu crédito, tais como a ação monitória, como observa-se na presente hipótese, a ação de locupletamento e a ação de cobrança pelo rito ordinário.

Assim, subsistindo a obrigação assumida pelos recorridos perante o recorrente, deve subsistir o gravame hipotecário sobre o bem dado em garantia da dívida.

Forte em tais razões, *conheço* do presente recurso especial e *dou-lhe provimento* para restabelecer a r. sentença às fls. 44/48.

Arcarão os recorridos com as despesas processuais e honorários advocatícios, mantidos quanto a esses o valor fixado em 2º grau de jurisdição —10% do valor atribuído à causa.

RECURSO ESPECIAL N. 522.324 — SP (2003/0070119-3)

Relator: Ministro Castro Filho
Recorrentes: João de Oliveira Soares e cônjuge
Advogado: Marcelo Augusto Gonçalves Vaz
Recorrido: Banco do Brasil S/A
Advogadas: Magda Montenegro e Rita Seidel Tenório e outros
Sustentação oral: Flávio Renato Jaquet Rosterola, pelos recorrentes

EMENTA

Civil e Processual Civil — Recurso especial — Contrato de financiamento bancário — Responsabilidade dos fiadores — Renúncia ao direito de exonerar-se da fiança — Impossibilidade.

É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que o instituto da fiança não comporta interpretação extensiva, obedecendo, assim, disposição expressa do artigo 1.483 do Código Civil anterior. Na fiança, o garante só pode ser responsabilizado pelos valores previstos no contrato a que se vinculou, sendo irrelevante, na hipótese, para se delimitar a duração da garantia, cláusula contratual em sentido diverso.

Recurso especial ao qual se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Srª. Ministra Nancy Andrighi, a Turma, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Votou vencido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 17 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ de 04.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Cuidam os autos de ação de rito ordinário proposta por João de Oliveira Soares e sua esposa Claudete Rossi Soares em relação ao Banco do Brasil S/A, objetivando a rescisão de fiança prestada em contratos de financiamento, bem como o recebimento de indenização por danos materiais, em virtude de ter a instituição financeira impossibilitado sua sub-rogação na garantia real fidejussória, com a venda dos bens garantidores do débito, e morais, em decorrência da inscrição de seus nomes no Serasa. Requereram, ainda, antecipação de tutela, para que o réu se abstivesse de incluí-los em quaisquer outros cadastros de inadimplentes.

Os pedidos foram julgados improcedentes, com a conseqüente revogação da tutela antecipada. A Décima Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por votação unânime, negou provimento à apelação interposta pelos autores. Eis a ementa redigida para o acórdão:

> "Fiança — Renúncia aos favores do artigo 1.503 do Código Civil — Admissibilidade — Cláusula não abusiva — Condição tácita resolutiva que pode ser revogada pelas partes — Direito de regresso contra os afiançados não pedido pelos fiadores — Pedido indenizatório improcedente — Recurso não provido, com determinação."

Opostos, por duas vezes, embargos de declaração, foram rejeitados.

Ainda inconformados, os autores interpõem recurso especial, com fulcro em ambas as alíneas do permissivo constitucional. Alegam, em síntese, violação aos artigos 51, I e IV, do Código de Defesa do Consumidor, e 159, 1.491 e 1.503, II, do

Código Civil, bem como divergência jurisprudencial com julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e com a Súmula n. 214 desta Corte.

Relatam que a instituição financeira renegociou com os devedores os contratos originários, sem obter a anuência dos recorrentes fiadores, autorizando, com isso, a venda dos veículos e a conseqüente desconstituição da garantia fiduciária, onerando a fiança prestada, uma vez que tornou impossível a sub-rogação dos fiadores na garantia real fidejussória.

Sustentam, em síntese: a) a nulidade da cláusula contratual que estabeleceu a renúncia aos benefícios do artigo 1.500 do Código Civil; b) a impossibilidade de alteração unilateral das condições iniciais do contrato de fiança; c) ter o recorrido o dever de indenizar pelos danos materiais e morais causados por sua negligência ao permitir a venda dos bens dados em garantia.

Contra-arrazoado, o recurso foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Cinge-se a controvérsia a saber se o fiador pode desobrigar-se da fiança prestada, mesmo quando constar do contrato cláusula de renúncia ao direito de exoneração garantido pelo artigo 1.500 do Código Civil.

Para negar provimento à apelação dos ora recorrentes, assim consignou o acórdão recorrido, no que interessa:

> "Ainda que aplicável o Código de Defesa do Consumidor, a renúncia aos favores dos artigos 1.491 e 1.503, do Código Civil, e 262, do Código Comercial feita nos contratos (subitem 6, do item II, Condições Gerais) não é abusiva.
>
> Na lição de **J. M. Carvalho Santos**, colacionada em contra-razões, a norma do artigo 1.503, inciso II, do Código Civil, constitui uma condição tácita resolutiva da fiança. De forma que as partes podem revogá-la, estabelecendo, em cláusula expressa, que o fiador não ficará desonerado, ainda que seja impossível a sua sub-rogação nas garantias e preferências do credor ('Código Civil Brasileiro interpretado', Freitas Bastos, vol. XIX, p. 403)."

Ao meu sentir, não merece prosperar, nesse aspecto, o aresto hostilizado, uma vez que o instituto da fiança não comporta interpretação extensiva, obedecendo, assim, disposição expressa do artigo 1.483 do Código Civil. Na fiança, o garante só pode ser responsabilizado pelos valores previstos no contrato a que se vinculou, sendo irrelevante, para se delimitar a duração da garantia, que tenha ocorrido

renúncia ao direito de exoneração, mormente porque, na presente hipótese, conforme reconhecido pelo próprio Tribunal **a quo** (fls. 312 e 336), os automóveis ofertados em garantia foram vendidos sem a autorização dos fiadores, ora recorrentes.

É esse o mais recente entendimento adotado neste Sodalício:

"Fiança (extinção). Código Civil, art. 1.503, II (interpretação).

1. É certo que o credor não há de proceder de modo a alterar, ou mesmo prejudicar o direito do fiador de reembolsar-se (**Serpa Lopes**), mas se o prejuízo é parcial, não se extingue toda a fiança (**Athos Carneiro**).

2. Avalia-se na proporção do prejuízo causado ao fiador pelo fato de o credor (**J. M. de Carvalho Santos**). Então, a renúncia parcial 'não teve por conseqüência desobrigar os fiadores senão na proporção em que a sub-rogação nas garantias se impossibilitou' (**Caio Mário**). O fiador se exonera na proporção em que a sub-rogação se impossibilitou. Admissão da exoneração parcial.

3. Recurso especial fundado na alínea **a**, de que a Turma conheceu e lhe deu provimento em parte."

(REsp n. 101.212/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 14.08.2000)

Tome-se ainda, como parâmetro, o Enunciado n. 214 da súmula deste Superior Tribunal de Justiça, o qual, apesar de referir-se a contratos de locação, pode ser aplicado por extensão à presente hipótese, uma vez que a natureza da fiança é a mesma. Diz o referido enunciado: "O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.".

Nesse mesmo sentido: REsp n. 470.435/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 24.02.2003; REsp n. 315.867/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 20.05.2002; EREsp n. 255.392/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 17.09.2001; REsp n. 236.671/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 17.04.2000; REsp n. 213.078/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 22.05.2000 e EREsp n. 67.601/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 29.06.1998.

Tenho, portanto, como violados os artigos 1.491 e 1.503, II, do Código Civil, tornando despicienda a discussão sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, como corolário lógico da exoneração da fiança, entendo que os recorrentes devem ser ressarcidos dos valores indevidamente pagos, em decorrência da referida exoneração.

Quanto ao mais, estando comprovada nos autos (fl. 177) a inscrição indevida dos nomes dos recorrentes no Serasa, é de se reconhecer aos recorrentes direito

à reparação por dano moral, de acordo com precedentes deste Superior Tribunal, em casos análogos.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial, para julgar procedentes os pedidos, exonerando os recorrentes da fiança prestada, a partir da desconstituição da garantia real, devendo ser ressarcidos dos valores pagos **a posteriori**, devidamente atualizados e remunerados com os juros legais, arbitrando os danos morais em R$ 3.000,00 (três mil reais) para cada um dos autores, invertidos os ônus sucumbenciais fixados na sentença monocrática.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Srª. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se do recurso especial interposto por João de Oliveira Soares e Claudete Rossi Soares, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da CF/1988.

Ação: de rescisão de fiança cumulada com indenização por danos materiais e morais com pedido de antecipação de tutela, proposta pelos recorrentes em face de BB — Financeira S/A Crédito, Financiamento e Investimento (fls. 02/18).

Tutela antecipada: deferida para obstar a inclusão dos nomes dos recorrentes nos cadastros do Serasa e instituições similares (fl. 56).

Sentença: julgou improcedente o pedido contido na inicial, revogou a tutela antecipada e condenou os recorrentes nas despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 12% sobre o valor da causa atualizado. Entendeu o ilustre Juiz que os recorrentes se obrigaram solidariamente ao pagamento das parcelas objetos dos contratos (fls. 209/213).

Embargos de declaração: opostos pelos recorrentes (fls. 33/41), rejeitados sob o fundamento de terem o caráter infringente (fl. 224).

Acórdão: o 1º TAC/SP negou provimento ao recurso de apelação interposto pelos recorrentes (226/236), com a seguinte ementa:

> "Fiança — Renúncia aos favores do artigo 1.503 do Código Civil — Admissibilidade — Cláusula não abusiva — Condição tácita resolutiva que pode ser revogada pelas partes — Direito de regresso contra os afiançados não perdido pelos fiadores — Pedido de indenização improcedente — Recurso não provido, com determinação" (fls. 311/313).

Embargos de declaração: duas interposições, duas rejeições.

Recurso especial: alegam os recorrentes violação aos arts. 159, 1.491 e 1.503, inciso II, do CC/1916; art. 51, I e IV, do CDC e dissídio jurisprudencial (fls. 339/

357), sustentando, em síntese, a nulidade da cláusula contratual que estabeleceu a renúncia aos benefícios do art. 1.500 do CC/1916, a inviabilidade de alteração unilateral da avença, e a responsabilidade civil do recorrido quanto aos danos morais e patrimoniais decorrentes de sua negligência ao permitir a venda dos bens-objeto do contrato.

O ilustre Relator, Ministro Castro Filho, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento ante a violação dos arts. 1.491 e 1.503, II, do CC/1916, julgando procedentes os pedidos para: *(i)* exonerar os recorrentes da fiança a partir da desconstituição da garantia real; *(ii)* determinar o ressarcimento dos valores pagos posteriormente; e *(iii)* fixar em R$ 3.000,00 (três mil reais) para cada recorrente o valor da indenização por danos morais.

O ilustre Ministro Carlos Alberto Menezes Direito proferiu voto-vista no sentido de não conhecer do recurso especial, pelos seguintes fundamentos: *(i)* a renúncia espontânea aos favores do art. 1.503, II, do CC/1916, não é abusiva, não incidindo o art. 51 do CDC; *(ii)* a matéria jurídica versada no art. 1.491 do CC/1916 não foi prequestionada; e *(iii)* em não havendo a exoneração da fiança, não há se falar em dever de indenizar.

Repisados os fatos, decido.

Cuida-se de recurso especial por meio do qual os recorrentes impugnam a fiança prestada com cláusula de exoneração dos direitos previstos no art. 1.500 do CC/1916. A questão posta a desate cinge-se saber se os fiadores podem desobrigar-se da fiança com fundamento no Código de Defesa do Consumidor e, ainda, em virtude da venda, sem a sua autorização, dos veículos objeto da garantia.

I - Da violação ao art. 51, incisos I e IV do CDC

A renúncia ao direito de exonerar-se da fiança não é avença incompatível com os princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor.

Há, na solução da controvérsia, convivência harmônica entre o Código Civil e as regras do Código de Defesa do Consumidor, mostrando-se a atitude dos recorrentes dissociada do ato de vontade que praticaram livremente.

Dessa forma, o dispositivo não foi violado.

II - Da violação aos arts. 159, 1.491 e 1.503, inciso II, do CC/1916

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o contrato acessório de fiança deve ser interpretado de forma restritiva, vale dizer, a responsabilidade do fiador fica delimitada a encargos do pacto originariamente estabelecido, de modo que sua modificação, compulsória ou voluntária, sem a

anuência dos fiadores, não os vincula, pouco importando a existência de cláusula de renúncia à exoneração da fiança, aplicando-se, nesses casos, o teor da Súmula n. 214 do STJ que, apesar de dizer respeito à locação, estende-se, genericamente, ao instituto da fiança.

No presente julgamento, a peculiaridade é que os automóveis ofertados em garantia foram alienados sem a autorização dos fiadores.

O credor não pode modificar ou alterar o contrato, sem a prévia anuência daquele que prestou a fiança, tampouco aceitar moratória quanto ao crédito em detrimento do fiador, o qual tem o dever de pagar o débito e a sub-rogar-se nos direitos do credor. A existência de bens garantidos da dívida deveria ser preservada, sob pena de se provocar alteração na relação jurídica garantidora.

De fato, a recorrida, ao vender os veículos sem o consentimento dos recorrentes, provocou alteração no contrato de fiança, o que não lhe era permitido, vindo a inviabilizar a sub-rogação dos fiadores, ferindo o ditado pelo inciso II do art. 1.503 do CC/1916.

É necessário reafirmar que não provoca nenhum efeito sobre o fato em concreto a existência no contrato fidejussório de cláusula de renúncia a benefícios legais, isso porque, o ato de disposição do credor de outras garantias altera o pacto e, no caso, inviabilizou a sub-rogação no direito dos fiadores.

Quanto ao dano moral, mostra-se justificado o seu arbitramento em virtude de terem sido os nomes dos recorrentes indevidamente inscritos no Serasa. Nesse caso, a jurisprudência assente no STJ veda a inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes enquanto pende discussão judicial sobre a dívida. Nesse sentido, confiram-se os Recursos Especiais ns. 212.768, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 02.09.2002; 437.630, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 08.04.2002; 435.134, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 16.12.2002; e a Medida Cautelar n. 4.721, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 08.04.2002.

Diante do exposto, verifica-se que o acórdão impugnado violou os dispositivos acima descritos, impondo-se a sua reforma.

Forte em tais razões, acompanho o voto do ilustre Relator para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, a fim de: *(i)* exonerar os recorrentes da fiança prestada; *(ii)* determinar o ressarcimento dos valores por eles pagos ao recorrido, atualizados e com juros na forma da lei; e *(iii)* arbitrar os danos morais em R$ 3.000,00 (três mil reais) para cada recorrente.

Invertidos os ônus sucumbenciais, mantidos os valores fixados na sentença.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Os recorrentes ajuizaram ação ordinária de rescisão de fiança, cumulada com indenização por danos materiais e morais, alegando que são fiadores em contratos assinados pela instituição financeira ré com Sebastião Augusto Gávea e Alexandre Lattaro Gávea, devedores; que figuram nos contratos como devedores solidários; que sua pretensão está arrimada no art. 1.503, II, do Código Civil de 1916; que os devedores alienaram fiduciariamente automóveis, oferecendo garantia real adicional; que a instituição financeira e os réus compuseram-se para renegociar os débitos por meio de dois instrumentos particulares, sendo que o firmado com Alexandre Lattaro Gávea foi afiançado pelo primeiro autor em conjunto com Sebastião Augusto Gávea e o outro firmado com este último; que a fiança foi dada por ambos os autores, figurando os garantes como devedores solidários; que na ocasião prevaleceram as garantias reais; que a garantia real também aproveitariam os fiadores, e "poderia ser acionada, através de sub-rogação, na hipótese destes terem que exercer o direito de regresso contra os avalizados" (fl. 5); que os autores, em julho de 1999, tiveram conhecimento de que a instituição financeira provocou a sua inscrição em cadastro negativo, o que acarretou severos prejuízos de ordem material e moral; que, diante do cenário existente, compareceram ao banco para pagar R$ 3.900,00 quitando as parcelas em atraso dos contratos, mais R$ 1.110,63 correspondentes a outro contrato firmado por Sebastião Gávea; que procuraram seus afiançados "esperando que estes acertassem seus débitos com o banco requerido até mesmo com a entrega, em definitivo, daqueles veículos alienados fiduciariamente" (fl. 6); que ficaram surpresos ao saber que o banco havia renunciado às garantias reais permitindo "que os veículos que estavam alienados fiduciariamente em seu favor fossem vendidos pelos devedores afiançados" (fl. 6); que a atitude da instituição financeira foi temerária e negligente causando aos autores injusto e sério prejuízo financeiro, "impedindo-os (injustamente) de sub-rogarem-se naquelas garantias (o que seria de direito), colocando-os, assim, na injusta condição de única garantia daqueles contratos" (fl. 7).

A sentença julgou improcedente o pedido, revogando a tutela antecipada. A Magistrada afirmou que não há impossibilidade de renunciar aos favores do art. 1.503 do Código Civil diante do que dispõe o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, o que, expressamente, fizeram os autores. Demais disso, "o fato de ter sido desconstituída a garantia real de alienação fiduciária não significa que os autores perderam o direito de sub-rogação e regresso em relação aos afiançados, não havendo qualquer prova por parte dos autores de que ficaram impossibilitados da sub-rogação e direito de regresso" (fl. 213). Não há, portanto, fundamento para o pedido de rescisão da fiança. Também julgou improcedente o pedido indenizató-

rio, porque obrigaram-se solidariamente no pagamento dos contratos, podendo o réu incluir os respectivos nomes nos cadastros negativos.

O Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou provimento à apelação. Para o Tribunal local, ainda que aplicável o Código de Defesa do Consumidor, "a renúncia aos favores dos artigos 1.491 e 1.503 do Código Civil, e 262, do Código Comercial feita nos contratos (subitem 6, do item II, Condições Gerais) não é abusiva" (fl. 311). Destacou o acórdão recorrido que os "recorrentes são empresários, não neófitos em práticas comerciais, e possuíam pleno conhecimento das conseqüências da renúncia efetuada", sendo o primeiro autor sócio do afiançado Sebastião Gávea em firma comercial e possuem em condomínio imóvel na capital. Destacou, ainda, o Tribunal de origem "existir afirmação do apelado segundo a qual, na verdade, o empréstimo destinou-se à atividade comercial dos devedores, o que não foi objeto de impugnação" (fl. 312). Finalmente, considerou que a desconstituição da garantia real não implica perda do direito à sub-rogação e descartou o pedido de reparação.

Os dois embargos de declaração apresentados pelos ora recorrentes foram rejeitados.

O eminente Relator, Ministro Castro Filho, conheceu do especial e lhe deu provimento. Para o Relator, foram violados os artigos 1.491 e 1.503, II, do Código Civil de 1916, tornando desnecessária a discussão sobre o Código de Defesa do Consumidor. Afirmou, ainda, que "como corolário lógico da exoneração da fiança, entendo que os recorrentes devem ser ressarcidos dos valores indevidamente pagos, em decorrência da referida exoneração". Considerou o Ministro Castro Filho que os veículos foram vendidos sem autorização dos fiadores. Em conclusão, exonerou os recorrentes da fiança prestada a partir da desconstituição da garantia real, impondo o ressarcimento dos valores pagos após, atualizados e com juros, mais R$ 3.000,00 por danos morais.

Não existe negativa de vigência do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. A renúncia aos favores do art. 1.503 do Código Civil de 1916, como posto no acórdão recorrido, não é abusiva.

Ora, se os fiadores renunciaram espontaneamente aos favores do art. 1.503, II, do Código Civil de 1916 não podem alegar agora que está violado o dispositivo. De fato, se o próprio fiador admitiu não invocar a impossibilidade da sub-rogação, não vejo crível que venha aos autos para invocar a regra da qual abriu mão livremente. No caso, como está no acórdão recorrido, houve essa renúncia, ou seja, não ficará o fiador desonerado, ainda que não possa exercer a sub-rogação.

Quanto ao art. 1.491 do Código Civil de 1916, entendo que não houve prequestionamento. O tema de caber ao fiador se demandado pelo pagamento da

dívida exigir, "até a contestação da lide, que sejam primeiro excutidos os bens do devedor", na minha compreensão, não foi objeto de discussão pelo Tribunal de origem, que se limitou a reconhecer a ausência de abusividade na cláusula de renúncia e a admitir que a desconstituição da garantia real não impede a sub-rogação.

Se os fiadores não se exoneraram da obrigação da fiança, mesmo que presentes quaisquer das situações previstas no art. 1.503 do Código Civil, diante da renúncia que manifestaram, não se há de admitir que não estavam obrigados a pagar a fiança.

De igual modo, se pagaram a fiança para se livrar da obrigação assumida, não haveria como reconhecer o direito de ressarcimento, à medida que o dano não pôde ser identificado. Dano haveria se, por ventura, houvesse a exoneração da fiança.

Tenho como necessário deixar claro que o acórdão recorrido não cuidou da questão relativa à modificação das condições iniciais da fiança, porque ficou plantado naquela da possibilidade de haver renúncia aos benefícios do art. 1.503 do Código Civil de 1916. Veja-se que no acórdão dos segundos embargos de declaração, o Tribunal de origem, embora tenha consignado que a "autorização para venda dos veículos realmente não foi fornecida" (fl. 336), reafirmou que "como já anteriormente registrado (fl. 327), todos os argumentos impugnados pelos embargantes serviram para deixar claro que sabiam das conseqüências da cláusula de renúncia ao art. 1.503 do Código Civil. Portanto, válida é a disposição contratual e a responsabilidade dos embargantes, inafastável" (fl. 336). E arrematou:

> "E como nada obstava a indigitada condição, à instituição financeira era permitido autorizar a venda dos veículos.
>
> A responsabilidade dos embargantes subsiste, sendo irrelevante para o desate da questão proposta se autorizaram, expressamente, ou não a venda dos veículos" (fl. 336).

Vê-se, portanto, que o Tribunal local não examinou o tema da necessidade de manutenção das condições em que a fiança foi dada, nem sequer cuidou daquele de que dá notícia o art. 1.491 do Código Civil de 1916. E a parte poderia ter ingressado com o especial pela via do art. 535 do Código de Processo Civil, o que não ocorreu.

Se examinado o tema, haveria de ser aplicado o precedente da Segunda Seção, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, em que se afirmou que o fiador não se exime da responsabilidade, "quando, ocorrendo busca e apreensão, o bem é vendi-

do pelo credor, mas o valor não é suficiente para cobrir o débito, existindo saldo devedor. Interpretação do artigo 66 da Lei n. 4.728/1965, na redação do Decreto-Lei n. 911". E, nesse caso, necessário que seja o fiador "cientificado pelo credor, de que o bem seria vendido, para que possa pagar o débito, sub-rogando-se no crédito e na garantia. Isso não se fazendo, não poderá ser responsabilizado pelo débito remanescente" (REsp n. n. 140.894/PR, DJ de 19.03.2001).

Quanto ao dissídio, não vejo força no acórdão paradigma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E não vejo porque já se assentou antes que não é abusiva a cláusula de renúncia, e que, sim, poderia haver a exoneração apesar da renúncia, se outras circunstâncias fossem analisadas pelo acórdão recorrido, assim, por exemplo, aquela relativa às modificações da situação de fato em que a fiança foi prestada, o que, volto a repetir, pelo menos na minha percepção do acórdão recorrido, não foi objeto de exame. Não me parece válida a interpretação de que o fato de ter o acórdão recorrido considerado possível a renúncia também considerou possível alterar as condições originais em que prestada a fiança.

A Súmula n. 214 da Corte não é apropriada ao caso sob julgamento.

Por fim, examino a questão da responsabilidade, trazida sob a disciplina do art. 159 do Código Civil de 1916. E rechaço a impugnação porque se não havia a exoneração da fiança, que se manteve hígida em função do aspecto tratado no julgamento, isto é, a possibilidade de renúncia aos benefícios do art. 1.503 do Código Civil, não há falar em dever de indenizar. Se o pedido, como está no especial, "decorre da negligência na manutenção das condições originais da fiança, daí o dever de indenizar os Recorrentes pelos danos materiais e morais demonstrados na inicial" (fl. 352), o reconhecimento de que tal situação não ocorreu inviabiliza a condenação.

Com essas razões, pedindo vênia ao eminente Ministro Castro Filho, eu não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 573.630 — RS (2003/0151414-9)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT
Advogados: Laury Ernesto Koch e outros
Recorrido: Jorge Roberto Brum e Silva
Advogada: Liani Bratz

EMENTA

Processo Civil. Recurso especial. Leilão extrajudicial. Desistência. Multa prevista no art. 695 do CPC. Aplicação. Impossibilidade.

— Às arrematações extrajudiciais não se aplica a multa prevista no art. 695 do CPC na hipótese de desistência do negócio pelo suposto arrematante.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ de 1ª.02.2005

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se do recurso especial interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT — contra acórdão exarado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Ação: a recorrente propôs ação de cobrança em face de Jorge Roberto Brum e Silva, ora recorrido, objetivando o recebimento de multa prevista no art. 695 do CPC.

Em síntese, sustenta que autorizou a realização de leilão público extrajudicial para a venda de um caminhão de sua propriedade.

O recorrido terminou por arrematar o bem ofertado por R$ 24.200,00, valor que, acrescido de comissão de leiloeiro de R$ 2.420,00, perfez dívida no importe de R$ 26.620,00. Como pagamento, o recorrido emitiu cheque nesse valor contra o Banco Meridional.

Contudo, o cheque foi apresentado ao banco sacado e devolvido por contra-ordem do recorrido, que, procurado, informou haver desistido da arrematação. Por

esse motivo, seria o recorrido devedor de multa no importe de 20% do valor do lanço, nos termos do art. 695 do CPC.

Sentença: o pedido formulado pelo recorrente foi julgado improcedente.

Acórdão: o recurso de apelação interposto pelo recorrente foi desprovido por acórdão assim ementado:

> "Processual Civil. Reconhecimento de firma na procuração. Desnecessidade. Súmula n. 64 desta Corte. Leilão extrajudicial. Inaplicabilidade do CDC. Verba honorária.
>
> 1. 'É dispensável o reconhecimento de firma nas procurações **ad judicia**, mesmo para o exercício em juízo dos poderes especiais previstos no art. 38 do CPC'. Súmula n. 64 desta Corte.
>
> 2. Não são aplicáveis aos leilões extrajudiciais as normas do Código de Processo Civil, senão de forma supletiva.
>
> 3. Apelação improvida."

Os embargos de declaração interpostos pelo recorrente foram rejeitados.

Recurso especial: foi interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a** da Constituição Federal, sob a alegação de ofensa ao art. 695 do CPC.

Em síntese, sustenta o recorrente que, pelo fato de o recorrido haver desistido da arrematação do bem ofertado no leilão extrajudicial, estaria obrigado ao pagamento de multa de 20% sobre o valor do lanço.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): A questão controvertida consiste em aferir se o arrematante de bem ofertado em leilão extrajudicial, ao desistir da arrematação, sujeita-se ao pagamento da multa prevista no art. 695 do CPC.

Topologicamente, verifica-se que o dispositivo legal tido por violado encontra-se na Subseção VII (Da arrematação) da Seção I (Da penhora, da avaliação e da arrematação) do Capítulo IV (Da execução por quantia certa contra devedor solvente) do Título II (Das diversas espécies de execução) do Livro II (Do Processo de execução) do CPC.

Constata-se, pois, que o dispositivo encontra-se intimamente ligado ao processo de execução previsto no diploma legal aludido.

Assim dispõe o **caput** do art. 695 do CPC: "Se o arrematante ou o seu fiador não pagar dentro de 3 (três) dias o preço, o juiz impor-lhe-á, em favor do exeqüente, a multa de 20% (vinte por cento) calculada sobre o lanço."

Pelas expressões "juiz" e "exeqüente", pode-se pressupor que, para que seja possível a sua aplicação, necessariamente há de se ter uma ação de execução em curso, por meio da qual suposto credor persegue seu crédito em juízo.

De fato, o procedimento relativo à arrematação previsto no CPC diz respeito tão-somente às arrematações judiciais, relativas, pois, às praças e leilões efetivados por leiloeiro vinculado ao Juízo da execução, através das quais bens supostamente penhorados em ações de execução são levados à hasta pública.

No caso dos autos, pelo que se depreende dos editais às fls. 7/9, bem como da ata à fl. 10, verifica-se que a arrematação operada se deu sobre bem de propriedade do recorrente que foi levado a leilão extrajudicial, por meio de leiloeiro por ele contratado, e não a leilão judicial.

Assim sendo, considerando-se que o art. 695 do CPC aplica-se tão-somente às arrematações judiciais, e que nos editais mencionados nada se previu acerca da imposição de multa em razão da desistência da arrematação, o recorrente não tem direito ao recebimento de qualquer valor em razão da não-realização do negócio.

Forte em tais razões, *não conheço* do presente recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 578.777 — RJ (2003/0162647-7)

Relator: Ministro Castro Filho
Relator p/ o acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Maitê Proença Gallo
Advogados: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro Filho e outro
Recorrida: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda
Advogados: Cid Flaquer Scartezzini Filho e outros
Sustentação oral: Cid Flaquer Scartezzini Filho, pela recorrida

EMENTA

Processual — Dano moral — Inexistência proclamada em grau de apelação — Decisão apoiada na prova — Súmula n. 7.

— Se o acórdão, no julgamento de apelação nega a ocorrência de dano moral, não é lícito examinar tal assertiva em recurso especial. Incide a Súmula n. 7.

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 na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Srª. Ministra Nancy Andrighi, por maioria, não conheceu do recurso especial. Votou vencido o Sr. Ministro Castro Filho. Votaram com o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Votou vencido o Sr. Ministro Castro Filho. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

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

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Originalmente, Maitê Proença Gallo propôs ação de indenização por danos morais contra a Schering do Brasil, Química e Farmacêutica Ltda, sob o fundamento de que, em agosto de 1998, foi contratada pela recorrida para tentar recuperar a imagem e a confiança de seus produtos, maculados pelo descobrimento de anticoncepcionais de sua fabricação que, ao invés de conter medicamento, apresentavam cápsulas feitas de farinha de trigo.

Anteriores problemas com o anticoncepcional "Microvlar" geraram grandes prejuízos financeiros à ré, que buscava recuperar a credibilidade junto ao mercado. Por isso, procurou a autora, contratando-a para protagonizar uma campanha nacional.

Foi idealizada uma campanha publicitária de caráter testemunhal, onde a recorrente afirmaria a seriedade do laboratório e a idoneidade dos produtos. Entretanto, a campanha, que era de três meses, foi interrompida no primeiro mês, pois surgiram novos casos de irregularidades das pílulas anticoncepcionais, que estavam sendo colocadas em número inferior nas caixas. Foram verificadas irregularidades não só em relação ao Microvilar, como também em relação a outros produtos, como "Diane 35", "Triquilar", "Primovlar", "Gynera" e "Androcen", o que teria levado o Ministério da Saúde a tomar sérias medidas contra o laboratório ora recorrido.

O juízo primevo julgou procedente o pedido, para condenar a ré em 2.000 salários mínimos por danos morais.

A Schering recorreu e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, deu provimento ao apelo, em acórdão assim ementado:

"Responsabilidade civil. Direito à imagem. Sentença de procedência. Recurso das partes.

A dispensa de testemunha, que não tenha conhecimento sobre os fatos da causa, não configura cerceamento de defesa, estando na linha de condução do processo pelo julgador.

Agravo retido desprovido.

Valoração do dano moral não especificada nem delimitado ao menos um patamar mínimo. Falta de interesse em recorrer da parte que formulou o pedido naqueles termos. Recurso da autora, de que não se conhece.

Campanha publicitária de reabilitação de produto medicamentoso junto ao público feminino, por atriz, mediante contrato com cláusula de caráter testemunhal a respeito de seu relançamento sob outra apresentação.

Novos incidentes com o remédio, que acarretaram a suspensão da campanha.

Dano moral à imagem da autora, todavia, não configurado, porquanto a matéria se reconduz ao plano dos direitos autorais, uma vez que cedeu ela o direito à imagem e à utilização da voz na propaganda, em contrapartida de remuneração.

Por sua condição de atriz, leiga, não estava vinculada a garantir propriedades do medicamento, que não resultaram comprometidas, passando a faltar apenas uma cápsula em cada cartela.

Imagem dela, atriz famosa, ornada de atributos, que já participou de campanhas e desfruta de prestígio junto ao público, que não resultou afetada. Não lhe era exigível nem estava adstrita a garantir a integridade do medicamento, mas a de anunciar que era relançado sob diversa apresentação.

Recurso da ré, no mérito, provido para julgar-se improcedente a ação."

Irresignada, após a rejeição dos embargos infringentes, a autora interpôs recurso especial com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, sustentando violação ao artigo 159 do Código Civil de 1916.

Alegou que, como responsável por uma campanha testemunhal que garantia ao público a eficiência dos produtos e a credibilidade do laboratório, teve sua

imagem maculada. Aduz que, à época, havia participado de campanhas voltadas à saúde da mulher e que sua imagem encontrava-se intimamente ligada a este tema, não se tratando, portanto, de responsabilidade extracontratual e sim de ilícito que lhe atingiu a imagem junto ao público, gerando prejuízos de ordem moral.

Contra-razões às fls. 660 a 677.

Inadmitido na origem, foi interposto agravo de instrumento ao qual dei provimento para convertê-lo em recurso especial, nos termos do artigo 544, § 3º, **in fine**, do estatuto processual civil.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Como relatado, a questão ora debatida tem seu cerne em se saber se cabível ou não a reparação por danos morais, por uso da imagem da autora, ao atestar a credibilidade de produtos e da própria empresa Schering.

De início, convém afastar qualquer dúvida sobre a aplicação do Enunciado n. 7 da súmula deste Sodalício, uma vez que a parte recorrente, ao valer-se do dispositivo federal invocado, não pretende o revolvimento do quadro fático ou da análise do contrato firmado, mas sim o reconhecimento dos danos morais pela lesão à sua imagem. No caso, a toda evidência, imagem-atributo, não imagem física. Esta, segundo **Carlos Alberto Bittar** ("Os direitos da personalidade", p. 87, 2ª edição, Ed. Forense Universitária, ano 1995), "Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social."

Na publicidade, há a utilização, não só da imagem física, a chamada imagem-retrato, mas, também da imagem-atributo, que é reconhecida pela doutrina como sendo o conjunto de atributos de uma pessoa identificados no meio social.

O Procurador Regional da República, Luiz Alberto David Araújo, assim a conceitua:

> "A imagem-atributo é conseqüência da vida em sociedade. O homem moderno, em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca. Muitas pessoas não fazem questão de serem consideradas relaxadas, meticulosas, organizadas, estudiosas, pontuais ou impontuais. São característicos que

acompanham determinada pessoa em seu conceito social. É importante verificar que tal característico não se confunde com qualquer outro bem correlato à imagem, como a honra, por exemplo, como será visto adiante.

A palavra imagem, portanto, tem apresentado sentido diferente do utilizado inicialmente (e analisado pelos civilistas apontados acima). Trata-se de concepção moderna do termo.(...) Dessa maneira, podemos afirmar que existem duas imagens no texto constitucional: a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo."("A proteção constitucional da própria imagem", Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1996, p. 31).

Associar o nome ou a imagem de uma pessoa pública, seja desportista ou artista a produtos e serviços, prática comum e cotidiana na publicidade atual, permite agregar ao produto ou serviço as características positivas dessa personalidade que, graças ao seu prestígio e bom conceito, por certo, contribuirá na valorização do produto e/ou de seu fabricante.

Positivado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"), o direito à imagem passou a ter o **status** de direito fundamental, e com ele a garantia de ressarcimento pelo uso abusivo.

O caráter essencial desse direito está protegido também pelo direito privado, o qual o classifica como sendo inerente aos direitos da personalidade, portanto inalienável, imaterial, absoluto, imprescritível, impenhorável. É como também o via o mestre **Orlando Gomes** ("Direitos da personalidade", Revista Forense, v. 216, p. 7): "os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários."

No mesmo sentido esta Corte já se pronunciou, na palavra do Ministro Sálvio de Figueiredo (REsp n. 267.529/RJ, DJ de 18.12.2000): "O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.(...) Em outras palavras, o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, sendo dispensável a demonstração do prejuízo material ou moral."

A propaganda, não raro, vincula um produto à imagem de uma pessoa. O que se busca é fazer crer que a coisa anunciada tenha as vantagens apregoadas pela pessoa que as afirma. E o efeito positivo do anúncio em muito dependerá do prestígio público de quem faz a propaganda.

Hoje, com pesar, verifica-se que o mais importante não é a produção, mas a divulgação do que é produzido. Nossa cultura está marcada pela primazia da distribuição. Dentro dessa infeliz realidade, a publicidade surge como fator determinante do lucro e fortalece a ponte entre o produtor e o consumidor. Por isso, há contratos que prevêem a rescisão unilateral e até multa, caso a imagem do artista venha a sofrer abalo por algum escândalo que possa gerar o insucesso do produto por ele anunciado no mercado.

A recíproca deve ser verdadeira, na mesma proporção. Se a propaganda comercial, que sempre objetiva lucro ou vantagem, reverter em prejuízo à imagem, ao conceito de quem fez o anúncio, por defeito do produto, ou outra falta de ética do fabricante, terá direito à reparação a personalidade que, pelo fato, sentiu-se atingida em seu patrimônio moral.

Como o diz **Cretella Júnior** ("Comentários à Constituição brasileira de 1988", vol I, 3ª, ed. Forense, 1997), ao interpretar o artigo 5º da Constituição vigente, "o dano à imagem está ligado ao dano moral".

Compulsando os autos, verifica-se que a autora, ora recorrente, foi escolhida justamente por sua aceitação junto ao público. E principalmente o feminino, à conta da credibilidade conquistada, não só como atriz, mas pela participação em campanhas sociais, como "Ação da cidadania contra a fome e a miséria"; "O câncer de mama no alvo da moda"; "Ação criança" e "Pró-criança" (fl. 555). Logo, não há como negar que a campanha promovida pela ré, na busca do resgate de seu nome junto ao público feminino, valeu-se do prestígio da atriz e, defeituoso o produto, pela qualidade ou quantidade, a imagem da autora foi atingida.

A propósito do tema, em excelente monografia, o ilustre magistrado Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, afirma: "Há outra figura que, comumente, participa da publicidade e que influencia diretamente na decisão do consumidor. Trata-se dos artistas, pessoas públicas famosas, ou dos especialistas de produtos e serviços, que, sem dúvida, exercem grande influência sobre os consumidores ou sobre determinado grupo deles, dando-lhes, às vezes, uma falsa segurança sobre as qualidades do produto ou do serviço, seja por afirmações, conselhos, recomendações, seja pela simples vinculação de sua imagem ou nome ao bem ou serviço. Assume, assim, a celebridade, diante do consumidor, uma posição de 'garante'. Este tipo de publicidade desencadeia 'um comportamento no consumidor, em nível consciente e inconsciente, gerando uma resposta imediata devido ao conceito preexistente que se tem daquela pessoa ou grupo que está testemunhando a favor do produto, agregando-lhe valores como admiração, sucesso, riqueza, beleza, juventude, alegria, internacionalidade, tradição, notoriedade etc.". ("A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam", ed. RT, v. 16, 2001, p. 155).

Com efeito, em situações que tais, a credibilidade das pessoas ou da celebridade que faz o anúncio é transferida para o produto. O argumento de inocorrência de dano moral pelo fato de não haver vinculação do nome da autora ao produto é frágil. Não resiste, principalmente **in casu**, ante o fato de o próprio contrato prever o caráter testemunhal pelo qual a atriz devia garantir a segurança do produto e o conceito de seu fabricante, o que acabou por converter a atriz em intermediária de uma "propaganda enganosa".

A propósito, transcrevo os seguintes trechos do voto-vencido:

> "Os argumentos de que inocorreu o dano moral pelo alegado fato de não ter havido vinculação de seu nome ao da empresa e aos incidentes que se seguiram à veiculação da campanha publicitária, **data venia**, não resiste á análise dos elementos dos autos, dos quais se extrai, em especial, da cláusula oito do contrato, o caráter testemunhal pelo qual a atriz, **verbis**, 'se compromete a confirmar sempre que questionada em público, as referências elogiosas que fará do produto serviço veiculado...' (fl. 43). Desse dever testemunhal se infere que, por força contratual, a atriz teve seu nome ligado ao medicamento, tanto que assumia o compromisso de depor favoravelmente sobre o mesmo quando em público fosse sobre isso indagada.
>
> (...)
>
> Logo, a questão não é singela ao ponto de se perquirir a existência de dano pela utilização não consentida da imagem, porquanto, na espécie, tratava-se de uma campanha de resgate de confiança do remédio junto às consumidoras, para o qual necessário interligar o medicamento, cujo consumo fora abalado com casos de gravidez indesejada, à de uma pessoa pública, que inspirasse tal confiança ao ponto de recuperar o abalo do produto no mercado.
>
> Confirma-o também o texto veiculado, em que são reiterados vocábulos tais como 'confiança', 'confiabilidade' e 'seguro' (fl. 381), que deveriam sempre ser confirmados em público pela primeira apelante vinculando-a indelevelmente a esses atributos do medicamento.
>
> (...)
>
> Nem se argumente que para tal fora paga, posto que bem diferenciada a propaganda de um produto, em que a imagem do protagonista não tem maior expressão, com campanha publicitária, como a presente, em que o veiculador empresta sua imagem ao produto e ao mesmo fica vinculado."

É fora de dúvida que a lesão a um direito gera o dano no âmbito jurídico, que pode ser material ou moral, conforme o efeito produzido na pessoa do ofendido, nos termos do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição e artigos 186 do novo Código Civil.

O universo patrimonial da pessoa divide-se em dois hemisférios: o material e o imaterial. É de se ter sempre presente que a lesão a um interesse imaterial pode gerar dano em dois planos: *subjetivo* e *objetivo*, como o reconhece a doutrina, a partir de **Miguel Reale**. O dano objetivo atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive ou labora, envolvendo sua imagem. Nem sempre causa dor ou mal-estar íntimo, tanto que pode suportá-lo até a pessoa jurídica. Já o dano moral subjetivo, que se relaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita à dor ou sofrimento, que são intransferíveis.

No caso, não se trata de dano subjetivo, porque o dano à imagem é de natureza objetiva, já que externa ao sujeito, consistente, como o afirmou Ruy Rosado de Aguiar, em brilhante voto (REsp n. 60.033-2) "... no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa."

Destarte, aqui parece inquestionável a lesão à imagem-atributo da conhecida artista. Maitê Proença poderá não ter sofrido desgastes profissionais como atriz, mas, na sua imagem, até como "garota-propaganda", por certo, foi afetada. Mesmo, quem sabe, para a contratação de outros trabalhos do gênero.

Verificada a existência da lesão injusta, cabe ao julgador, prudente e sensatamente, fixar o valor em pecúnia, a título de reparação, não se podendo perder de vista que, no dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, porque não se pode avaliar, com precisão, economicamente, a extensão do prejuízo. Por isso, deve-se levar em consideração a finalidade, não só satisfativa como também de penalização. Deve-se sopesar a situação socioeconômica do causador do dano e suas repercussões no mundo profissional, social e familiar do ofendido, sem perder de vista o grau de culpa do ofensor. Nessa matéria, se, de um lado, a condenação não pode ser tão alta, para evitar o enriquecimento injusto, de outro, não pode ser tão baixa a ponto de não atemorizar o ofensor a outras práticas análogas. Daí o caráter pedagógico que também se pode extrair da sanção.

À luz dessas considerações, e entendendo ter-se malferido o disposto no artigo 159 do Código Civil revogado, aplicando o direito à espécie, reformo a decisão do douto Tribunal de origem e julgo procedente o pedido, para condenar a recorrida ao pagamento à recorrente da importância de R$ 200.000,00 (duzentos mil) reais, a título de reparação por dano moral.

Custas e honorários pela sucumbente, estes na importância de quinze por cento (15%) sobre o valor da condenação.

É como voto.

VOTO-VOGAL
(vencedor)

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, **data venia** do Sr. Ministro-Relator, parece-me que, em primeiro lugar, o acórdão faz assertivas nestes termos:

> "Dano moral à imagem da autora não configurado, porquanto a matéria se reconduz ao plano dos direitos autorais, uma vez que excedeu ela o direito à imagem e à utilização."

Mais adiante:

> "A imagem dela, atriz famosa, ornada de atributos, que já participou de campanhas e desfruta de prestígio junto ao público, não resultou afetada. Não lhe era exigível nem estava adstrita a garantia à integridade do medicamento, mas de anunciar o que era relançado."

A meu sentir, tais observações, que são conclusivas para a decisão da controvérsia, se assentam na apreciação de fatos, de provas, de circunstâncias que não podem ser revistas em recurso especial. Incide a Súmula n. 7.

Por outro lado, se eu pudesse revê-los, pediria novamente vênia para dizer que, na verdade, a eminente, respeitada e querida recorrente fez um contrato de propaganda, no qual funcionou exercendo sua profissão de atriz. Há circunstâncias — não me lembro de a recorrente haver atuado como megera — em que várias atrizes exercem o papel de vilãs, por contrato profissional. Nem por isso, elas são contaminadas pelo personagem que estão encarnando. A recorrente continua a ser uma das grandes damas do teatro brasileiro.

No caso em exame, a atriz reconhece que não garantiu a qualidade do produto, mas que simplesmente agiu como atriz. Se o personagem que representou não traduzia a realidade, a culpa não é dela, tanto que não perdeu prestígio ou credibilidade.

Parece-me que, por tal aspecto, prejuízo também não terá havido. Fosse adiante, creio que, com relação à questão de faltar um comprimido na cartela, o laboratório terá sido vítima e não agente do dano. O número de comprimidos na cartela não fazia parte da propaganda nem sequer foi referido pela atriz.

Peço vênia ao eminente Ministro-Relator para discordar do seu admirável, douto e erudito voto, o qual teria a maior honra de subscrever, não fosse por tais circunstâncias e pelo fundamento primeiro, que é do não-conhecimento.

Não conheço do recurso especial.

> Direito Civil. Ação de indenização por violação a direito de imagem. Honra profissional. Campanha testemunhal de produto farmacêutico. Segurança e confiança nas características qualitativas do produto. Atriz leiga no tema. Ausência de afetação intrínseca de honra profissional. Defeito de fabricação circunscrito a vícios quantitativos e a determinado lote de produção. Dano à qualidade do produto não confirmado. Ausência de violação à honra profissional. Improcedência do pedido.
>
> — Verificada a ausência de afetação intrínseca da honra profissional da atriz às características do produto farmacêutico, por ser leiga no tema, bem como a inexistência de dano aos atributos qualitativos do produto, por se limitar o defeito a aspectos quantitativos de um determinado lote de fabricação, deve ser reconhecida a improcedência do pedido, por ausência de violação à honra profissional.
>
> — Recurso especial não conhecido.

VOTO-VISTA

A Srª. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cuida-se de recurso especial em ação de indenização por violação a direito de imagem-atributo, interposto por Maitê Proença Gallo.

Nos meses de junho e julho de 1998, a sociedade empresária Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda sofreu acusações junto ao público e à mídia de que o seu produto anticoncepcional Microvlar, então líder em vendas no Brasil, continha sérios vícios de qualidade, capazes de afetar a obtenção de seus fins terapêuticos.

Com o intuito de resgatar a credibilidade do produto junto ao público, contratou o Laboratório, ora recorrido, cessão de direito de uso de imagem e voz da recorrente, Maitê Proença Gallo, atriz de fama notória, sob a forma de propaganda televisiva projetadas em âmbito nacional, pela qual a atriz estimula os espectadores a creditar, sob a nova embalagem de tom azul, segurança e confiança no produto Microvlar.

Durante a campanha televisiva, o produto Microvlar sofreu denúncias de vício quantitativo, representado pela ausência de um comprimido nas cartelas derivadas de determinado lote de fabricação.

A recorrente propôs a presente ação de indenização por ter sido violado, em dimensão moral o seu direito imagem-atributo. O pedido foi julgado procedente e a requerida condenada ao pagamento de danos morais no valor de 2.000 (dois mil) salários mínimos, ao fundamento de que: a imagem da autora sofreu vinculação aos qualificativos segurança e confiança inerentes ao produto Microvlar, e que a existência de cartelas defeituosas produziu abalo à imagem da autora.

Ambas as partes apelaram, conferindo o TJRJ, por maioria, provimento à apelação da Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda para julgar improcedente o pedido, sob os seguintes fundamentos: (a) não houve vinculação da imagem da atriz à qualidade intrínseca do produto, por não ser perita (médica ou técnica) no tema, (b) o contrato de cessão de imagem para conferir credibilidade a produto com baixo conceito perante o público implica, necessariamente, na assunção, pela atriz, dos riscos inerentes ao defeito do produto.

Houve embargos infringentes, rejeitados pelo TJRJ; embargos de declaração, ao qual foi negado seguimento; e agravo interno improvido.

Em suas razões de recurso especial, a recorrente aponta violação ao art. 159 do CC/1916, porquanto houve lesão ao seu "direito de imagem", consistente na quebra de expectativa sobre o produto após o início da campanha testemunhal, representada pela ausência de um comprimido nas cartelas colocadas em circulação.

O ilustre Relator, Ministro Castro Filho, conferiu provimento ao recurso especial para condenar a recorrida ao pagamento de R$ 200.000,00, sob os seguintes fundamentos: (a) houve plena associação da imagem-atributo da atriz às qualidades intrínsecas do produto, (b) o defeito apresentado pelo produto lesou a imagem da autora, em especial a sua condição de "garota-propaganda" para outros trabalhos do gênero.

Reprisados os fatos, decide-se.

O recurso em análise abarca duas questões: primeiro, a existência ou não de vinculação da imagem-atributo da atriz à segurança e confiança operada pelo produto Microvlar; segundo, a existência de defeito no produto, capaz de afastar a credibilidade e segurança de suas propriedades terapêuticas, afetando, por conseguinte, a honra profissional da recorrente que protagonizou publicidade sobre o produto.

É imprescindível a delimitação do direito de personalidade indicado como lesionado na petição inicial. A recorrente invoca ofensa à sua imagem, a qual no conceito doutrinário ora é referida como imagem-retrato, ora tratada como honra

profissional (imagem-atributo), em atenção à norma constitucional (CF/1988, art. 5º, incisos V e X) que distingue a honra (opinião pública, social, profissional etc.) de imagem (figura física do titular do direito de personalidade).

A causa de pedir está calcada na lesão à honra profissional (imagem-atributo); e a dor a ser compensada é a sofrida no âmbito de sua reputação profissional, associada que está, no processo em análise, não à figura física da atriz (imagem-retrato), mas à sua qualidade de "atriz compromissada" com a promoção do bem-estar social e da cidadania, conforme sustenta na petição inicial.

I - Da existência ou não de vinculação da imagem-atributo da atriz recorrente à credibilidade de segurança e confiança operada pelo produto Microvlar.

A campanha testemunhal foi contratada pela recorrida com o intuito de estimular os espectadores usuários a creditar, sob a nova embalagem de tom azul, segurança e confiança no produto Microvlar, cuja credibilidade estava abalada.

Para tanto, a imagem-atributo da atriz recorrente foi utilizada, tão-somente, com o intuito de apresentar o novo produto e, assim, angariar simpatia dos espectadores para o novo padrão qualitativo do produto, então simbolizado pela troca da cor da embalagem.

Neste contexto considerado, a vinculação da atriz ao produto se dá em estrita observância aos parâmetros eleitos pela publicidade divulgada, a saber, utilização de pessoa leiga no tema relacionado aos efeitos terapêuticos do fármaco (a atriz não é médica ou farmacêutica), o que autoriza concluir que:

a) a mensagem emitida pela campanha televisiva limitou-se tão-somente a estimular, mediante o uso da publicidade protagonizada pela atriz, o público a retomar sua crença no produto;

b) no sentido prestado pela atriz, leiga quanto ao produto e todos os riscos de fabricação, condições de assegurar ao público, com rigor técnico e científico, as qualidades terapêuticas e segurança nos métodos de fabricação do medicamento; e

c) como resultado dos itens **a** e **b**: a campanha testemunhal não assegura ao público as qualidades do produto, apenas estimula-o a confiar nos novos parâmetros de qualidade.

Conclui-se, assim, nos termos da fundamentação adotada pelo TJRJ, não ser factível a vinculação da honra profissional de atriz, leiga no tema técnico, à credibilidade nos componentes qualitativos do produto Microvlar, porquanto o espectador reconhece na pessoa da atriz, tão-somente, o apelo artístico no afã de resgatar a credibilidade do anticoncepcional.

No processo em análise, a violação da honra profissional gera a compensação de dor sofrida somente se, cumulativamente:

a) houvesse nítida vinculação entre a honra profissional da atriz e a qualidade do produto colocado à venda no mercado; e

b) houvesse dano efetivo e comprovado no desempenho, pela atriz, nas suas atividades artísticas e nas promocionais de bem-estar e cidadania.

Quanto à questão da vinculação da atriz à credibilidade do produto, deve-se observar, em primeiro plano, ser inconcebível o espectador acreditar que seu depoimento traduz, fielmente, um laudo técnico comprobatório da qualidade do produto anunciado.

No que tange ao efetivo dano, é preciso salientar que seu atributo de atriz admirada pelo público, nada sofreu, portanto, sua honra profissional não foi atingida. Não houve qualquer alegação ou prova de perda de contratos de trabalho artísticos, publicidade desairosa ou qualquer outra perda profissional efetiva, em decorrência do fato que a recorrente afirma lhe ser danoso.

Nesse contexto, distinção importante a ser feita é aquela estabelecida entre a pessoa da recorrente — no que concerne aos seus sentimentos, isto porque sempre esteve muito comprometida com campanhas sociais ou governamentais em prol da cidadania — e a atriz, profissional cujo conceito continua intacto no meio artístico e na opinião pública.

Note-se que o pedido deduzido na presente ação, como se extrai da petição inicial, está fundado tão-somente no dano à honra profissional, e não à dor moral interna sofrida pela ora recorrente:

— (fl. 28) "Estes fatos, à evidência, macularam, sem sombra de dúvida, a imagem da autora, eis que esta, por meio da campanha que estrelou, vinculara sua estampa de ativista em campanhas beneficentes de cunho nacional à dos produtos fabricados pela Schering";

— (fl. 30) "No caso em tela, a ré, com sua conduta, acabou por transmudar a 'imagem-social' da autora perante o público em geral, ao contratá-la para a realização de uma 'campanha testemunhal' de cunho nacional, vinculando a boa reputação de sua imagem, especialmente aquela ligada às campanhas beneficentes de caráter nacional, à dos produtos da ré, tendo esta, logo após, contrariado tudo quanto a autora passou ao público por intermédio de sua estampa, estigmatizando de vez, em todo País, não apenas a imagem da empresa, mas agora também a da própria autora"; e

— (fl. 31) "Do mesmo modo, jamais poderia a ré violar o direito da autora à própria imagem, transferindo ao público qualificativos que esta jamais possuiu, alcançando, com sua conduta, uma mudança na estampa da autora perante o meio social".

Em conclusão, a análise de ofensa, ou não, à honra profissional constitui, nesses termos, a única questão a ser apreciada neste processo. E, pelos motivos expostos, inexiste dano moral à honra profissional da recorrente, porquanto ausente a alegada vinculação entre ela e as características farmacológicas do anticoncepcional.

II - Da existência de defeito apresentado pelo produto, capaz de afastar a credibilidade e segurança de suas propriedades terapêuticas.

Ainda que se admita — tema ora analisado apenas por hipótese — a vinculação intrínseca entre a honra profissional da recorrente e as características qualitativas do produto, deve-se observar a ausência de dano a este direito de personalidade no processo em análise, porquanto:

a) após o início da campanha testemunhal, em momento algum foi colocado em dúvida, pela mídia, autoridades sanitárias ou mesmo pelo público e usuários, os aspectos qualitativos do produto Microvlar; e

b) a denúncia, levada a cabo pela mídia no mês de setembro de 1998 e investigada pelas autoridades sanitárias, limitou-se à análise de vícios quantitativos (ausência de um comprimido na cartela) da embalagem que armazenou *um dentre vários lotes de fabricação* do produto Microvlar, o que traz dimensão *isolada* ao fato, incapaz de afetar a credibilidade técnica que detém o produto.

Em conclusão, não houve dano à honra profissional da recorrente como atriz, quer no âmbito profissional artístico, quer no de atriz que promove o bem-estar social e a cidadania, porquanto os vícios apontados em setembro de 1998 limitaram-se a aspectos quantitativos de lote isolado de fabricação e, assim, sequer tiveram o condão de provocar dano à credibilidade do produto quanto aos seus atributos qualitativos.

Forte em tais razões e rogando a mais respeitosa vênia ao ilustre Ministro Castro Filho, *não conheço* do recurso especial, acompanhando o voto do ilustre Ministro Humberto Gomes de Barros.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Presidente, parece-me, no caso concreto, que não há dano à honra. Se bem me lembro, o comercial visava

à apresentação de uma nova embalagem, não recomendava o consumo do produto. A imagem da artista foi utilizada apenas para dizer que o produto agora era oferecido em nova embalagem. Pelo menos foi o que constou do memorial e da intervenção do ilustre advogado.

O Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros, já naquela assentada, foi muito preciso em questionar onde existiria dano à honra em tal circunstância. A meu ver, repito, não existe dano à honra. Poder-se-ia vincular isso a outro tipo de dano se não tivesse havido um contrato expresso para que a atriz fizesse esse tipo de campanha.

Desde aquela assentada, meu convencimento já estava na linha do voto do eminente Ministro Humberto Gomes de Barros. A Senhora Ministra Nancy Andrighi, agora, reforça essa fundamentação, também demonstrando não visualizar nenhum dano à honra.

Pedindo vênia ao Senhor Ministro Castro Filho, acompanho o voto do Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros, não conhecendo do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 590.336 — SC (2003/0133474-6)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde
Advogados: Darci de Marco Debastiani e outros
Recorridos: Anselmo Assis Borba e outros
Advogados: Eby Simone Busnardo e outro
Interessada: Seguradora Roma S/A
Advogados: Célio Adriano Spagnoli e outros

EMENTA

Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança. Denunciação da lide. Fundamentos inatacados. Direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. Valor da indenização a título de danos morais. Ausência de exagero. Litigância de má-fé. Reexame de provas.

— Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo.

— A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, responde pelo pagamento da quantia acordada para a hipótese de falecimento do segurado se criou, no segurado e nos beneficiários do seguro, a legítima expectativa de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento.

— A vedação de denunciação da lide subsiste perante a ausência de impugnação à fundamentação do acórdão recorrido e os direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos.

— Observados, na espécie, os fatos do processo e a finalidade pedagógica da indenização por danos morais (de maneira a impedir a reiteração de prática de ato socialmente reprovável), não se mostra elevado o valor fixado na origem.

— O afastamento da aplicação da pena por litigância de má-fé necessitaria de revolvimento do conteúdo fático-probatório do processo.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ de 21.02.2005

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial, interposto por Golden Cross Assistência Internacional de Saúde S/A, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Ação: denominada de cobrança com pedido de indenização por danos morais proposta pelos recorridos contra a recorrente e a Seguradora Roma S/A.

Os recorridos, na petição inicial, alegaram: Glória Aparecida Amaral Borba, falecida, era casada com o primeiro recorrido e mãe dos outros dois; a falecida celebrou com a recorrente um contrato denominado de "superplano de saúde sp—20", o qual vinha "acoplado" com seguro de vida automático e facultativo; o seguro facultativo previa a quantia equivalente a 100 vezes o valor da última mensalidade paga para a hipótese de falecimento da segurada; quando faleceu, a segurada encontrava-se adimplente; a recorrente, procurada pelos recorridos para o pagamento do valor acordado a título de seguro facultativo, negou-se a adimplir sua obrigação; após inúmeras tentativas frustradas por meio de requerimentos e telefonemas para Florianópolis, São Paulo e Rio de Janeiro, o primeiro recorrido formulou reclamação perante a Susep; a recorrente, que já havia negado a existência de seguro facultativo, alegou que "a parte estipulante do contrato era a 'Golden Cross Assistência Internacional de Saúde, cuja liderança do seguro de vida pertencia à Seguradora Roma S/A'" (fl. 7); no final do procedimento administrativo, os recorridos tiveram conhecimento de que a recorrente figurou como parte estipulante e contratante, enquanto que a Seguradora Roma S/A figurou como seguradora do referido contrato; a Susep emitiu parecer favorável aos recorridos; ainda assim, a recorrente e a Seguradora Roma S/A se recusaram a pagar o prêmio; os recorridos tiveram danos extrapatrimoniais oriundos do "constrangimento e supressão de paz de espírito que sofreram durante estes 05 (anos) em busca do efeito cumprimento do aludido pacto" (fl. 09).

Pleitearam, por conseguinte, indenização por danos morais e materiais, estes concernentes à quantia acordada para a hipótese de falecimento da segurada. Pleitearam, ainda, a antecipação da tutela no tocante à condenação ao pagamento da indenização por danos materiais.

A recorrente, em sede de contestação, alegou: ilegitimidade passiva para a causa; fluência do prazo prescricional; necessidade de denunciação da lide à Seguradora Roma S/A; inexistência de obrigação contratual por sua parte; ser incabível o pedido de indenização por danos morais.

Seguradora Roma S/A, por sua vez, alegou: inexistência de contrato de seguro de vida facultativo garantindo cobertura para o evento morte; inviabilidade da antecipação de tutela; inexistência de dano moral.

Sentença: pedidos julgados procedentes; a recorrente e a Seguradora Roma S/A foram condenadas ao pagamento do valor acordado no contrato de seguro de vida e, a título de danos morais, do valor de R$ 73.814,00 para cada um dos recorridos.

Acórdão: apelações das rés parcialmente providas apenas para a redução do valor da indenização por danos morais para R$ 20.000,00 para cada um dos recorridos, com a seguinte ementa:

"Ação de cobrança — Responsabilidade solidária — ilegitimidade da estipulante — Não-acolhimento — Contratos de seguro-saúde e seguro de vida em grupo — Beneficiário — Prescrição ânua afastada — Cerceamento de defesa — Inocorrência — Denunciação à lide — Não-acolhimento — Danos morais — Litigância de má-fé

Não ocorre cerceamento de defesa quando o juiz, frente à prova documental carreada nos autos, julga antecipadamente a lide com base no art. 330 do CPC.

Se ao seguro-saúde encontra-se acoplado o seguro de vida facultativo como direito do associado, devem as empresas envolvidas responder solidariamente pelo pagamento dos prêmios aos beneficiários.

O terceiro beneficiário de seguro facultativo em grupo, que não se confunde com a figura do segurado, não se sujeita ao prazo prescricional ânuo previsto no art. 178, parágrafo 6º, II, do CC, diante do princípio de que as regras prescricionais devem ser interpretadas restritivamente (STJ, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

A denunciação à lide só deve ser admitida quando 'o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, automaticamente, gera a responsabilidade do garante. Em outras palavras, não é permitida, na denunciação, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente da demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato' ('Direito Processual Civil Brasileiro', 5ª ed., Saraiva, 1988, v. 1, p. 143).

Cabível a indenização por danos morais decorrentes de engodo na realização de contrato, criando falsa expectativa e obrigando o ofendido a percorrer longo e árduo caminho a fim de receber o pagamento devido.

Pratica litigância de má-fé, nos termos da legislação processual civil, a parte que prolonga deliberadamente o feito, suscitando questões sem fundamento, em prejuízo do credor/consumidor, sabendo ser difícil ou impossível vencer" (fls. 401/402).

Recurso especial: alega a recorrente:

I - negativa de vigência ao art. 17 do CPC quanto à pena de litigância de má-fé, pois se limitou a exercer seu direito de defesa "que mereceu guarida em grande parte já que seu recurso foi provido de forma substancial" (fl. 427);

II - divergência jurisprudencial e negativa de vigência ao art. 21 do Decreto-Lei n. 73/1966, pois, enquanto estipulante, não tem legitimidade passiva para a causa;

III - divergência jurisprudencial e negativa de vigência ao art. 70, III, do CPC, porque figurou no contrato como estipulante e "não há qualquer dúvida de que a Seguradora Roma S/A deverá ressarcir a Golden Cross em caso de condenação, já que esta obrigação deriva do contrato" (fl. 432);

IV - dissídio jurisprudencial, pois o valor fixado a título de danos morais mostra-se exagerado.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): A controvérsia está em quatro pontos: I - legitimidade passiva da recorrente para a causa; II - obrigatoriedade de denunciação da lide à co-ré; III - exagero do valor da indenização a título de danos morais; IV - existência de litigância de má-fé.

I - Da legitimidade passiva da recorrente para a causa

A jurisprudência do STJ é firme quanto à ilegitimidade passiva do estipulante para ação de cobrança do seguro contratado, pois, em princípio, ele se qualifica apenas como mandatário do segurado (assim o precedente REsp n. 49.688/MG, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 05.09.1994).

Contudo, os fatos delineados na origem cuidam de situação fática diversa: Glória Aparecida Amaral Borba, falecida, celebrou contrato de plano de saúde com a recorrente, no qual estava inserido um contrato de seguro de vida; na prestação mensal paga pela falecida, estava incluído o valor referente tanto ao plano de saúde quanto ao prêmio do seguro de vida; Glória Aparecida Amaral Borba, falecida, e os recorridos, cônjuge e filhos dela, beneficiários do seguro, desconheciam a circunstância de a recorrente figurar somente como estipulante no contrato de seguro de vida.

No parecer da Susep juntado no processo, transcrito, com muita percuciência, tanto na sentença como no acórdão recorrido, o Procurador Autárquico Frank Larrubia constata: tanto a recorrente quanto a Seguradora Roma S/A "faltaram gravemente com o dever de sinceridade nas informações prestadas", e elas falsearam "as verdadeiras condições em que se operavam as modalidades do seguro, com conhecimento privativo apenas da seguradora e da estipulante" (fl. 60).

Da sentença, deve ser salientado o seguinte:

"O documento mostra que a segurada, respectivamente genitora e esposa dos autores, pactuou com a Golden Cross um plano de saúde com o código SPS 20 — 5 na data de 05.05.1993 (...).

Por sua vez, o documento, em seu texto relativo às condições contratuais do SPS (Superplano de Saúde), deixa claro, no item relativo aos 'direitos do associado', que o seguro facultativo no montante equivalente a cem vezes o valor da última prestação mensal está acoplado aos contratos assinados a partir de 1º.03.1992.(...)

Já o documento releva que a Susep (órgão máximo de controle da atividade securitária no País), precisamente através de seu Conselho Diretor, por unanimidade, decidiu orientar o reclamante (um dos autores) a ingressar em juízo contra a referida sociedade (Seguradora Roma S/A) e contra a estipulante (Golden Cross)

(...) os documentos revelam que tal seguro está acoplado como 'direito do associado' ao Superplano de Saúde ao qual a falecida estava associada e o prêmio mensal dos referidos seguros (obrigatório e facultativo) era embutido na mensalidade do plano" (fls. 212/213).

Observada a existência de relação de consumo na espécie, merecem relevo as seguintes palavras de **Cláudia Lima Marques**:

"Por fim, o princípio da proteção da confiança leva o sistema do CDC a concentrar-se também nas expectativas legítimas despertadas nos consumidores pela ação dos fornecedores, protegendo a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual e também na prestação contratual, mais especificamente na adequação ao fim que razoavelmente se pode esperar dos produtos e dos serviços colocados no mercado pelos fornecedores" ("Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais", 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 — p. 1.065).

Ora, se a recorrente, operadora de plano de saúde, criou a legítima expectativa, tanto na segurada quanto nos beneficiários do seguro, de que ela, recorrente, responderia pelo adimplemento do contrato de seguro de vida, e se a segurada pagava suas prestações mensais, nas quais estava incluído o prêmio do seguro de vida, diretamente à recorrente, sobrevém, então, a responsabilidade da recorrente pelo pagamento da quantia acordada no contrato de seguro de vida.

Outrossim, o fato de a recorrente ser apenas estipulante do contrato de seguro de vida não era de prévio conhecimento da segurada no momento da celebração do contrato, motivo pelo qual a recorrente não poderia argüir tal matéria com o obje-

tivo de afastar a sua legitimidade passiva para a causa, em harmonia com a interpretação sistemática do art. 46 do CDC.

Ademais, ainda se existisse cláusula em tal sentido, circunstância não delineada na origem, ela seria nula de pleno direito, pois o fornecedor não pode tentar transferir suas responsabilidades a terceiros (art. 51, III, do CDC).

A legitimidade passiva da recorrente para a presente causa não decorre, portanto, da sua situação de estipulante do contrato de seguro de vida, mas sim da legítima expectativa criada, na segurada e nos beneficiários do seguro, dela, recorrente, fornecedora, responder pessoalmente pelo pagamento da quantia prevista no contrato para a hipótese de falecimento da segurada.

II - Da denunciação da lide

O TJSC vedou a denunciação da lide à co-ré Seguradora Roma S/A sob os seguintes fundamentos: a) houve responsabilidade solidária das rés, "que durante todo o período ficaram jogando com os interesses dos autores, procurando sempre fugir da responsabilidade" (fl. 406); b) a recorrente poderá discutir, em ação própria, o seu alegado direito contra a Seguradora Roma S/A; c) a denunciação da lide "retardaria a solução da demanda, com mais prejuízos para os autores" (fl. 406); d) em harmonia com a jurisprudência do STJ, a "denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando suscetível de pôr em risco tais princípios" (fls. 406/407); e) não se admite denunciação da lide quanto há necessidade de dilação probatória pertinente exclusiva e especificamente à denunciação; f) não é permitida, na denunciação da lide, a introdução de fundamento jurídico novo.

A recorrente, nas razões do recurso especial, não trouxe qualquer argumentação para afastar os supramencionados fundamentos do acórdão recorrido. Alegou, apenas, a obrigatoriedade da denunciação em decorrência de ser a Seguradora Roma S/A responsável pelo pagamento.

Assim, no tocante à denunciação da lide, a subsistência de fundamentos inatacados impede o conhecimento do recurso especial.

Ademais, o CDC, não obstante apenas vedar, de forma expressa, no art. 88 a denunciação da lide quando se discute responsabilidade do comerciante por fato do produto, estabelece, como direitos básicos do consumidor, o acesso à Justiça e a facilitação da defesa de seus direitos (art. 6º, VII e VIII).

Na espécie, em decorrência de o TJSC ter ressalvado o direito de regresso e de a denunciação da lide exigir específica e aprofundada dilação probatória em bene-

fício tão-somente da ré-fornecedora e em prejuízo dos autores-consumidores, com a procrastinação indevida do processo principal, em consonância com os mencionados direitos básicos do consumidor, não haveria de se falar em denunciação da lide.

Quanto ao ponto, pertinente a transcrição do voto condutor do REsp n. 485.472/RO, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior:

> "De outro lado, não é caso de denunciação à lide nem do fabricante do vasilhame, nem do dono do ponto de venda.
>
> Não pelo argumento do acórdão, de que em se tratando de relação de consumo, inadmissível, de pronto, a denunciação. Ela é cabível também nesses casos, mas, é claro, conforme cada circunstância.
>
> Mas, na situação dos autos, não é mesmo a hipótese de denunciação.
>
> É que, em primeiro, a jurisprudência do STJ tem ressalvado o direito de regresso, de modo que mesmo que não efetuada a denunciação, não perderá a ré a possibilidade de cobrar de terceiros, se responsáveis forem, pelas despesas feitas com o ressarcimento ao autor.
>
> Em segundo, também não se admite a instauração de uma lide paralela, entre a cervejaria e o fornecedor da garrafa, ou entre a primeira ou os dois e o vendedor direto do produto ao consumidor final, quando, na verdade, a relação jurídica instaurada entre a fábrica da bebida e o autor é plenamente identificável e independente das demais. Causaria imenso retardo à ação, se se fosse possibilitar trazer ao processo todas as discussões paralelas, que a ela não servem diretamente, senão secundariamente e no mero interesse da ré, não do autor lesado" (DJ de 08.03.2004).

Por último, o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência do STJ, "assentada na direção de não ser obrigatória a denunciação da lide com base no art. 70, III, do Código de Processo Civil, não cabendo quando o denunciante pretende transferir, por inteiro, a responsabilidade que lhe é imputada, ainda mais quando a pretensa denunciada já integra o pólo passivo da relação processual" (REsp n. 528.551/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 09.12.2003).

III - Do valor da indenização fixada a título de danos morais

Em sede de recurso especial, o sucesso da inconformidade com o valor arbitrado a título de indenização por danos morais ocorre quando o valor fixado destoa daqueles arbitrados em outros julgados recentes deste Tribunal, ou revela-se irrisório ou exagerado.

No presente processo, observados os fatos discutidos no processo e a finalidade pedagógica da indenização por danos morais, na qual a indenização objetiva

também impedir a reiteração da prática de ato socialmente reprovável, o valor fixado a título de danos morais (R$ 20.000,00 para cada um dos três autores) não foi exagerado.

IV - Da litigância de má-fé

Após o exame dos fatos, o TJSC concluiu que a recorrente e a co-ré Seguradora Roma S/A opuseram resistência injustificada ao andamento do processo, procederam de modo temerário (art. 17, IV e V, do CPC), e suscitaram questões sem fundamento "sabendo ser difícil ou impossível vencer" (fl. 402).

Nos termos em que decidida a questão, incide o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula n. 7-STJ.

Forte em tais razões, *não conheço* do recurso especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Srª. Ministra Presidente, acompanho o voto de V. Exª., com a ressalva do meu ponto de vista.

RECURSO ESPECIAL N. 617.130 — DF (2003/0208381-6)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Recorrente: Cláudio Alves Pereira
Advogados: Waldemir Banja e outros
Recorrida: J. Câmara e Irmãos S/A
Advogados: Tayrone de Melo e outro

EMENTA

Direito Civil. Direito autoral. Fotografia. Publicação sem autorização. Impossibilidade. Obra criada na constância do contrato de trabalho. Direito de cessão exclusivo do autor. Inteligência dos arts. 30 da Lei n. 5.988/1973 e 28 da Lei n. 9.610/1998. Dano moral. Violação do direito. Parcela devida. Direitos autorais. Indenização.

I - A fotografia, na qual presente técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o

ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem etc.

II - A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o art. 30 da Lei n. 5.988/1973, com a redação dada ao art. 28 da Lei n. 9.610/1998, impede a cessão não expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra.

III - O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo — o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano.

IV - Evidenciada a violação aos direitos autorais, devida é a indenização, que, no caso, é majorada.

V - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

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 prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedida a Srª. Ministra Nancy Andrighi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Filho.

Brasília (DF), 17 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator

DJ de 02.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Cláudio Alves Pereira interpôs recurso especial com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão assim ementado:

"Indenização — Repórter fotográfico — Direitos autorais — Fotos jornalísticas — Republicação indevida. Recurso de apelação — Deserção reco-

nhecida pelo juízo de 1º grau — Recurso adesivo — Não-conhecimento — Preclusão consumativa.

I - Caso a parte já tenha recorrido, interpondo recurso pela via principal, não poderá recorrer adesivamente ao apelo da parte contrária, porque já exerceu o poder de recorrer, ocorrendo, no caso, o fenômeno da preclusão consumativa.

II - Se as fotografias foram tiradas pelo autor, repórter fotográfico, quando este mantinha vínculo empregatício com a empresa jornalística ré, e se aquelas foram republicadas após a sua demissão, correta se mostra a sentença que condena o jornal em indenização por publicação indevida.

III - O montante da condenação imposto pela sentença, em valor equivalente a 1.000 (um mil) exemplares de cada publicação irregular, merece ser prestigiado, até porque foram tiradas sob suas ordens e às suas expensas quando o autor era seu funcionário, tendo se limitado apenas a republicar as fotos integrantes de seu acervo, do seu arquivo.

IV - Incabível se mostra pleito tendente à satisfação do dano material e moral em virtude desse fato, seja porque, em relação ao primeiro, não se comprovou tê-lo efetivamente suportado, seja porque, alusivamente ao segundo, não se demonstrou onde residiria o eventual desconforto experimentado.

V - Recurso de apelação improvido. Não se conheceu do adesivo. Unânime." (Fls. 778/779, Relatora Desembargadora Adelith de Carvalho Lopes, DJ de 09.10.2003)

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados, conforme ementa abaixo:

"Embargos de declaração — Omissão inexistente — Rejeição.

Ausentes os requisitos insertos no artigo 535 e seus incisos do Estatuto Processual Civil, a conseqüência é a rejeição dos embargos declaratórios." (Fl. 805).

Nas razões do apelo especial, alega o recorrente que a decisão recorrida, ao deixar de condenar a ré a indenizar direitos autorais com base na efetiva tiragem dos jornais, violou os artigos 21, 25, II, 28, 30, 59, 61, 64, parágrafo único, 122, 126, **b**, todos da Lei n. 5.988/1973 e 7º, VII, 22, 24, III, 29, VII, VIII, **g**, 108, III, da Lei n. 9.610/1998.

Sustenta a exclusividade do direito de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, uma vez que se encontra revogado o artigo 36 da Lei n. 5.988/1973, pelo artigo 13 da Lei n. 6.533/1978. Aduz, ainda, que referido dispositivo não foi recepcionado pela atual Constituição Federal.

Sem contra-razões, conforme certidão de fl. 844, verso.

Admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte, sendo-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): A discussão presente nos autos diz respeito à reparabilidade ou não de danos materiais e morais sofridos pelo recorrente, repórter fotográfico, ex-empregado do Jornal de Brasília. Alega ter ocupado o cargo de Editor de Fotografias daquela empresa jornalística em decorrência do excelente nível do trabalho por ele produzido. Afirma que por divergências acerca das condições de trabalho, desentendeu-se com a Direção, sendo demitido em 26.07.1990. Aduz que, a partir de então, teve diversos trabalhos fotográficos republicados pela ré, sem que lhe concedesse os créditos devidos a título de direitos autorais, e sem indicação de seu nome, violando a legislação atinente à espécie.

O tema não é novo, tendo sido apreciado, anteriormente, nesta Corte, nos autos do Recurso Especial n. 121.757/RJ, do qual foi Relator o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Naquela oportunidade, lembrou o ilustre Ministro que o direito do autor, ou para nós brasileiros direito autoral, como lembra **Carlos Fernando Mathias** ("Direito Autoral", Brasília Jurídica, 1998, p. 22), teve sua origem ligada à criação da imprensa por Gutemberg, no século XV, na Europa, a partir de quando, pela invenção dos caracteres móveis e da impressão, ficou mais fácil a edição dos livros e periódicos, que se tornaram então objeto de transações comerciais.

Asseverou, ainda, que antes mesmo da primeira lei sobre direitos autorais — lei inglesa de 10 de abril de 1710 (*Copyright Act*), chamada de Lei da Rainha Ana — e até mesmo na antigüidade clássica na Grécia ou em Roma, já havia formas de repressão à pirataria literária, embora sem sistematização legislativa, sobretudo porque os autores auferiam rendimentos com seus escritos.

No Brasil, afora as convenções e tratados internacionais ratificados, a Constituição de 1891 foi o primeiro texto normativo a tratar do direito autoral, seguido da Lei n. 496, de 1º.08.1898, que definiu o direito autoral sobre obras literárias, científicas e artísticas. O Código Civil de 1916 reservou um capítulo especial à matéria, inserindo-a como direito de propriedade, seguido de várias normas reguladoras, até ser promulgada a Lei n. 5.988/1973, a qual, entretanto, se encontra derrogada pela Lei n. 9.610, de 19.02.1998, sistematizadora dos direitos autorais no País, ao lado da Lei n. 9.609, da mesma data, concernente à informática.

A vigente Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/1998), na esteira das disciplinas anteriores, como curial, visa à tutela dos direitos advindos das obras intelectuais, se incumbindo ela mesma de conceituá-las como as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas. Assim, toda obra literária, artística ou científica resultante da produção intelectual, criada pelo livre exercício da inteligência humana, merece a proteção legal.

A Unesco, ao editar um boletim internacional sobre direito autoral, definiu o objeto de sua tutela, **verbis**:

> "Toda a obra tem direito à protecção, quaisquer que sejam a sua forma, modo de expressão, qualidade, objecto ou destino. No que respeita à forma artística, a protecção deve ser concedida tanto a uma obra musical como a uma obra literária ou das artes plásticas ou visuais. As obras podem ser comunicadas ao público sob forma escrita ou sob forma oral. A qualidade, a novidade ou a invenção não entram em linha de conta" ("ABC do Direito de Autor", trad. **Wanda Ramos**, Ed. Presença, Lisboa, p. 44).

Antônio Chaves, ao tratar da importância de se tutelar o direito autoral, chega a comparar a criação da obra com a concepção do ser humano. Afirma o respeitado professor:

> "Autoria na acepção que aqui interessa é a condição de gerar: um filho, um pleito, um crime, uma obra literária, científica ou artística.
>
> Definem os dicionários concepção como ato de ser concebido, de ser gerado. Geração. Faculdade de perceber. Fantasia.
>
> Aplicado o vocábulo às obras espirituais, será o surto e o desenvolvimento de sua idéia literária, artística, científica, filosófica, religiosa etc., desde a primeira inspiração, sem que dê margem ainda a amparo da lei, até sua ulterior definição, em geral gráfica, por meio de esboços, desenhos, planos etc., quando então passará a interessar ao direito de autor.
>
> Tem-se assinalado que a semelhança entre a concepção de um trabalho intelectual e a de um ser humano não é apenas terminológica, implicando outrossim no surto de um elemento germinativo fecundo, num período de gestação, num delicado processo de desenvolvimento, acompanhado, como este, quase sempre de... dores de parto. Podendo até, como se verá, o produto resultar de adulterinidade e de falsa paternidade"("Criador da Obra Intelectual", LTr, 1995, cap. 3, n. 1, p. 79).

E, desta forma, a fotografia poderia ser assim caracterizada como obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre

escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem etc.

Pelo acima exposto, tenho que o Tribunal de origem, ao negar provimento ao pedido do autor no que tange à indenização por danos morais e materiais não agiu com o costumeiro acerto. Isso porque, desconsiderou a legislação vigente à época dos fatos, notadamente o art. 30 da Lei n. 5.988/1973, que assim dispunha:

> "Depende de autorização do autor de obra literária, artística ou científica, qualquer forma de sua utilização, assim como:
>
> I - a edição;"
>
> Referida norma, já revogada, encontra eco na vigente Lei dos Direitos Autorais, notadamente em seu artigo 28, **verbis**:
>
> "Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica".

Com efeito, conforme destacado pelo Ministro Sálvio, no recurso especial antes mencionado, a propriedade exclusiva ditada pela referida norma, impede a cessão não expressa dos direitos do autor, sendo necessária a expressa autorização por parte do criador da obra, da qual, aliás, não se cogita nos autos.

Não tendo havido, portanto, autorização expressa do autor para a utilização de sua obra, afigura-se patente a infringência ao art. 30 da Lei n. 5.988/1973, vigente à época dos fatos, pelo que, conhecendo do recurso no particular, aplico o direito à espécie para acolher em parte o pedido indenizatório formulado na inicial.

De fato, se a recorrida fez publicar, sem qualquer permissão do recorrente, fotografias de sua autoria, evidentemente que agiu ilicitamente, sendo que, pelos termos do art. 159 do Código Civil, deve reparar a mencionada violação do direito autoral. Desta forma, tem-se como devida a parcela referente aos danos morais, haja vista a ofensa ao patrimônio intelectual do recorrente, que teve obra sua divulgada sem seu consentimento e sem que se indicasse a autoria.

E nem se cogita em afastar a indenização pela ausência de dano ou prejuízo. A questão da reparabilidade de danos morais e a desnecessidade de comprovação de prejuízo já são matérias sedimentadas no meio forense.

A Constituição de 1988 veio acabar com antiga discussão a respeito da possibilidade de se apurar danos morais fora dos casos expressamente previstos no Código Civil, muito embora a dicção do art. 159 desse texto já fosse suficiente para um entendimento afirmativo da tese.

O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo — o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano.

Sobre a matéria, lembrou o saudoso e admirável **Carlos Alberto Bittar** que "na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, **ipso facto**, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto" ("Reparação Civil por Danos Morais", Revista dos Tribunais, 1993, n. 32, p. 202).

Desta forma, descabe falar em prova do prejuízo para a aferição de dano moral, conforme já decidiu, **mutatis mutandis,** o Supremo Tribunal Federal, quanto à restituição indevida de cheque, no RE n. 109.233/MA (RTJ 119/433), relatado pelo Ministro Octavio Galloti, assim ementado:

> "Dano moral puro. Restituição indevida de cheque, com a nota 'sem fundo', a despeito de haver provisão suficiente destes. Cabimento da indenização, a título de dano moral, não sendo exigível a comprovação de reflexo patrimonial do prejuízo."

É de salientar-se, ainda, que a responsabilidade civil decorre tanto de ter ocorrido prejuízo quanto de ter havido violação a direito. Embora o prejuízo seja evidente, porque acarretou sofrimento moral, a violação é inconteste, já que operou ofensa ao direito à privacidade, à honra da vítima. Com esse entendimento, o REsp n. 85.019/RJ (DJ de 10.03.1998), do qual também foi Relator o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em acórdão com a seguinte ementa:

> "II - Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vezes é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo — o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito".

Restando configurada a necessária reparação, não se aconselha, outrossim, a relegação da fixação do **quantum** para a fase liqüidatória, merecendo desde já a estipulação da parcela respectiva. Considerando a posição do autor, repórter foto-

gráfico de renome na Capital Federal, e que suas obras foram publicadas sem sua autorização, o meio de veiculação (jornal de grande circulação), e que um salário mínimo está hoje no valor de R$ 260,00 (duzentos e sessenta reais) reputo de razoável monta a fixação do dano moral em R$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), valor esse que servirá como "compensação" ao direito violado e também como forma de evitar a repetição do ato ilícito por parte da recorrida. Tal valor será corrigido a partir desta data e sobre o qual incidirão juros de mora de meio por cento ao mês desde a data da primeira publicação indevida no jornal da recorrida, nos termos do Enunciado n. 54 da Súmula do STJ.

Quanto ao pedido de condenação da ré no pagamento dos danos materiais, não há como acolhê-los nos termos em que foi cobrado, ficando a indenização devida, no tópico, adstrita aos direitos autorais.

Destaque-se, ainda, que merece reparação a decisão recorrida, no que tange ao valor da indenização por violação a direitos autorais, fixada em quantia equivalente ao pagamento de 1.000 (um mil) exemplares, ao preço corrigido do dia de cada uma das publicações indevidas, com juros a partir da citação.

Ora, se restou consignado que ao autor de obra literária, artística ou científica pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, nos termos do art. 28 da Lei n. 9.610/1998, em consonância com o preceituado no inciso XXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, o critério adotado pelas instâncias ordinárias para fixação da indenização relativa ao direito autoral parece-me incorreto, haja vista que a legislação vigente à época dos fatos, o art. 13 da Lei n. 6.533/1978, já previa que "não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais", razão pela qual a sentença merece ser parcialmente reformada, porquanto o Jornal não é co-proprietário das fotos publicadas, mas sim o autor, seu legítimo e exclusivo "dono". Assim, conheço do recurso, nessa parte, para majorar a indenização referente aos direitos autorais para 2.000 (dois mil) exemplares pela publicação indevida de cada uma das fotos.

Em face do exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para acolher, em parte, o pedido inicial e condenar a recorrida a pagar ao recorrente, a título de danos morais, a importância de R$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), corrigida a partir desta data e sobre o qual incidirão juros de mora de meio por cento ao mês desde a data da primeira publicação indevida no jornal da recorrida, nos termos do Enunciado n. 54 da súmula do STJ, bem como para majorar a indenização referente aos direitos autorais para 2.000 (dois mil) exemplares pela publicação indevida de cada uma das fotos.

Tendo em vista a sucumbência mínima do autor, condeno a ré a pagar as custas processuais e a verba advocatícia que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, o acórdão recorrido afirma que:

> "I - Caso a parte já tenha recorrido, interpondo recurso pela via principal, não poderá recorrer adesivamente ao apelo da parte contrária, porque já exerceu o poder de recorrer, ocorrendo, no caso, o fenômeno da preclusão consumativa.
>
> II - Se as fotografias foram tiradas pelo autor, repórter fotográfico, quando este mantinha vínculo empregatício com a empresa jornalística ré, e se aquelas foram republicadas após a sua demissão, correta se mostra a sentença que condena o jornal em indenização por publicação indevida.
>
> III - O montante da condenação imposto pela sentença, em valor equivalente a 1.000 (um mil) exemplares de cada publicação irregular, merece ser prestigiado, até porque foram tiradas sob suas ordens e às suas expensas quando o autor era seu funcionário, tendo se limitado apenas a republicar as fotos integrantes de seu acervo, do seu arquivo.
>
> IV - Incabível se mostra pleito tendente à satisfação do dano material e moral em virtude desse fato, seja porque, em relação ao primeiro, não se comprovou tê-lo efetivamente suportado, seja porque, alusivamente ao segundo, não se demonstrou onde residiria o eventual desconforto experimentado."

Houve embargos declaratórios, que foram rejeitados.

O recurso especial sustenta que o acórdão recorrido, quando deixou de condenar a ré com base na efetiva tiragem dos jornais, violou os arts. 21, 25, II, 28, 30, 59, 61, 64, 122 e 126, **b**, todos da Lei n. 5.988/1973, e, ainda, os arts. 7º, 22, 24, 29 e 108 da Lei n. 9.610/1998.

Ele afirma que há exclusividade do direito de utilização ou publicação de reprodução de suas obras, uma vez que se encontra revogado o art. 36 da Lei n. 5.988/1973 pelo art. 13 da Lei n. 6.533/1978. Aduz, ainda, que o dispositivo não foi recepcionado pela atual Constituição.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, em voto alentado, chegou às seguintes conclusões:

"I - A fotografia, na qual presentes técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem etc.

II - A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o art. 30 da Lei n. 5.988/1973, com a redação dada ao art. 28 da Lei n. 9.610/1998, impede a cessão não expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra.

III - O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se, às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos, parte muito íntima do indivíduo — o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação da moral humana.

IV - Evidenciado, outrossim, o dano material, representado pela remuneração não percebida pelo artista que teve sua obra veiculada, sem autorização, em periódico comercializado.

V - Ausentes elementos concretos que permitam, desde logo, a definição do montante dos danos patrimoniais, fica relegada sua apuração para a liquidação da sentença por arbitramento, nos termos do art. 1.553 do antigo Código Civil.

VI - Recurso especial conhecido e parcialmente provido."

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro fez uma exposição minuciosa dos seus fundamentos.

Pedi vista dos autos para melhor meditar em torno da circunstância de que o trabalhador que atua por ordem e em nome do empregador não teria direito ao produto desse trabalho, que seria automaticamente cedido ao patrão.

No entanto, a leitura do voto do Sr. Ministro-Relator e os dois primeiros itens da ementa, em que está bem traduzida a fundamentação dada pelo Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, levaram-me ao convencimento de que o voto de S. Exª. está correto.

Por tais razões, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo do recurso especial e dando-lhe parcial provimento. Quanto aos ônus da sucumbência, determino que sejam suportados somente pela ré.

RECURSO ESPECIAL N. 651.225 — MG (2004/0081850-5)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrente: Redelvim Alves Barroso

Advogados: Karine de Magalhães e outros

Recorrida: Irmandade de Nossa Senhora das Mercês da Santa Casa de Caridade de Montes Claros

Advogados: Aderbal Esteves e outros

Recorrido: Sérgio Rocha de Souza

Advogados: Denise Borges da Costa e outros

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Amputação de membros inferiores. Prequestionamento. Súmulas ns. 282 e 356-STF. Violação a dispositivo de lei não configurado. Pensão mensal. Valor fixado de acordo com o suporte probatório. Reapreciação. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Danos morais. Valoração. Tratamento médico contínuo. Despesas com medicamentos e equipamentos correlatos.

I - O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância **a quo**, incidem, por analogia, os enunciados da Súmulas ns. 282 e 356 deste egrégio Supremo Tribunal Federal.

II - A pretensão contida na petição de recurso especial denota, apenas, o inconformismo do recorrente com a decisão proferida, sem, contudo, espelhar violação a dispositivo legal que deva ser apreciado por este Tribunal Superior.

III - A função da instância excepcional é velar pela exata aplicação do direito aos fatos soberanamente examinados pelas decisões recorridas. Por conseguinte, no âmbito de recurso especial, é inadmissível reexaminar matéria de fato ou de prova, por expressa vedação do enunciado da Súmula n. 7-STJ.

IV - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, quando fixado em valor irrisório ou muito elevado, o que não aconteceu **in casu**.

V- Tratando-se de seqüelas duradouras, que exijam tratamento contínuo e prolongado, a indenização devida ao prejudicado também deve abranger essas despesas, sendo desnecessária a propositura de novas ações.

Recurso especial provido em parte.

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, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ de 20.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de recurso especial interposto por Redelvim Alves Barroso nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais proposta em relação a Irmandade de Nossa Senhora das Mercês da Santa Casa de Caridade de Montes Claros e Sérgio Rocha Souza.

O recorrente fundamenta a sua interposição no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal. Em suas razões, alega violação aos artigos 159 e 1.538, **caput**, do Código Civil de 1916 e 301, I e II, 332 e 333, I e II, do Código de Processo Civil. Pede, também, com fulcro no art. 463, I, do Código de Processo Civil, a correção de erro material quanto ao valor da indenização dos danos morais. Sustenta, por fim, que a decisão recorrida diverge de julgados proferidos por outros tribunais, inclusive deste Sodalício.

Relata o autor que, devido a um mal súbito, desfaleceu quando cozinhava alimentos para tratar de suínos e caiu com os pés dentro da fornalha, vindo a sofrer queimaduras graves. Socorrido, foi levado para a cidade de Janaúba. Ante a impossibilidade de ali receber o atendimento médico apropriado, foi encaminhado a Montes Claros.

Lá chegando, conduzido ao nosocômio recorrido, foi examinado pelo outro recorrido que, não obstante a gravidade das lesões, condicionou a internação do

recorrente ao depósito prévio de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Não dispondo, no momento, de tal numerário, recebeu apenas um curativo e analgésicos. Dias depois, e com muito custo, conseguiu ser internado naquele hospital, onde novamente lhe foi ministrado tratamento médico superficial e ineficiente para o quadro clínico que apresentava.

A situação só mudou com a chegada de seu sobrinho, também médico, que após constatar o gravíssimo estado do recorrente, exigiu lhe fosse ministrado tratamento médico compatível com sua situação. Ocorre que, diante do avançado estado das lesões, só restou a ele a amputação, na altura da metade do fêmur, de ambas as pernas.

Em face disso, ajuizou ação de indenização pleiteando a condenação dos recorridos a pagar-lhe uma pensão mensal e vitalícia no valor de 10 salários mínimos e mais "todo e qualquer tratamento, próteses, equipamentos e medicamentos" que vier a necessitar em decorrência dos danos sofridos, pedindo, ainda, o pagamento de dois enfermeiros para lhe prestarem atendimento integral e mais indenização por danos morais condizentes com os fatos narrados.

Os pedidos foram parcialmente acolhidos no primeiro grau, sendo os recorridos condenados a pagar ao recorrente uma pensão mensal no valor pleiteado, e mais indenização pelos danos morais, fixada em 250 (duzentos e cinqüenta salários mínimos). Os pedidos de pagamento de todo e qualquer tratamento, próteses, equipamentos e medicamentos e o de pagamento de dois enfermeiros foram indeferidos sob o argumento de que o primeiro deveria ser objeto de ação própria e o segundo já estaria abrangido pela condenação.

Ambas as partes interpuseram apelação. O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negou provimento a ambas, exararando, para tanto, o acórdão que recebeu a seguinte ementa:

> "Recurso adesivo e principal. Interposição. Simultaneidade. Impossibilidade. Preclusão. Código de Defesa do Consumidor. Serviço. Hospital. Responsabilidade objetiva. Médico. Responsabilidade civil. Culpa. Comprovada. Pensão. Ônus da prova. Dano material.
>
> Não podem ser conhecidos dois recursos interpostos contra a mesma decisão, porquanto com a interposição do primeiro (principal) ocorre a preclusão consumativa do segundo (adesivo).
>
> A prestação de serviço hospitalar está tipificada nas disposições dos arts. 2º e 3º, § 2º, do CDC, razão por que a sua responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, o que tem como conseqüência a inversão do ônus da prova.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, dependendo da comprovação de sua atuação por negligência, imprudência ou imperícia.

A renda que alguém possa auferir deve ser provada, para tanto não servindo informação da parte interessada no desfecho da demanda nem conclusões tiradas de indícios circunstanciais.

Compete ao autor a comprovação dos fatos constitutivos do seu direito.

O pedido de indenização por dano material objetiva a efetiva reposição do prejuízo material suportado, o qual deve ser comprovado. Não se há de condenar pleito hipotético e futuro, porquanto a condenação deve recair em real e, não, eventual prejuízo."(Fls. 105 e 106).

Opostos embargos de declaração contra o acórdão, foram eles parcialmente acolhidos, apenas para fazer constar na fundamentação que o valor dos danos morais fora corretamente arbitrado "em 100 (cem) salários mínimos". Salienta que, quanto ao ponto, o acórdão incidiu em flagrante contradição, porquanto, conforme relatado antes, a indenização pelos danos morais fora fixada em 250, e não em 100 salários mínimos, como afirmado no acórdão.

Irresignadas com o julgamento, as partes interpuseram recurso especial, os quais não foram admitidos pela corte de origem. Em face disso, ambas as partes interpuseram agravo de instrumento, que foram a mim distribuídos. À míngua dos pressupostos de admissibilidade, o agravo de instrumento interposto pela parte recorrida (Ag n. 555.529/MG) restou improvido, enquanto que o interposto pela parte recorrente (Ag n. 555.526/MG), não padecendo da mesma eiva, foi convertido no recurso que ora se julga.

É o relatório, em síntese.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Afasto, de início, o conhecimento do recurso especial por afronta ao artigo 5º, V, da Constituição Federal, porquanto se trata de alegação que desafia recurso próprio. De igual modo, também não conheço da alegação de erro material quanto ao valor da indenização dos danos morais, haja vista que formulada como sucedâneo de embargos de declaração, os quais deveriam ter sido opostos na instância ordinária e não o foram.

Quanto à alegada violação ao artigo 301, I e II, do Código de Processo Civil, não assiste razão ao recorrente, porquanto não foi ele objeto de manifestação do Tribunal **a quo**.

O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos requisitos ao seu conhecimento.

Não basta à parte discorrer sobre os dispositivos legais que entende afrontados. Se a matéria objeto do especial não foi apreciada pela instância **a quo** e o recorrente não opôs embargos de declaração visando suprir a omissão, incidem, por analogia, os Enunciados ns. 282 e 356 da súmula do excelso Supremo Tribunal Federal.

Quanto à alegação de violação aos artigos 159 do Código Civil de 1916 e 332 do Código de Processo Civil, sem razão o recorrente.

Em momento algum o colegiado de origem negou o dever dos recorridos de reparar os danos a que deram causa ou, ainda, indeferiu ou reputou inválidos os meios de prova de que se valeu o recorrente para demonstrar suas alegações. Longe disso, a Corte Estadual, tão-somente, proferiu julgamento no qual, apreciando o suporte probatório, acolheu em parte a pretensão deduzida na inicial.

A pretensão recursal denota, portanto, o inconformismo com a decisão proferida, sem, contudo, indicar qualquer violação a dispositivo legal que deva ser apreciada por este Tribunal Superior.

A alegação de ofensa ao artigo 333, I e II, do Código de Processo Civil também não prospera. A assertiva está ligada à redução do valor da pensão de 10 (dez) para 03 (três) salários mínimos mensais, e ao não-acolhimento do pedido de majoração do valor da indenização dos danos morais para 2.000 (dois mil) salários mínimos.

No que tange à redução do valor da pensão, é de se observar que a conclusão do acórdão está alicerçada na ausência de prova acerca do valor informado pelo recorrente (10 salários mínimos mensais). Assim, a superação desse entendimento exigiria reexame de provas, expediente vedado a esta modalidade de recurso, de acordo com o Enunciado n. 07 da súmula deste Tribunal.

Na segunda hipótese, relativa ao valor da reparação dos danos morais, não obstante a subjetividade que envolve o tema, haja vista não existirem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, tenho que o valor fixado se mostra condizente com a orientação desta Corte, segundo a qual a reparação do dano há que ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, porém não deve vir a constituir-se em enriquecimento indevido.

Em suma, sopesadas todas as circunstâncias dos autos, tenho por razoável o valor fixado na instância ordinária, que, a meu sentir, não é nem irrisório nem excessivo, hipóteses que autorizariam sua alteração por esta Corte.

Quanto à alegação de violação ao artigo 1.538 do Código Civil de 1916, devem ser feitas as seguintes ponderações.

Ao apreciar o pedido de condenação dos recorridos a custear todo o tratamento, equipamento, próteses e medicamentos de que o recorrente vier a necessitar em face dos danos que sofreu e ainda o salário de dois enfermeiros, a Corte de origem assim se manifestou:

> "Impertinente o argumento do apelante de que os réus devem ser condenados ao pagamento de 'todo e qualquer tratamento, próteses, bem como medicamentos que vier a necessitar'.
>
> É que o pedido de indenização por dano material objetiva a efetiva reposição do prejuízo material suportado, o qual deve ser comprovado. Na hipótese em exame, o pleito do apelante é hipotético e futuro, porquanto requer condenação em eventual prejuízo que ainda não sofreu.
>
> (...)
>
> Como bem salientado pelo Magistrado da causa, o aludido pedido deve ser objeto de ação própria.
>
> Por outro lado, razão não assiste ao apelante quando sustenta que faz jus ao pagamento das despesas de dois acompanhantes para lhe prestarem assistência, uma vez que os apelados já foram condenados ao pagamento de pensão mensal e vitalícia. Tal parcela indenizatória tem caráter alimentar, tendo por escopo o suprimento de gastos do apelante com sua necessidade vital." (Fls. 251/252)

O dimensionamento da indenização, em casos como o dos autos, é sempre melindroso, haja vista que, devido à longa vigência da obrigação estabelecida em favor do prejudicado (vitalícia), os efeitos do julgamento repercutirão na esfera privada de ambas as partes, o que reclama redobrada atenção por parte do magistrado.

Enfrentando casos análogos, este Tribunal firmou o entendimento de que, tratando-se de seqüelas duradouras, que exijam tratamento contínuo e prolongado, a indenização a ser paga deve abranger também essas despesas, sendo desnecessária a propositura de novas ações por parte da vítima, mesmo que não seja possível, no momento, quantificá-las. Confiram-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

> Responsabilidade civil. Queimaduras. Indenização. Lucros cessantes. Dano moral. Juros compostos. Honorários advocatícios. Tratamento. Novas cirurgias.
>
> — Acidente ocorrido em sala de aula, durante experiência com álcool efetuada pela professora, com sérias queimaduras em pequena aluna.

— A falta de prova da efetiva diminuição na renda dos pais da vítima não permite o exame desse ponto do recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

— Os juros a serem pagos pelo autor material do ilícito são contados na forma do art. 1.544 do Código Civil. Assim, a professora que realizou a experiência paga juros compostos, mas não o estabelecimento escolar. Entendimento da maioria, com ressalva da posição do signatário, que não vê razão para que seja o empregado responsável por valor maior do que o seu empregador.

— Elevação da indenização do dano moral de 200 para 700 salários mínimos, consideradas as circunstâncias da espécie, sendo 400 s.m. para a vítima e 150 para cada um dos pais.

— Elevação dos honorários de 10% para 15% sobre o valor da condenação, considerando as dificuldades da causa.

— A condenação deve incluir todas as intervenções que se fizeram necessárias durante a tramitação do demorado processo e das que devam ser feitas no tratamento das seqüelas deixadas pelo acidente, ainda que não possam ser desde logo definidas em número e em valor, o que ficará para a liquidação de sentença. Conforme a perícia, a natureza das lesões exige constantes e periódicas intervenções, até sua definitiva consolidação.

Primeiro recurso dos autores conhecido em parte e parcialmente provido. Segundo recurso dos autores conhecido e provido. (REsp n. 297.007/RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 18.03.2002)

Responsabilidade civil. Dano pessoal. Atropelamento. Pensão mensal. Dano moral. Dano estético. Cirurgias reparadoras. Honorários. Indenização. Má-fé.

1. A pensão mensal devida pela incapacidade parcial e permanente para o trabalho deve ser paga parceladamente, pois se trata de obrigação duradoura, com prestação diferida, e não imposta para ser paga de uma só vez, no valor certo já determinado. Para a garantia do cumprimento dessa obrigação, a empresa devedora constituirá capital.

2. Os honorários advocatícios não devem incidir sobre a totalidade da condenação, atingindo também prestações vincendas além de um ano, e sim sobre o que já desde logo é exigível, e mais um ano das vincendas, excluído desse cálculo o capital dado em garantia.

3. É possível a cumulação da indenização por dano moral e dano estético. Precedentes.

4. A necessidade de cirurgias reparadoras durante alguns anos justifica o deferimento de verba para custear essas despesas, mas sem a imediata execução do valor para isso arbitrado, uma vez que o numerário necessário para cada operação deverá ser antecipado pela empresa-ré sempre que assim for determinado pelo juiz, de acordo com a exigência médica. A devedora constituirá um fundo para garantir a exigibilidade dessa parcela.

5. O valor do dano estético, que na verdade foi deferido para cobrir as despesas com as cirurgias a que necessariamente será submetida a pequena vítima, fica mantido. Recurso conhecido em parte e provido. (REsp n. 347.978/RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 10.06.2002)

Responsabilidade civil — Indenização. Despesas de tratamento — Prótese.

Entre as despesas de tratamento de que cuida o artigo 1.539 do Código Civil, incluem-se aparelhos ortopédicos que, em virtude de seqüelas do acidente, se fazem necessários. Sendo certo que, os mesmos requerem manutenção e reposição periódicas, deverá o réu arcar com as respectivas despesas. Correta a sentença, confirmada pelo acórdão ao determinar a formação de capital para, com os respectivos rendimentos serem tais encargos atendidos. Código de Processo Civil, artigo 602. (REsp n. 12.846/RJ, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 21.10.1991)

Assim, os gastos com medicamentos, próteses e equipamentos devem integrar a verba indenizatória, sendo que caberá ao prudente arbítrio do magistrado, a quem couber apreciar os pedidos, verificar não só a relação deles para com as lesões sofridas, bem como a necessidade do recorrente e a adequação de seus custos à realidade das partes.

Por fim, o pagamento de salários a enfermeiros para prestarem assistência ao recorrente, se necessários, é verba de natureza alimentar, e, em razão disso, está inclusa no valor da pensão já deferida a esse título.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para incluir no valor da indenização devida ao recorrente as despesas necessárias à continuidade do tratamento médico das lesões descritas na inicial, aí incluídos medicamentos, próteses e equipamentos correlatos, nos parâmetros acima afirmados.

É como voto.

Jurisprudência da Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 140.656 — PR (1997/0049900-6)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Município de Curitiba
Advogados: José Alberto Couto Maciel e outros
Recorridos: Otávio Toledo Gomide e outro
Advogada: Maria Alba Mendes Silva Gastão Barbosa Xavier

EMENTA

Usucapião. Lote de terreno cedido ao Município por escritura pública. Registro, porém, efetivado após o decurso do prazo vintenário.

— Tratando-se de doação de bem particular ao Município, a sua transferência ao domínio público subordina-se ao registro na circunscrição imobiliária competente. Consumação do prazo vintenário antes da efetivação do necessário registro. Ação procedente.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 06 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ de 14.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Otávio Toledo Gomide e sua mulher Siomara Lopes Gomide ajuizaram ação de usucapião, sob a assertiva de que, por mais de vinte anos, têm a posse mansa, pacífica e ininterrupta, com **animus domini**, de lote de terreno urbano de n. 24 da Planta João Hella, sito à Rua João Kaviski, no Bairro Campina do Siqueira em Curitiba — PR. Esclareceram que o imóvel se encontra cadastrado na Prefeitura de Curitiba em nome dos herdeiros de João Hella

e que não há registro do referido bem na 6ª Circunscrição Imobiliária daquela Comarca. Afirmaram, ainda, que nele realizaram benfeitorias, bem como estão pagando o IPTU à Municipalidade.

Após a audiência prévia de justificação da posse, o Município de Curitiba compareceu ao feito (fl. 58), dizendo que o imóvel lhe pertence, daí por que é insuscetível de usucapião nos termos do art. 60, III, do CC/1916 e da Súmula n. 340-STF.

Redistribuídos os autos à Vara da Fazenda Pública, a Municipalidade apresentou contestação, sustentando que "sendo a área, objeto da ação, de domínio público, é, a toda evidência, insuscetível de usucapião."

O MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública ao entendimento que "não é, portanto, o caso de se examinar aqui a questão da inalienabilidade do bem de domínio público, porque no período em que transcorreu o tempo para a configuração do usucapião, o Município não era proprietário do imóvel, não sendo, por conseguinte, o bem de domínio público, julgou procedente o pedido para declarar o domínio dos autores sobre o imóvel descrito na inicial".

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária e à apelação da Prefeitura Municipal, em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

> "Usucapião extraordinário — Posse vintenária plenamente comprovada — Lote doado ao Município — Aquisição posterior à posse — Reexame necessária e apelo improvidos.
>
> O domínio da propriedade somente é adquirido após a inscrição no Registro de Imóveis — arts. 530, I, e 533 do Código Civil.
>
> Porém, se a inscrição só é levada a efeito, após a consumação da posse vintenária, não há que se falar em inalienabilidade do bem público, não impedindo o real possuidor do imóvel de justificar sua posse anterior, sem afrontar o art. 183 da Constituição Federal" (fl. 225).

Inconformado, o Município de Curitiba manifestou este recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 65 a 69, 530, I, e 533 do Código Civil de 1916, além de dissídio interpretativo com a Súmula n. 340 do STF, com julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Minas Gerais e desta Corte. Sustentou que, fazendo o terreno parte do loteamento aprovado pelo órgão público e sendo objeto de escritura de cessão em favor da Municipalidade, é ele insuscetível de usucapião, desde que se aprovou a transferência ao domínio público.

Oferecidas as contra-razões, o apelo nobre foi inadmitido na origem, subindo os autos a esta Corte por força do provimento do Agravo n. 67.983/PR.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Desassiste razão à recorrente.

Conforme ela própria diz, por escritura pública de cessão os herdeiros de João Hella transferiram-lhe, a título gratuito, a área de 7.307,50 m², necessária à passagem de ruas do loteamento, e mais os lotes sob ns. 22, 23 e 24 da mesma planta, com área total de 1.888,00 m².

A tese sustentada pela Municipalidade teria razão de ser, caso se tratasse aqui de área destinada, naquele loteamento, ao uso comum do povo, tais como, a vias e logradouros públicos, os quais, desde a sua aprovação, passariam, por afetação, automaticamente ao domínio público. Nessa linha, por sinal, os arestos paradigmas colacionados pela recursante.

A espécie em análise, porém, é diversa.

A doação, ora versada, diz com lotes de terreno, dos quais um deles (n. 24) é objeto desta ação de usucapião. Cuidava-se, quando da lavratura da mencionada escritura pública, de bem particular por sua natureza e que, portanto, para transformar-se em bem do domínio público, necessitava sim do registro no Cartório Imobiliário competente.

Nesse ponto, escorreita afigura-se o parecer exarado pelo ilustre representante do *Parquet* federal, Dr. Wagner Gonçalves, no sentido de que:

> "5. Cumpre ressaltar que o instituto da doação, mesmo em se tratando da Administração Pública, como donatária, é considerada como um contrato civil, e não administrativo, devendo, portanto, ser analisado sob o crivo do direito privado.
>
> 6. À luz do Código Civil, não se vislumbra qualquer ofensa aos arts. 530, I, e 533 do referido código, porquanto ser da própria natureza do negócio jurídico em questão, mesmo gratuito, a transcrição do título, no registro de imóveis, como assevera o disposto no art. 1.168 do Código Civil e assegura essa egrégia Corte, em julgamento pretérito, cujo aresto transcreve-se a seguir, **in verbis**:

'Promessa de doação feita às filhas pelos ex-cônjuges em separação consensual. Retratabilidade, enquanto não formalizada a doação. Julgamento em 2ª instância. Argüição de nulidade pela participação de dois Juízes de Direito.

1. A irregularidade na composição da Turma Julgadora deve ser argüida como preliminar de julgamento da causa. Hipótese em que não alegada na oportunidade da apreciação do recurso apelatório, nem tampouco nos embargos de declaração opostos.

2. É da substância do ato (doação) a escritura pública (art. 134, II, do Código Civil).

3. Tratando-se de mera liberalidade, uma promessa de doação sem encargo, é ela por natureza retratável: enquanto não formalizada a doação, é lícito ao promitente-doador arrepender-se. Recursos especiais interpostos por Giovana Azambuja Centeno Bocchese não conhecidos; 1º recurso especial não conhecido; 2º REsp conhecido, em parte, pelo dissídio, mas improvido' (REsp n. 30.647/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ de 12.04.1999, p. 152) (Grifo nosso).

(...)

8. Assim, conclui-se que o terreno doado ao Município, não lhe cabia o domínio, antes do registro do mesmo. E, portanto, não sendo considerado bem público até a consecução dessa condição, não estava o mesmo adstrito à impossibilidade de aquisição por usucapião" (fls. 177/178).

Vale dizer, tendo havido a cessão gratuita dos lotes de terreno, sem que o Município tenha oportunamente promovido o registro na circunscrição imobiliária, fazendo-o apenas após o decurso do prazo vintenário, a usucapião operou-se em favor dos autores, os quais, por sinal, segundo alegação não contrariada, ergueram no local benfeitorias e recolheram os tributos devidos.

Tratando-se, em suma, de doação relativa a bens particulares, a transferência ao domínio público (bens chamados dominicais) somente se concretizaria após o devido registro, tal como impõem os arts. 530, I, e 533 do Código Civil de 1916.

Além do precedente citado pela douta Subprocuradoria Geral da República, cumpre anotar-se o seguinte julgado, também oriundo desta Turma, em que se reputou necessário o registro para fim de transferência da propriedade ao Município. Refiro-me ao REsp n. 6.957/PR, Relator Ministro Athos Carneiro, de cuja ementa se colhe:

"Usucapião ordinário. Doação de gleba pela municipalidade, no curso de ação desapropriatória, em favor da ora usucapiente.

O simples decreto municipal 'doando' a gleba à empresa ora usucapiente não constitui o 'justo título' a que se refere o artigo 551 do Código Civil. Necessária seria a escritura de doação, não outorgada possivelmente porque o imóvel, pela falta de registro da sentença de desapropriação, não passou à propriedade do Município, que posteriormente desistiu da ação expropriatória.

Recurso especial conhecido e provido".

Não há, pois, contrariedade aos textos infraconstitucionais invocados pela recorrente, tampouco é passível de aperfeiçoar-se o dissenso interpretativo, seja porque os acórdãos trazidos como modelos dizem respeito a situação fática distinta, seja porque o Verbete Sumular n. 340-STF não se mostra pertinente à espécie, visto que, quando da consumação do prazo vintenário, o bem ainda não havia passado ao domínio público.

Isso posto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 189.019 — SP (1998/0069229-0)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Acesso — Seleção e Mão-de-Obra Temporária Ltda
Advogada: Ione Taiar Fucs
Recorrida: Mestra Engenharia Ltda
Advogado: Dong Hyun Sung

EMENTA

Consignação extrajudicial. Credor que levanta a quantia depositada, opondo ressalvas quanto ao montante do débito. Inexistência de extinção da dívida, podendo a diferença reclamada ser discutida em via própria.

— O levantamento da quantia depositada pelo credor, com ressalvas, não significa, por si só, extinção do total da dívida. É possível ao credor discutir, em via própria, a diferença por ele alegada.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília (DF), 06 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ de 02.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Mestra Engenharia Ltda ajuizou ação ordinária de nulidade de duplicata contra a Acesso — Seleção e Mão-de-Obra Temporária Ltda, sob a alegação de inexistir vínculo jurídico que lastreie o título.

Esclareceu que, em razão da operação de prestação de serviços de fornecimento de mão-de-obra, a ré emitiu a Fatura n. 339, com vencimento para 16.02.1996, no valor de R$ 12.277,13 (doze mil, duzentos e setenta e sete reais e treze centavos). Ao entendimento de ser o preço superior ao efetivamente devido, consignou a autora extrajudicialmente a importância de R$ 5.032,75 (cinco mil, trinta e dois reais e setenta e cinco centavos), que, ao ser aceita e levantada pela ré, extinguiu a obrigação entre as partes. Ocorre que a ré emitiu nova duplicata no valor de R$ 7.244,38 (sete mil, duzentos e quarenta e quatro reais e trinta e oito centavos), correspondente à diferença entre o **quantum** cobrado e o valor consignado. Desse modo, pleiteou: 1) a sustação do protesto; 2) a declaração de inexistência de dívida relativa à Fatura de n. 339; 3) a nulidade da duplicata emitida no valor de R$ 7.244,38; 4) a condenação da ré ao pagamento do dobro do valor cobrado na duplicata, a título de indenização, nos termos do art. 1.531 do Código Civil/1916.

Citada, a ré ofereceu resposta e reconveio, postulando a condenação da autora ao pagamento da quantia representada pela triplicata, além das perdas e danos.

O MM. Juiz de Direito, ao entendimento de que a consignação extrajudicial extinguiu a obrigação da devedora, julgou parcialmente procedente a ação para "*declarar nula a Triplicata n. 339, de R$ 7.244,38, bem assim inexigível a dívida que ela representa*", e improcedente a reconvenção.

A Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao apelo da ré e ao recurso adesivo da autora, em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

> "Ação declaratória — Anulação de título — Emissão de título de crédito, duplicata, vinculada a prestação de serviços de Mão-de-Obra — Consignação de valor entendido como correto pela autora reconvinda que foi aceito pela ré reconvinte — Emissão posterior pela ré de triplicata objetivando diferença do valor inicialmente cobrado — Impossibilidade desta cobrança por inexistir causa subjacente para emissão deste título, cuja obrigação já se extinguiu com o recebimento do depósito consignado extrajudicialmente — Ação procedente e improcedente a reconvenção — Recurso improvido.
>
> Caução — Idoneidade da caução oferecida pela autora — Embargos de declaração que foram recebidos e acolhidos para considerar suficiente a caução prestada — Preliminar afastada.
>
> Cerceamento de defesa — Inocorrência — Desnecessidade de dilação probatória — Ação da ré de cobrar quantia já recebida ou pedir mais do que o devido, tendo apenas deixado de estabelecer ressalva quando do levantamento do depósito — Impossibilidade de aplicação da pena — Recurso adesivo improvido" (fl. 361).

Rejeitados os declaratórios, a ré manifestou este recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do autorizativo constitucional, apontando negativa de vigência do art. 899, § 1º, do CPC, além de dissídio jurisprudencial. Sustentou que o levantamento da quantia consignada, extrajudicialmente, não impede a discussão da parcela controvertida.

Oferecidas as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. **Prima facie**, afasta-se a alegação relativa à ausência de prequestionamento, não somente porque a decisão recorrida se reportou às expressas à regra do art. 899, § 1º, do CPC, mas sobretudo porque analisou a questão jurídica enfocada no REsp.

2. Cinge-se a controvérsia a saber se, efetuada a consignação, extrajudicialmente, o levantamento pelo credor da quantia depositada, com ressalvas, importa **ipso facto** a extinção da dívida, sem possibilidade de discutir a diferença pela qual se reputa ainda credor.

Trata-se, como se pode notar, da inteligência a conferir-se às normas dos arts. 890 e parágrafos e 899, e § 1º da Lei Processual Civil.

Tenho que as instâncias ordinárias não deram a solução mais adequada à espécie em debate, ensejando a que possa eventualmente a devedora locupletar-se indevidamente à custa da credora que lhe prestou serviços, cujo valor passou a ser controvertido.

Não se pode, com efeito, atribuir-se interpretação meramente literal à preceituação inscrita no art. 890 e parágrafos, do CPC, impedindo possa o credor aceitar, em parte, o depósito, opondo, no entanto, de outro lado, ressalva quanto à eventual diferença em seu favor. Conjugando-se as disposições ora invocadas (art. 890, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 899, § 1º, do Código de Processo Civil), é admissível ao credor comparecer à instituição financeira depositária, ali proceder ao levantamento da quantia oferecida, incontroversa, e alegar não se cuidar de depósito integral.

Acentue-se que, na espécie, a ora recorrente não manifestou a aceitação total, pura e simples, do depósito. Opôs ressalva, considerando-se ainda credora pelo saldo que alega.

Em julgado inserto na Revista dos Tribunais, vol. 379, pp. 318/319, o 2º Tribunal de Alçada de São Paulo entendeu ser possível, em ação própria, o credor elidir a presunção legal de aceitação. É esse o caso dos autos. A ré compareceu ao estabelecimento bancário, levantou a importância ali depositada pela autora, mas não aceitou — com isso — a oferta feita pela devedora, fazendo a ressalva pela diferença.

Considero que a melhor solução, nessas hipóteses, é aquela sugerida em acórdão oriundo do próprio Tribunal prolator da decisão recorrida, isto é, admitir a quitação da dívida nos limites do valor depositado (fl. 397), com o que certamente se estará obstando o indesejável enriquecimento sem causa do consignante. Em ação própria, discutir-se-á a diferença reclamada.

Se é possível proceder-se ao levantamento do **quantum** depositado na fase judicial, ficando o remanescente controvertido para análise posterior (art. 899, § 1º, do CPC), não há por que se arredar tal procedimento na hipótese da consignação extrajudicial, quando restar claro que não houve a aceitação pura e simples por parte do credor, tal como ocorre no caso.

Restam, assim, vulnerados os arts. 890, §§ 2º e 3º, e o art. 899, § 1º, do CPC. Apenas não é suscetível de caracterização o dissenso pretoriano em face do que enuncia a Súmula n. 13 desta Corte.

3. Isso posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de julgar improcedente a ação de nulidade da duplicata e de declaração de inexigibilidade da dívida, carreando à autora as custas e honorários advocatícios correspondentes, estes últimos arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Em conseqüência, não se tendo facultado na espécie a dilação probatória, para verificar-se o cabimento ou não da diferença pleiteada pela credora, os autos deverão retornar ao Juízo de primeiro grau, a fim de que seja processado e julgado o pedido reconvencional na forma da lei.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 195.591 — SC (1998/0086252-8)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Ceval Alimentos S/A
Advogados: Paulo Schmitt e outros
Recorridos: Hovaldo Prado da Rocha e outro
Advogados: Gilberto Alves Sassi e outros

EMENTA

Execução. Escritura pública de confissão de dívida. Assinatura de duas testemunhas. Prescindibilidade. Art. 585, II, do CPC, na redação anterior à introduzida pela Lei n. 8.953, de 13.12.1994.

— Mesmo antes do advento da Lei n. 8.953/1994, a exigência de subscrição por duas testemunhas, para o fim de conferir-se eficácia executiva ao título, aplicava-se exclusivamente ao documento particular.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 13 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ de 1ª.07.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Hovaldo Prado Rocha e sua mulher Adelaide Kellermann Rocha opuseram embargos à execução fundada em escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária que lhes move "Ceval Alimentos S/A", argüindo: a) inépcia da inicial por se cuidar de obrigação alternativa; b) iliquidez do título; c) impossibilidade de cumprimento da obrigação; d) falta de assinatura de duas testemunhas.

Julgados improcedentes os embargos, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu provimento ao apelo dos embargantes para declarar nula a execução, em acórdão que porta a seguinte ementa:

> "Execução — Confissão de dívida — Escritura pública lavrada antes da reforma do CPC (art. 585, II) — Ausência de duas testemunhas — Documento destituído de eficácia executiva — Execução nula — Embargos procedentes.
>
> A lei processual nova, ao entrar em vigor, respeita os atos processuais realizados, bem como os seus efeitos.
>
> A escritura pública de confissão de dívida lavrada ao tempo da redação antiga do inciso II do art. 585 do CPC (antes da reforma advinda com a Lei n. 8.953/1994), para ter eficácia executiva, necessitava da assinatura do devedor, sem estar subscrito também por duas testemunhas" (fl. 142).

Inconformada, a exeqüente embargada manifestou este recurso especial com base nas alíneas **a** e **c** do autorizativo constitucional, apontando contrariedade ao art. 585, II, do CPC, além de dissonância interpretativa. Sustentou que a exigência da subscrição de duas testemunhas, para a constituição do título executivo extrajudicial, somente se aplicava ao documento particular.

Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Assiste razão à recorrente.

Conforme disposto no art. 585, II, na redação anterior à introduzida pela Lei n. 8.953, de 13.12.1994, "são títulos executivos extrajudiciais: II - 'o documento público, ou o particular, assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fugível'.

Em conformidade com tal norma, o documento público e o particular acham-se equiparados na força executiva; no entanto, no magistério de **Humberto Theodoro Júnior**, citado nas razões recursais, "enquanto para o primeiro apenas se requer a autenticação do agente público, para o segundo exige-se mais a assinatura de duas testemunhas" (fl. 159).

Nesse sentido, por sinal, a manifestação expendida pelo ilustre representante do *Parquet* Federal, **in verbis**:

> "Com efeito, o acórdão hostilizado, ao enveredar pela interpretação de que, somente a partir da mencionada alteração, teriam os documentos públicos eficácia executiva, independentemente da subscrição de testemunhas, não merece prosperar, haja vista a orientação jurisprudencial e doutrinária uníssona, mesmo antes da edição da Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994, no sentido de se aplicar a exigência legal da subscrição de suas testemunhas, exclusivamente, ao documento particular, visando, com isso, suprir a falta da fé pública emprestada aos documentos lavrados perante as autoridades públicas competentes. Nesse sentido, exemplificativamente, a lição do professor **Alcides de Mendonça Lima** (**in** 'Comentários ao Código de Processo Civil', Vol. VI, tomo I, São Paulo, Forense, 1974, n. 751, p. 342), **verbis**: 'A 'publicização' decorre da fé que promana da presença de um membro do Poder Público no ato da constituição do negócio jurídico, podendo ser judiciário ou outro qualquer titular ao qual se atribua a qualidade de autoridade (...).' Logo adiante, arremata o ilustre jurista: 'O 'documento público' e o 'documento particular', no sistema nacional vigente, se acham equiparados como títulos executivos. O primeiro apenas exige a presença de agente público, embora a escritura pública seja o que melhor caracterize a situação, mas sem exclusividade quanto à eficácia executiva. O segundo, porém, já requer outros requisitos, suprindo a falta do comparecimento do agente público, quais sejam: assinatura do devedor e subscrição de duas testemunhas." (Ob. Cit., n. 757, p. 344)' (fl. 189).

A sua vez, o aresto paradigma colacionado pela recorrente corrobora o parecer exarado pela douta Subprocuradoria Geral da República, no entendimento de que "o título executivo referido no n. II do art. 585 do CPC, quando consistente em escritura pública, não exige a presença de duas testemunhas, nem a exige, ainda, a legislação de registros públicos' (RT 614/115).

Nessas condições, o acórdão recorrido não somente afrontou a regra do art. 585, II, da Lei Processual Civil, como também dissentiu do julgado trazido pela recorrente como discrepante.

Isso posto, conheço do recurso por ambas as alíneas do permissor constitucional e dou-lhe provimento, a fim de que, afastada a nulidade da execução, o Tribunal de origem aprecie as demais questões enfocadas no recurso de apelação.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 259.994 — SP (2000/0049907-2)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Condomínio Edifícios Jardins de Gênova e Munique
Advogado: Jorge Tieni Bernardo
Recorridos: João Ricardo Aita e outros
Advogados: José Paulo Schivartche e outro

EMENTA

Processo Civil — Recurso especial — Embargos à execução — Objeto da penhora — Elevador de edifício de apartamentos em condomínio — Impossibilidade — Bem de uso comum dos condôminos — Art. 3º da Lei n. 4.591/1964 — Dissídio pretoriano comprovado.

1. Esta Corte de uniformização infraconstitucional tem decidido que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. **In casu**, foi realizado o devido cotejo analítico, tendo sido, também, juntado o inteiro teor do acórdão paradigma, motivo pelo qual deve-se conhecer da divergência aventada.

2. É inadmissível a penhora de elevador de edifício de apartamentos, porquanto se encontra incorporado à estrutura do prédio, constituindo condomínio de todos e sendo insuscetível de divisão, de alienação em separado ou de utilização exclusiva por qualquer condômino. Incidência do art. 3º da Lei n. 4.591/1964.

3. Precedente (REsp n. 89.721/RJ).

4. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão recorrido, desconstituir a penhora efetuada sobre os elevadores do edifício de apartamentos em condomínio ora recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram de acordo os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ de 22.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que o Condomínio Edifícios Jardins de Gênova e Munique ofereceu embargos à execução em face de João Ricardo Aita e outros, objetivando o reconhecimento da inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens constritos, a redução da penhora, a observância do art. 620 do Código de Processo Civil, bem como o envio dos autos a contador judicial para a atualização dos valores do título executivo (fls. 02/13).

O MM. Juízo de Direito da Vigésima Nona Vara Cível do Foro Central da Capital de São Paulo julgou procedentes, em parte, os embargos, tornando sem efeito a penhora efetivada sobre quatro elevadores e o apartamento do zelador, para que nova constrição seja feita (fls. 41/44).

Inconformadas, ambas as partes apelaram. A colenda Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, deu provimento, em parte, ao apelo dos embargados, *João Ricardo Aita e outros*, e negou provimento ao recurso do embargante, *Condomínio Edifícios Jardins de Gênova e Munique*, tendo o v. acórdão restado assim ementado (fls. 80/85):

> "Embargos à execução — Penhorabilidade de bens — Elevadores passíveis de penhora, já que podem ser separados do edifício — Impenhorabilidade do apartamento do zelador, diante de sua natureza — Verbas sucumbenciais corretamente fixadas — Recurso parcialmente provido.
>
> Excesso de execução e penhora — Inocorrência — Cálculo elaborado pelo contador judicial, que demonstra a pertinência do **quantum** executado — Recurso não provido."

Irresignado, o embargante-apelante, *Condomínio Edifícios Jardins de Gênova e Munique*, interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** da Constituição Federal, alegando, nas suas razões, em síntese, que o v. acórdão recorrido, ao admitir a constrição de bem indivisível, violou o art. 3º da Lei n. 4.591/1964 e divergiu de jurisprudência desta Corte (REsp n. 89.721/RJ) (fls. 88/96).

Contra-razões apresentadas às fls. 112/114.

Admitido o recurso (fls. 116/120), subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos, por atribuição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido e provido.

Inicialmente, no que pertine ao cabimento do presente recurso pela alínea **c** do inciso III do artigo 105 da Carta Magna, esta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional tem decidido que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência.

In casu, no decorrer das razões recursais, foi realizado o devido cotejo analítico, tendo sido, também, juntado o inteiro teor do v. julgado paradigma (fls. 97/105), razão pela qual *conheço da divergência aventada.*

No tocante à alínea **a** do referido dispositivo constitucional, alega o recorrente que o v. aresto guerreado violou o art. 3º da Lei n. 4.591/1964. Encontrando-se a matéria devidamente prequestionada, *passo ao exame do recurso, com fulcro nas alíneas* **a** *e* **c** *do permissivo constitucional.*

O cerne da questão posta **sub judice** *cinge-se em averiguar a possibilidade da penhora dos elevadores de um edifício de apartamentos em condomínio.*

O Tribunal de origem decidiu pela possibilidade da penhora dos supracitados elevadores, porque, apesar de serem considerados imóveis por acessão, podem, a qualquer tempo, ser destacados da edificação, sem causar nenhum dano, não se enquadrando, portanto, naqueles bens tidos como inalienáveis (fl. 84).

Ocorre que um prédio de apartamentos é formado por partes divisas (unidades autônomas, exclusivas) e partes indivisas (unidades comuns).

Pode-se citar como exemplo de instalação de uso comum o elevador, que se encontra incorporado à estrutura do edifício, constituindo condomínio de todos e sendo insuscetível de divisão, de alienação em separado ou de utilização exclusiva por qualquer condômino.

Dispõe o art. 3º da Lei n. 4.591, de 16.12.1964:

"Art. 3º O terreno em que se levantam a edificação ou o conjunto de edificações e suas instalações, bem como as fundações, paredes externas, o teto, as áreas internas de ventilação, *e tudo o mais que sirva a qualquer dependência de uso comum dos proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades ou ocupantes, constituirão condomínio de todos, e serão insuscetíveis de divisão, ou de alienação destacada da respectiva unidade.* Serão, também, insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino (Vetado)." — Grifei.

É por força de tal dispositivo que o art. 649, I, do Código de Processo Civil, ao prever a impenhorabilidade absoluta dos bens inalienáveis, alcança o elevador do edifício de apartamentos.

Pontes de Miranda ensina-nos:

"*São partes integrantes do edifício todo e, portanto, comuns, como o terreno e o edifício, não podendo ser separados, nem alienados:*

(...)

d) *as escadas e elevadores, se servem a todos os andares e todos concorreram para a sua construção e instalação e concorrem para a conservação*" ("Tratado de Direito Privado", 2ª edição, v. 12, pp. 290 e 291) — grifei.

A respeito do tema, adoto, como razões de decidir, trechos do v. acórdão paradigma, proferido nos autos do REsp n. 89.721/RJ (DJ de 24.06.1996), da relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que, com propriedade, asseverou:

"Um edifício de apartamentos constitui comunhão **pro diviso**, havendo nele parte divisa (que é o apartamento) e uma parte indivisa, constituída do terreno e demais partes indivisas, as coisas comuns, como os alicerces, o enchimento das paredes, a cobertura superior, as escadas e elevadores (**Pontes de Miranda**, Tratado, 12/278 e seguintes).

As coisas comuns são inalienáveis separadamente das coisas divisas. Aliás, 'a inalienabilidade das coisas comuns constitui outra importante característica do condomínio relativo, em oposição ao regime do condomínio do Código Civil, em que, ao contrário, a alienabilidade já constitui uma das formas normais de sua extinção, sempre que se manifestar a impossibilidade do estabelecimento da divisão cômoda da coisa. *A inalienabilidade refere-se, evidentemente, às coisas comuns, encaradas separadamente das unidades a que se*

ligam por extensão jurídica abstrata. Não podem elas constituir-se em objeto de venda, pois tal evento acarretaria uma diminuição de utilidade de cada condômino, privando-se de condições imprescindíveis à manutenção da própria vida condominial... É que as coisas comuns, no condomínio relativo, são inseparáveis das unidades a que servem'" (**Roberto Barcellos de Magalhães**, "Teoria e Prática do Condomínio", p. 63).

O Professor **Caio Mário** explica:

"A nova lei (Lei n. 4.591/1964) não comporta controvérsia. O teto, as paredes externas, as fundações, as áreas internas e tudo o mais quanto sirva a qualquer dependência de uso comum serão insuscetíveis quer de divisão quer de alienação destacada da respectiva unidade"... "*Ninguém pode alienar seus direitos sobre as partes comuns, porque a natureza do regime jurídico não tolera. Ninguém pode tornar-se condômino do solo e das coisas comuns do edifício sem adquirir uma unidade autônoma das em que o mesmo se divide. Ninguém pode promover a divisão destas partes, ninguém pode fazer que cesse a comunhão sobre elas*" ("Condomínio e incorporações", pp. 159/177).

(...)

O v. acórdão admitiu a penhorabilidade do elevador porque 'não constitui transformação de parte comum em unidade autônoma por meio de alienação ou divisão, que é o que a lei proíbe'. Na verdade, porém, *a vedação decorre da natureza jurídica do instituto*, como assinalado pela doutrina acima transcrita, *sendo inadmissível despegar do todo indiviso uma parte, ou introduzir na comunhão um condômino que não seja titular de parte divisa, isto é, de um apartamento. É inviável transformar alguém em proprietário das escadas, ou dos elevadores, ou do saguão de entrada, ou de parte do terreno, sem que seja condômino na parte* **pro diviso**." — Grifei.

Desta forma, é certo que o elevador pode ser fisicamente destacado do edifício, contudo, a separação jurídica é incompatível com a natureza do condomínio, cujas particularidades impõem soluções que preservem a unidade do conjunto e sua função própria.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão recorrido, desconstituir a penhora efetuada sobre os elevadores do edifício de apartamentos em condomínio, ora recorrente.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 294.082 — PR (2000/0136052-3)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Transportes Lara Ltda
Advogados: Carlyle Popp e outros
Recorrida: Indústria Gráfica e Editora Serena Ltda
Advogados: Patrícia Casillo e outros

EMENTA

Comercial — Recurso especial — Falência — Protesto — Intimação — Pessoa idônea integrante da empresa destinatária — Regularidade — Análise da idoneidade do intimado — Reexame de material fático-probatório — Súmula n. 07-STJ — Dissídio pretoriano não comprovado.

1. Esta Corte de Uniformização Infraconstitucional tem decidido que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. **In casu**, os arestos paradigmas não guardam similitude fática com o caso dos presentes autos.

2. É suficiente, em pedido de falência, a intimação do protesto a pessoa idônea integrante da empresa destinatária, devendo constar no instrumento, pelo menos, o nome do funcionário. Outrossim, tendo o v. acórdão recorrido considerado a regularidade da referida intimação, concluir de maneira diversa implica, necessariamente, em reexame do material fático-probatório apresentado nos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 07-STJ.

3. Precedente (AgRg no REsp n. 299.465/PR e REsp n. 112.931/SC).

4. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos

do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram de acordo os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ de 22.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que *Transportes Lara Ltda* interpôs agravo de instrumento contra a r. decisão de fls. 228/232, que decretou a sua falência (art. 17 do Decreto-Lei n. 7.661/1945) em ação proposta pela *Indústria Gráfica e Editora Serena Ltda*. Entendeu o Magistrado de 1ª Instância não terem sido demonstradas a realização do alegado negócio jurídico de empréstimo e a suposta fraude na emissão de duplicadas.

Nas razões do agravo, Transportes Lara Ltda sustentou inexistir autorização legal para o ajuizamento da ação de falência, porquanto jamais contratou serviços da agravada, Indústria Gráfica e Editora Serena Ltda, sendo que as duplicatas ensejadoras da referida ação decorreram de juros, cobrados por ocasião de empréstimo realizado entre ambas. Alegou que a falência não poderia ter sido decretada, haja vista a discussão judicial que estava sendo travada em torno da anulação do negócio jurídico (mútuo), do qual decorreram os títulos inadimplidos (fls. 02/16).

A colenda Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, deu provimento ao agravo, cassando a r. decisão agravada e determinando, de ofício, a produção de provas no processo falimentar, além da reunião dos processos conexos no juízo falimentar, a fim de que sejam julgados simultaneamente, conforme a seguinte ementa (fl. 347):

> "Agravo de instrumento — Falência — Necessidade de instrução probatória — Alegação de coação e fraude na aquisição do título que embasa o pedido — Matéria de ordem pública — Possibilidade do juiz determinar, de ofício, a realização de provas — Ação anulatória de ato jurídico — Discussão quanto à exigibilidade das duplicatas — Conexão — Identidade de objeto — Necessidade de reunião dos feitos no mesmo juízo — Unificação das decisões — Aplicação do artigo 103 do Código de Processo Civil — Decisão cassada, determinando-se a produção de provas e a reunião dos feitos no juízo falimentar — Recurso provido".

Opostos embargos de declaração pela Indústria Gráfica e Editora Serena Ltda, estes foram rejeitados, face à inexistência de obscuridade (fls. 365/366).

Opostos novos embargos declaratórios, igualmente foram rejeitados, por ausência de erro material (fls. 384/386).

Irresignada, a agravante, Transportes Lara Ltda, interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, **c**, da Constituição Federal, alegando, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto atacado divergiu de entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e por esta Corte Superior que, inadmitindo o recebimento da intimação do instrumento de protesto por pessoa sem poderes de representação da sociedade, entendeu não restar caracterizada a impontualidade do pagamento para efeito de decretação da falência (fls. 390/396).

Também inconformada, a agravada, Indústria Gráfica e Editora Serena Ltda, interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, aduzindo, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto atacado negou vigência ao art. 535 do Código de Processo Civil, porquanto não sanou nem a obscuridade nem o erro material apontados naquela oportunidade. Sustenta, ainda, ofensa ao art. 103 do mesmo diploma legal, tendo em vista haver reconhecido conexão, a seu ver, inexistente (fls. 415/425).

Contra-razões apresentadas às fls. 434/442 e 444/455.

Admitido somente o recurso da Transportes Lara Ltda, às fls. 459/462, subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo desprovimento do recurso (fls. 480/482).

Após, vieram-me os autos conclusos, por atribuição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, tendo sido admitido somente o recurso da *Transportes Lara Ltda*, passo ao exame.

O recurso especial não merece ser conhecido.

Como relatado, a presente irresignação cinge-se à ocorrência de divergência jurisprudencial entre o v. acórdão guerreado e julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e desta Corte Superior. Quanto ao seu cabimento sob este aspecto — pela alínea **c** do inciso III do art. 105 da Carta Magna — este Tribunal de Uniformização Infraconstitucional tem decidido que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados, ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência.

No tocante aos vv. arestos paradigmas, verifico que não guardam similitude fática com o caso dos presentes autos.

Com efeito, ambos os julgados da Corte de Justiça de Santa Catarina tratam de irregularidade no instrumento de protesto para a caracterização da impontualidade do devedor, em pedido de falência. Todavia, no caso examinado pelo primeiro acórdão, *do comprovante de intimação não se podia verificar o nome, tampouco a condição do subscritor na empresa acionada* (fls. 401/402). Igualmente, no segundo aresto (fls. 405/407), bem como no citado julgado paradigma desta Corte (fls. 409/413), *o intimado do protesto era pessoa não identificada.*

Na hipótese vertente, diversamente, *são conhecidas tanto a pessoa intimada do protesto quanto a função que exercia na empresa*, a saber, Srª. Maria do Socorro Fontenele Correia de Mello, recepcionista.

Destarte, a meu sentir, à toda evidência, tratam-se de casos que não guardam qualquer semelhança fática que autorize a abertura da via excepcional pela alínea **c** do permissivo constitucional.

Ainda que assim não fosse, apenas **ad argumentandum**, para fins do pedido de falência, é suficiente a intimação do protesto a *pessoa idônea integrante da empresa destinatária*, devendo constar no instrumento, pelo menos, o nome do funcionário.

Este é o entendimento desta Corte, conforme se depreende da ementa a seguir transcrita:

> "Agravo regimental. Recurso especial. Protesto. Intimação. Pessoa idônea. Dissídio não comprovado.
>
> 1. Decidindo o Tribunal de origem, para efeito do requerimento de falência, ser suficiente o recebimento da comunicação do protesto por pessoa idônea integrante da empresa destinatária e não questionando a ocorrência dessa circunstância, não há falar em dissídio com a jurisprudência firme desta Corte, na mesma linha do acórdão recorrido.
>
> 2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp n. 299.465/PR, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17.05.2004).

Na mesma linha, o *Parquet* federal asseverou que (fl. 481):

> "Não assiste razão ao recorrente, porquanto exige-se do instrumento do protesto somente a identificação da pessoa que recebeu a intimação. Na espécie, está assentado no acórdão recorrido que a intimação se deu no endereço correto da empresa e realizou-se na pessoa de funcionário desta. Dessa forma, estando comprovado que a intimação foi recebida por preposto da empresa, plenamente identificado nos autos, não há qualquer vício no protesto."

Válido, ainda, trazer à colação o seguinte precedente:

"Falência. Protesto. Intimação.

Reconhecida no acórdão recorrido a inexistência de prova de que a comunicação do protesto tenha sido feita na pessoa de prepostos ou de representante legal da devedora, descabe reapreciar a matéria no recurso especial.

Recurso não conhecido." (REsp n. 112.931/SC, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 18.08.1997).

Outrossim, tendo o v. acórdão recorrido considerado a regularidade da intimação do protesto em questão, porquanto efetivado no endereço correto da recorrente, tendo seu preposto recebido o AR, concluir de maneira diversa implica, necessariamente, em reexame do material fático-probatório apresentado nos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 07 desta Corte.

Por tais fundamentos, *não conheço do recurso*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 333.312 — RJ (2001/0091108-3)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Relator p/ o acórdão: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Infoglobo Comunicações Ltda
Advogados: Francisco Clementino de Santiago Dantas Quental e outros
Recorrido: Francisco Azevedo de Amorim Cunha
Advogados: Eni Moreira e outros

EMENTA

A sentença de liquidação não pode ir além do que restou definido no acórdão liquidando.

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

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, em renovação de julgamento,

após o voto do Sr. Ministro Barros Monteiro, acompanhando a divergência, a Turma, por maioria, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Relator e Sálvio de Figueiredo Teixeira. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Sustentaram, oralmente, os Drs. Francisco Clementino de Santiago Dantas Quental, pela Recorrente, e Eni Moreira, pelo Recorrido.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ de 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Por Francisco Azevedo de Amorim Cunha foi intentada ação de indenização, pelo rito comum (ordinário), em face de Infoglobo Comunicações Ltda, visando:

> "5. Em tais condições, o Suplicante, com fundamento no inciso V do art. 4º; inciso VII do art. 6º; inciso II do art. 25, art. 29, todos da lei de regência, Lei n. 5.988/1973; e ainda com fundamento no art. 159 do Código Civil, propõe a presente ação a fim de haver indenização da Suplicada por perdas e danos morais e materiais, no mínimo correspondente ao preço dos espaços utilizados por ela Suplicada — em proveito próprio, como observam os peritos — com correção monetária, juros nos termos dos arts. 962 e 1.544 do Código Civil, custas e honorários de advogado ajustados em 20%, sobre o valor da condenação" (fl. 04)

O móvel do pedido cinge-se à publicação, no jornal "O Globo", de fotografias de autoria do autor, sem sua autorização e sem nenhuma contraprestação pecuniária.

Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado procedente, a teor do seguinte dispositivo:

> "Isto posto, julgo procedente, em parte, o pedido da inicial e condeno 'O Globo' — Empresa Jornalística Brasileira Limitada a pagar ao Autor uma indenização no **quantum** a ser apurado em liquidação por arbitramento. Condeno-o, ainda, nas despesas do processo e no pagamento de honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, incidindo a correção monetária, com fulcro na Lei n. 6.899/1981." (fl. 98)

Transitada em julgado a condenação e iniciada a liquidação por artigos, foi estabelecida a indenização (fl. 577) devida ao autor em R$ 1.509.494,22 (Hum

milhão, quinhentos e nove mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e vinte e dois centavos).

Manejada apelação pela ré, foi ela, por maioria, provida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para reduzir o **quantum** da indenização, nestes termos:

> "Liquidação por artigos. Alegar e provar fato novo não significa dizer que a sentença transitada em julgado possa ser modificada, com ampliação ou restrição do que nela esteja disposto. Decidindo o juiz na sentença de liquidação, além do que foi concedido no acórdão, é dever da Câmara restabelecer os exatos termos do julgado. Provimento em parte do recurso para fixar o valor correto da indenização." (fl. 654)

Opostos embargos infringentes pelo autor, foram eles acolhidos.

A ementa do julgado tem a seguinte dicção:

> "Embargos infringentes. Reparação de danos. Pedido.
>
> A liquidação por artigos é feita para determinar o valor da condenação, se houver necessidade de alegar e provar fato novo, conforme comanda o art. 608 do CPC.
>
> Na responsabilidade civil, busca-se a reparação como a adequada a restaurar a lesão sofrida.
>
> Houve um pedido amplo de indenização por violação de Direitos autorais que não se restringiu à reparação pelo fato de se ter utilizado fotos do recorrido, sem sua autorização, no caderno de classificados, mas sim, pela utilização em qualquer outro espaço do Jornal 'O Globo'.
>
> Recurso Provido." (Fl. 712)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 722/724).

Contra essa decisão sobreveio recurso especial, interposto por Infoglobo Comunicações Ltda, atualmente denominada O Globo — Empresa Jornalística Brasileira Ltda, com fundamento no art. 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal.

Afirma, em preliminar, violação aos arts. 458, II, e 535, II, ambos do CPC, porque não teria o acórdão recorrido se manifestado sobre os seguintes dispositivos: art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, arts. 293, 460, 467, 468, 471, 473, 474 e 610 todos do CPC e ao art. 1.059 do Código Civil.

Sustenta que o acórdão ultrapassa os limites da coisa julgada, imprimindo ao pedido verdadeira interpretação ampliativa, quando determina que o **quantum** indenizatório abranja outras publicações de fotos que não somente aquelas dos classificados.

No mérito, entende violados os dispositivos infraconstitucionais mencionados, aduzindo em relação ao art. 1.059 do Código Civil, ser extremamente elevada a indenização acolhida pelo acórdão recorrido, devendo o montante se adequar ao deixado pelo recorrido (autor) de ganhar.

Pede, ao final:

"Isto posto, confia a recorrente em que essa egrégia Turma conhecerá, com base na letra **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, o presente recurso, e lhe dará provimento para:

a) reconhecendo terem sido violados os arts. 458, inciso II, combinado com 165, ambos do CPC, anular o acórdão de fls. 722/724; ou, caso assim não se entenda,

b) reconhecendo terem sido violados os arts. 610, 467, 468, 471, 473, 474 e 293 do CPC, limitar a condenação às fotografias publicadas em cadernos de classificados do jornal 'O Globo', fixando o crédito do recorrido em R$ 83.376,22, a ser atualizado e acrescido de juros a partir de agosto de 1998, como decidido pela egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro às fls. 654/657; ou, ainda, finalmente,

c) reconhecendo a violação ao art. 1.059 do Código Civil, reduzir o valor da condenação de acordo com o prudente arbítrio dessa egrégia Turma." (fls. 756/757)

Apresentadas as contra-razões (fls. 837/849), o recurso teve admitido o seu processamento (fls. 857/861), ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Consoante se colhe da leitura do inteiro teor do acórdão recorrido, ao solucionar a controvérsia, longe de ser omisso, bem delineia todas as questões submetidas ao crivo do Tribunal de origem, razão pela qual não há se falar em violação aos arts. 458, II, e 535, II, ambos do CPC.

Ademais, já proclamado por esta Corte que o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa tecer considerações acerca de todos os argumentos expendidos, pois, embora sucinta a decisão, não fere o aludido dispositivo quando pronuncia-se sobre as questões de fato e de direito, exprimindo o sentido geral do julgamento.

Nesse sentido, a seguinte ementa:

"Processual Civil — Acórdão — Motivação — Omissão — Artigos 282, 458, II, e 535, II, CPC — Súmula n. 7-STJ.

1. O órgão judicial para expressar a sua convicção não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta ou deficiente, a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não se emoldura negativa de vigência aos artigos 458, II, e 535, II, CPC, nem se entremostra confronto com o art. 282 do mesmo Código.

2. As razões fáticas, custofiadas em demonstração probatória, cujo exame está reservado à soberania das instâncias ordinárias, são desconsideradas na via especial (Súmula n. 7-STJ).

3. Recurso improvido." (REsp n. 40.897/SP, DJ de 19.06.1995, Ministro Milton Pereira)

Quanto ao mérito, melhor sorte não socorre a súplica, pois, da proclamada inexistência de omissão no acórdão recorrido, decorre, logicamente, a sua percuciência para com a espécie, deixando extreme de dúvidas não haver, em sede de liquidação de sentença, infringência à coisa julgada e aos limites do pedido, quando assevera:

"Com toda deferência que merece à eminente maioria, data vênia, entendo que o voto minoritário aplicou ao caso uma solução mais justa, senão vejamos:

Com efeito, a sentença liquidanda, ao fazer compreender na liquidação os valores abrangentes da publicação da obra em cadernos outros que não os classificados, não exorbitou dos limites do que decidira na sentença condenatória e no acórdão.

Compulsando-se os autos, vê-se do pedido expresso na exordial no item 5, que faz referência a perdas e danos morais e materiais, no mínimo correspondente ao preço dos espaços utilizados por ela suplicada.

Neste passo, a liquidação por artigos é feita para determinar o valor da condenação, se houver necessidade de alegar e provar fato novo, conforme comanda o art. 608 do CPC.

Ressalte-se, o que bem lançado pelo eminente prolator do voto dissidente, quando disse que '... e, tema de responsabilidade civil, busca-se a reparação como a adequada a restaurar a lesão sofrida', e mais, que é '...incontroverso o fato de a publicação do material em cadernos para buscar a reparação também quanto aos demais cadernos.'

Ora, não fosse assim, não teria o autor, ora embargante, juntado à inicial, a cópia das publicações feitas em outros cadernos, como se vê das fls. 09, 10, 11, 183, 184, 187 e 189, além daquelas constantes nos cadernos de classificados.

Nos parece claro, que o autor, ao pleitear a indenização da ré por perdas e danos morais e materiais, no mínimo correspondente ao preço dos espaços utilizados por ela suplicada, o fez com relação a todas as publicações feitas sem sua autorização, seja nos cadernos de classificados ou não.

Como se vê daquelas publicações, todas elas fazem menção aos 'Classificados', que, conforme dito pelo Ilustre Perito às fls. 18, procurando 'despertar a atenção do leitor para o caderno de classificados referente a automóveis'.

Assevere-se por oportuno, que, embora a sentença liquidanda de fl. 98, mencione na fundamentação o 'caderno de classificados', esta não restringiu a tal seu dispositivo, mas apenas constatou o fato de que 'a obra fotográfica foi publicada no jornal 'O Globo', em proveito próprio do órgão noticioso-caderno 'Classificados',...'.

Ora, nos parece claro que o supra-referido **decisum** apenas acentuou que tais fotos serviam de chamadas para promover o referido caderno, não querendo com isso, restringir a indenização apenas quanto às publicações feitas nesse caderno.

Tampouco o acórdão de fls. 151 menciona algo neste aspecto, apenas determinando que a liquidação se faça por artigos.

Adite-se que a empresa jornalística não impugnou o critério indicado pelo embargante para a apuração do **quantum** devido, onde indica o número de vezes que as fotografias foram utilizadas a partir de junho de 1982, o tipo de caderno do jornal 'O Globo' onde as fotos foram reproduzidas, o preço do espaço publicitário do mesmo tamanho das fotos levando-se em conta o valor dos espaços de cada época.

Assim, ao sentir desta relatoria, houve um pedido amplo de indenização por violação de Direitos autorais que não se restringiu à reparação pelo fato de se ter utilizado fotos do recorrido, sem sua autorização, no caderno de classificados, mas sim, pela utilização em qualquer outro espaço do jornal 'O Globo'.

Ex positis, dá-se provimento ao recurso, fazendo prevalecer o voto escoteiro, para arbitrar a liquidação em R$ 376.313,92 corrigidos pelos índices usuais e acrescidos dos juros à taxa legal, ambos desde agosto de 1998." (fls. 713/715)

Ir além disso importa no desvirtuamento da competência da Corte, com incursão na seara fático-probatória, vedada, expressamente, pelo Verbete Sumular n. 7-STJ, ficando, por isso mesmo, afastado o pleito de redução do **quantum** indenizatório, com base no art. 1.059 do Código Civil.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: 1. Franciso Azevedo de Amorim, ora recorrido, promoveu contra a Infoglobo Comunicações Ltda, ora recorrente, uma ação de indenização, por ter a recorrente publicado, por diversas vezes, em seu jornal "O Globo", sem sua autorização e sem nenhuma contraprestação pecuniária, no caderno de Classificados, três fotos de autoria do recorrido referentes a um automóvel.

Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado procedente, em parte, para condenar o recorrente "a pagar ao Autor uma indenização no **quantum** a ser apurado em liquidação por arbitramento" (fl. 98), além dos consectários legais.

Transitada em julgado a condenação e iniciada a liquidação por artigos, em primeiro grau foi estabelecida a indenização (fl. 577) devida ao autor em R$ 1.509.494,22 (Hum milhão, quinhentos e nove mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e vinte e dois centavos).

Manejada apelação pela ré, foi ela, por maioria, parcialmente provida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para reduzir o **quantum** da indenização para o valor de R$ 83.376,22, a ser corrigido e com juros legais, além de honorários, consoante acórdão, assim ementado:

> "Liquidação por artigos. Alegar e provar fato novo não significa dizer que a sentença transitada em julgado possa ser modificada, com ampliação ou restrição do que nela esteja disposto. Decidindo o juiz na sentença de liquidação, além do que foi concedido no acórdão, é dever da Câmara restabelecer os exatos termos do julgado. Provimento em parte do recurso para fixar o valor correto da indenização." (Fl. 654)

Observo que a denunciação da lide foi julgada procedente para condenar a denunciada, empresa de publicidade, a ressarcir à ré/denunciante, ora recorrente, valor que esta vier a pagar, pois que a denunciada é que teria entregue as fotografias para publicação, quando já havia expirado o prazo para assim agir.

Opostos embargos infringentes pelo autor, foram eles acolhidos.

A ementa do julgado tem a seguinte dicção:

"Embargos infringentes. Reparação de danos. Pedido.

A liquidação por artigos é feita para determinar o valor da condenação, se houver necessidade de alegar e provar fato novo, conforme comanda o art. 608 do CPC.

Na responsabilidade civil, busca-se a reparação como a adequada a restaurar a lesão sofrida.

Houve um pedido amplo de indenização por violação de Direitos autorais que não se restringiu à reparação pelo fato de se ter utilizado fotos do recorrido, sem sua autorização, no caderno de classificados, mas sim, pela utilização em qualquer outro espaço do jornal 'O Globo'.

Recurso Provido." (Fl. 712)

Os declaratórios foram rejeitados (fls. 722/724).

Daí o recurso especial, interposto por *Infoglobo Comunicações Ltda*, atualmente denominada "O Globo" — Empresa Jornalística Brasileira Ltda, com fundamento no art. 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal.

Afirma, em preliminar, violação dos arts. 458, II, e 535, II, ambos do CPC, porque não teria o acórdão recorrido se manifestado sobre os seguintes dispositivos: art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, arts. 293, 460, 467, 468, 471, 473, 474 e 610 todos do CPC e art. 1.059 do Código Civil.

Sustenta que o acórdão ultrapassa os limites da coisa julgada, imprimindo ao pedido verdadeira interpretação ampliativa, quando determina que o **quantum** indenizatório abranja outras publicações de fotos que não somente aquelas dos classificados.

No mérito, entende violados os dispositivos infraconstitucionais mencionados, aduzindo em relação ao art. 1.059 do Código Civil, ser extremamente elevada a indenização acolhida pelo acórdão recorrido, devendo o montante se adequar ao deixado pelo recorrido (autor) de ganhar.

Pede, ao final:

"Isto posto, confia a recorrente em que essa egrégia Turma conhecerá, com base na letra **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, o presente recurso, e lhe dará provimento para:

a) reconhecendo terem sido violados os arts. 458, inciso II, combinado com 165, ambos do CPC, anular o acórdão de fls. 722/724; ou, caso assim não se entenda,

b) reconhecendo terem sido violados os arts. 610, 467, 468, 471, 473, 474 e 293 do CPC, limitar a condenação às fotografias publicadas em cader-

nos de classificados do jornal 'O Globo', fixando o crédito do recorrido em R$ 83.376,22, a ser atualizado e acrescido de juros a partir de agosto de 1998, como decidido pela egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro às fls. 654/657; ou, ainda, finalmente,

c) reconhecendo a violação ao art. 1.059 do Código Civil, reduzir o valor da condenação de acordo com o prudente arbítrio dessa egrégia Turma." (Fls. 756/757)

Apresentadas as contra-razões (fls. 837/849), o recurso teve admitido o seu processamento (fls. 857/861), ascendendo os autos a esta Corte, ao contrário do recurso especial do autor cujo seguimento foi denegado, sendo improvido o agravo de instrumento por decisão que transitou em julgado.

O eminente Ministro Fernando Gonçalves, em judicioso voto, como de hábito, acompanhado pelos eminentes Ministros Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira, ausente o eminente Ministro Barros Monteiro, não conheceu do recurso, quanto aos arts. 458, II e 535, II, ambos do CPC, porque, "o acórdão recorrido, ao solucionar a controvérsia, longe de ser omisso, bem delinea todas as questões submetidas ao crivo do Tribunal de origem".

Quanto ao mérito, Sua Excelência entendeu não ter havido infringência à coisa julgada e aos limites do pedido, e que ir além do contido no r. aresto recorrido importaria "no desvirtuamento da competência da Corte, com incursão na seara fático-probatória, vedada, expressamente, pelo Verbete Sumular n. 7-STJ, ficando, por isso mesmo, afastado o pleito de redução do **quantum** indenizatório, com base no art. 1.059 do Código Civil".

2. Pedi vista dos autos para melhor exame.

Inicialmente devo definir os limites em que este julgamento deve se conter.

Ao apelar da sentença liquidatória, o réu, ora recorrente, fez várias postulações, tendo havido discrepância apenas no ponto referente ao valor da condenação: dois julgadores fixaram em R$ 83.376,22 (fl. 656), e o outro, que ficou vencido, em R$ 376.313,92 (fl. 661).

Da parte unânime não houve recurso especial da ora recorrente, que ingressou apenas com embargos infringentes. Portanto, o presente recurso especial, no que tange ao valor da condenação, não pode ficar aquém de R$ 83.376,22 (principal), nem ir além de R$ 376.313,92 (principal).

3. De logo registro que acompanho o eminente Ministro Fernando Gonçalves para afastar a alegada violação aos arts. 458, II, e 535, II, ambos do CPC, pelas mesmas razões expostas por Sua Excelência.

Ouso, contudo dissentir quanto ao mais, o que faço com o maior respeito.

Pontifica o art. 610 do Código de Processo Civil ser *defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou.*

E averiguar se a regra contida nesse dispositivo foi ou não respeitada prescinde do revolvimento do acervo probatório, sendo bastante confrontar a sentença liqüidanda com o aresto liquidante.

E, nesse exercício chego, **data venia**, a conclusão distinta da encontrada pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, embora a ele dedicando as habituais e merecidas homenagens.

Para tanto, é bastante reproduzir o que consta no voto-vencedor da apelação, que se tornou vencido nos embargos infringentes, a saber:

> "Analisando-se a petição inicial verifica-se que o pedido da autora na presente ação ordinária de indenização de perdas e danos morais e materiais dizia respeito ao fato de a ré ter se utilizado abusivamente nos cadernos de classificados da obra do autor, omitindo a autoria nominal, adulteração da obra e por reiteradas vezes (fl. 2), não constando do pedido, todavia, a utilização da obra em outras partes do jornal, ou seja, nas páginas consideradas nobres, melhor falando, nos noticiários.
>
> O dr. Juiz no processo de conhecimento, atento ao que foi pedido na inicial, ao proferir a sentença de fls. 96/98, disse claramente o seguinte:
>
> > 'Como a obra fotográfica foi publicada no jornal 'Globo', em proveito próprio do órgão noticioso — cadernos 'classificados', incumbe a ré o pagamento da indenização'.
>
> Nada mais disse, ou seja, não condenou pelas publicações em noticiários ou qualquer outra parte do jornal.
>
> O acórdão, ao negar provimento ao apelo do autor, deu provimento em parte ao recurso da ré apenas para julgar procedente a denunciação da lide e determinar que a liquidação se fizesse por artigos.
>
> Não modificou o acórdão a parte da sentença que condenou a ré Globo apenas no pagamento de uma indenização pelas publicações nos classificados, pelo contrário, manteve-a inteiramente nesse ponto sem incluir qualquer indenização pelas publicações nos noticiários (fl. 151).
>
> Não podia, assim o dr. Juiz, em liquidação, alterar a essência do acórdão para incluir na condenação as publicações nos cadernos do noticiário.

Note-se que o juiz dizendo que a ora apelante só apresentou sua tabela para os classificados condenou-a no valor de R$ 83.376,22 e face à sua inércia quanto ao preço 'nos cadernos que não são classificados'... arbitrou o valor da condenação em R$ 1.426.118,00 que, somadas as importâncias deram o valor total de R$ 1.509.494,22 (hum milhão quinhentos e nove mil quatrocentos e noventa e quatro reais e vinte e dois centavos).

Ora, não há dúvida que a sentença em liquidação foi além do que foi decidido na sentença e no acórdão transitado em julgado e, sendo assim, por afrontar decisão desta egrégia Câmara, não pode subsistir nos termos em que foi proferida.

Em face do exposto, temos como procedente, em parte o apelo, visto que o cálculo deve ser feito considerando as tabelas da época e não a atual, dando um total da indenização no valor de R$ 83.376,22 (oitenta e três mil trezentos e setenta e seis reais e vinte e dois centavos) como aliás está bem explícito no quadro de fl. 615 apresentado pela apelante, importância esta que deve ser corrigida monetariamente, juros legais, sendo que os honorários serão de 15% sobre o valor da condenação, como fixado na sentença, e, no tocante à denunciação da lide os honorários devem ser invertidos, porque a Câmara nessa parte deu provimento em parte ao recurso para julgar procedente a denunciação da lide." (fls. 655/657).

4. Quero consignar que se não fossem os limites que processualmente me são impostos nesta fase do feito, certamente não imporia uma condenação tão elevada.

É que, ainda se admitindo que as três fotografias possam ser consideradas de apurada qualidade técnica, e longe de pensar em desmerecer o trabalho profissional do seu autor, forçoso reconhecer que elas não perpetuam nenhum flagrante de relevante fato histórico, político ou jornalístico, nem guardam qualquer conteúdo digno de nota. Cuidam, apenas, da imagem de um automóvel antigo, de modelo facilmente encontrado.

Tanto é assim que, conforme os recibos de fls. 381/382, a recorrente teria pago ao recorrido, por essas fotos, a quantia de Cr$ 127.739,00, correspondente à época a mais ou menos onze salários mínimos.

Contudo, como já assinalei, o valor principal mínimo da condenação a que posso me ater, nesta fase processual, é de R$ 83.376,22, que foi o fixado na apelação.

5. Diante de tais pressupostos, conheço parcialmente do recurso e nessa parte dou-lhe provimento, para restaurar o r. aresto da apelação.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Movida ação de indenização por danos morais e materiais contra a ora recorrente, pelo uso desautorizado, a partir de 1992, de fotografias tiradas pelo autor e reproduzidas em cadernos do jornal "O Globo", ela foi julgada procedente em parte em 1ª instância, apenas para acolher o pedido alusivo aos segundos, determinada a apuração do valor respectivo em liquidação por arbitramento (fls. 97/98).

Apelaram as partes, e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proveu parcialmente a apelação da ré, para reconhecer o seu direito de regresso contra Diller e Associados Propaganda Ltda e para alterar a liquidação, passando a ser por artigos (fls. 151/152).

Assim transitou em julgado a decisão.

Iniciada a liquidação por artigos, foi ela julgada por sentença e apurada uma indenização de R$ 1.509.494,22, isso em maio de 1998 (fl. 577), com a retificação nos aclaratórios para explicitar que o valor já estava atualizado pela nova moeda (fl. 582).

Apelou a ré, "O Globo" — Empresa Jornalística Brasileira Ltda, e o Tribunal de Justiça, julgando a sentença de liquidação, entendeu que o pedido e a coisa julgada se circunscreveram à obra fotográfica publicada nos "cadernos classificados", e não em outras partes do jornal, determinando, por conseguinte, que "o cálculo deve ser feito considerando as tabelas da época e não a atual, dando um total da indenização no valor de R$ 83.376,22 (oitenta e três mil trezentos e setenta e seis reais e vinte e dois centavos) como aliás está explícito no quadro de fls. 615 apresentado pela apelante" (fl. 656).

O voto minoritário, do Desembargador Nagib Slaibi Filho, entendendo que a sentença liquidanda não se restringira na parte dispositiva ao "caderno de classificados", proveu em menor extensão a apelação da ré, "para arbitrar a liquidação em R$ 376.313,92, corrigidos pelos índices usuais e acrescidos dos juros à taxa legal, ambos desde agosto de 1998" (fls. 660/661).

Vieram, então, os embargos infringentes do autor, buscando fazer prevalecer o voto-vencido. Os embargos foram providos pelo IX Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, *condenando a ré ao pagamento de R$ 376.313,92, corrigidos pelos índices usuais e acrescidos dos juros à taxa legal, ambos desde agosto de 1998* (fl. 715).

Autor e ré interpuseram recursos especiais, sendo o do autor inadmitido (fl. 860), *mas admitido o da ré* (fl. 861).

II

Feito esse breve resumo, verifica-se que a discussão é atinente ao alcance da decisão liquidanda, ou seja, se ela abrange as fotos publicadas em todos os cadernos do jornal ou se somente as constantes do "caderno de classificados".

O Ministro Fernando Gonçalves concluiu que a discussão importava em reexame de matéria fática, que é obstado em sede especial pela Súmula n. 7 do STJ.

Já para o Ministro Cesar Asfor Rocha, a controvérsia não reclama a reapreciação da prova, apenas a aplicação do direito aos elementos delineados nos autos, nas decisões proferidas pelas duas instâncias estaduais.

Conquanto já houvesse votado, acompanhando o eminente Ministro Fernando Gonçalves, Relator, pedi vista dos autos, impressionado com os argumentos apresentados pelo ilustre Ministro Cesar Asfor Rocha, em seu voto-vista.

E, tendo acesso aos autos, estou em reformular meu entendimento anterior, rogando muitas vênias ao ilustrado Relator.

De efeito, não me parece que tal como posto o debate, seja necessário o reexame dos fatos. E isso porque não é necessário aferir-se a extensão do emprego desautorizado da obra fotográfica com base nos elementos colacionados nos autos, nem apurar o seu valor com olhos em tabelas e em perícia, nem, tampouco, avaliar-se a intensidade da usurpação dos direitos autorais.

Como já destacado, é apenas uma questão de se saber o que foi postulado na exordial e o que foi acolhido na sentença transitada em julgado, de cujos limites não pode fugir a liquidação por artigos.

O pedido exordial, não se pode ter dúvida a respeito, foi amplo: "...haver indenização da Suplicada por perdas e danos morais e materiais, no mínimo correspondente ao preço dos espaços utilizados por ela Suplicada — em proveito próprio..." (fl. 4, **sic**).

Mas a sentença, após afastar o dano moral e rejeitar a alegada "adulteração" nas fotos — esta por falta de melhor informação a respeito na inicial — disse o seguinte (fl. 98):

> "É claro que ao Autor assiste o direito de haver indenização pelo uso abusivo do seu trabalho artístico.
>
> Como a obra fotográfica foi publicada no jornal 'O Globo', em proveito próprio do órgão noticioso — caderno 'Classificados', incumbe à Ré o pagamento da indenização".

Tenho, assim, tal como já concluiu o voto divergente do Ministro Cesar Asfor Rocha, que a sentença limitou o âmbito da usurpação ao caderno de classificados, e isso muito provavelmente porque o proveito econômico advinha somente desse caderno, já que, essencialmente, as fotos publicadas nos demais cadernos (de noticiário), serviam apenas como uma "chamada" exatamente para o aludido "*caderno classificados*".

Na parte dispositiva, a sentença julgou procedente em parte o pedido inicial, apenas remetendo a apuração do **quantum** à liquidação por arbitramento, e improcedente a denunciação à lide da Diller, portanto, com a máxima vênia, sequer contrariando o que dissera antes sobre o caderno de classificados.

E, também relembrando, o acórdão, salvo quanto à denunciação à lide e à alteração da liquidação por arbitramento por artigos, manteve, rigorosamente igual, a sentença monocrática.

Destarte, em resumo, afastando o óbice da Súmula n. 7 do STJ, pois não se cuida de reexame fático, mas de aferição nos textos das próprias decisões liquidandas de 1º e 2º grau, o que efetivamente transitou em julgado, dou por violado o art. 610 do CPC, que veda a modificação, na liquidação, da sentença que julgou a lide, o que me parece ter ocorrido ao se ampliar, a outros cadernos publicados, o cálculo dos espaços utilizados com as fotografias do autor, que deve se restringir ao "caderno classificados", nos exatos limites da sentença, à fl. 98.

Ante o exposto, reconsiderando meu voto anterior, e pedindo, uma vez mais, vênia ao eminente Relator, conheço do recurso especial da ré e lhe dou provimento para fixar a indenização na forma do voto do eminente Desembargador Humberto Paschoal Perri, de fl. 656 (R$ 83.376,22, corrigida monetariamente), portanto, aderindo ao voto divergente do ilustre Ministro Cesar Asfor Rocha.

É como voto.

VOTO-DESEMPATE

O Sr. Ministro Barros Monteiro: 1. Francisco Azevedo de Amorim Cunha ajuizou contra a "Infoglobo Comunicações Ltda" ação de indenização em virtude de haver a ré utilizado nos cadernos de classificados do jornal "O Globo" três obras fotográficas suas sem indicar a autoria.

Julgado procedente o pedido, em parte, a ré foi condenada a pagar ao autor a indenização no **quantum** a ser apurado em liquidação por arbitramento. Em 2º grau, determinou-se que a liquidação se processasse por artigos.

Transitada em julgado a decisão, o MM. Juiz de Direito fixou o montante indenizatório em R$ 1.509.494,22 (hum milhão, quinhentos e nove mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e vinte e dois centavos).

A apelação interposta pela ré foi parcialmente provida para reduzir a indenização a R$ 83.376,22 (oitenta e três mil, trezentos e setenta e seis reais e vinte e dois centavos).

Com base no voto minoritário proferido pelo Desembargador Nagib Slaibi Filho, o autor ofereceu embargos infringentes, que foram acolhidos, para estabelecer a quantia de R$ 376.313,92 (trezentos e setenta e seis mil, trezentos e treze reais e noventa e dois entavos), em acórdão que porta a seguinte ementa:

> "Embargos infringentes, reparação de danos. Pedido.
>
> A liquidação por artigos é feita para determinar o valor da condenação, se houver necessidade de alegar e provar fato novo, conforme comanda o art. 608 do CPC.
>
> Na responsabilidade civil, busca-se a reparação como adequada a restaurar a lesão sofrida.
>
> Houve um pedido amplo de indenização por violação de Direitos autorais que não se restringiu à reparação pelo fato de se ter utilizado fotos do recorrido, no caderno de classificados, mas sim, pela utilização em qualquer outro espaço do Jornal 'O Globo'.
>
> Recurso provido." (Fl. 712)

Os declaratórios foram rejeitados.

Daí o recurso especial interposto pela ré com base na alínea **a** do admissor constitucional, em que aponta vulneração dos arts. 293, 458, II, 467, 468, 471, 473, 474, 535, II, e 610 do Código de Processo Civil; e 1.059 do Código Civil de 1916.

Nas assentadas anteriores, o Sr. Ministro-Relator não conheceu do recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, enquanto os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Junior dele conheceram, em parte, e, nessa parte, deram-lhe provimento para restabelecer o acórdão da apelação.

2. Inexistente no caso a violação dos arts. 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o decisório recorrido apreciou, como lhe incumbia, a matéria objeto da divergência havida por ocasião do julgamento da apelação.

Peço vênia, no entanto, ao Sr. Ministro-Relator e ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira para acompanhar o entendimento dissidente inaugurado pelo Ministro Cesar Asfor Rocha.

Tenho que, ante os termos em que vazado o pedido vestibular para a apuração do **quantum** indenizatório, não é possível considerar-se o valor do espaço publicitário inserto no caderno "Noticiário", mas apenas o preço concernente ao caderno "Classificados". Lendo-se a peça exordial, constata-se efetivamente que, ali, o autor reportou-se aos "cadernos de classificados" (fl. 2, item 1).

A sentença prolatada no processo de conhecimento, por sua vez, embora não tenha feito alusão a respeito em sua parte dispositiva, na motivação assim se pronunciou:

> "Como a obra fotográfica foi publicada no jornal 'O Globo', em proveito próprio do órgão noticioso — caderno 'Classificados', incumbe à ré o pagamento da indenização." (fl. 98)

Verifica-se, portanto, que a indenização deve se restringir ao preço do espaço publicitário referente ao caderno "Classificados", afastando-se do alusivo à parte mais nobre do periódico, mesmo porque, tal como lembrou o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior em seu douto voto, as fotos publicadas no caderno de noticiário mais não fizeram do que chamar a atenção do leitor para as páginas do caderno "Classificados".

A indenização, como se sabe, deve compor o efetivo prejuízo do demandante em sua justa medida, de modo a obstar ao seu enriquecimento indevido. Cabe atentar-se no caso ao valor pecuniário que o demandante obteria com a simples cessão de sua obra fotográfica à ré ou à empresa publicitária denunciada. O importe definido pelo julgado recorrido, com o acréscimo da correção monetária, conduziria obviamente a um resultado absurdo, incompatível com a situação fática da espécie.

Não vejo, tanto quanto os votos divergentes, necessidade de incursão no campo fático-probatório da lide; apenas considero também que, na liquidação, é defeso extrapolar o que restou decidido no processo de conhecimento do recurso (art. 610 do CPC).

3. Isso posto, conheço parcialmente do recurso, e, nessa extensão, dou-lhe provimento para restabelecer o julgado da Apelação.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 401.385 — SP (2001/0137628-7)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrentes: Marina Teixeira Loureiro e outros
Advogados: Walter de Moraes Fontes e outro
Recorrido: Romeu Cecconello — Espólio
Rep. por: Minela Pascal Cecconello — Inventariante
Advogados: Max Leftel e outros

EMENTA

Civil e Processual Civil — Ação reivindicatória — Usucapião — Apelação — Tempestividade — Requisitos — Reexame de provas — Inviabilidade — Divergência jurisprudencial não comprovada.

1. No que tange à alínea **c**, esta Corte tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para a comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência, o que no caso não ocorreu.

2. No que concerne à alínea **a**, melhor sorte não assiste aos recorrentes. Com efeito, quanto ao primeiro aspecto — violação ao artigo 508 do Código de Processo Civil — sustentam os recorrentes, essencialmente, a intempestividade da apelação interposta pelo ora recorrido, já que os segundos embargos de declaração teriam sido protelatórios, o que não teria o condão de interromper o curso do prazo para a interposição do apelo.

3. Depreende-se dos autos que não houve qualquer intuito protelatório quando do julgamento dos segundos embargos de declaração, conforme registra o acórdão impugnado, "os embargos eram pertinentes e foram de grande valia ou utilidade para a causa. O embargante insistiu para obter do Juízo de Primeiro Grau respostas acerca de questões que interferem (e proíbem, com se verá) o reconhecimento do usucapião. Não são embargos protelatórios ou inúteis." (fl. 331)

4. Ademais, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que, mesmo sendo meramente protelatórios, os embargos interrompem

o prazo para a interposição dos demais recursos (**v.g.** REsp n. 480.713/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 27.09.2004).

5. No que concerne ao segundo aspecto — violação aos arts. 495, 551 e 1.572 do Código Civil/1916 — alegam os recorrentes, em suma, que "a posse não contestada, desde o falecimento do pai das recorrentes, verificado 14 anos da postulação, a boa-fé e o justo título, requisitos verificados e incontroversos, indicam a improcedência da reivindicatória e o deferimento da prescrição aquisitiva, por usucapião" (fl. 371). Ao contrário do que alega, como se verifica do v. acórdão, a ação reivindicatória foi julgada procedente em razão do exame das provas e fatos colhidos durante a instrução e que foram devidamente analisados pelo Tribunal **a quo**. Assim, improcede o argumento de os requisitos para o usucapião extraordinário estavam preenchidos incontroversamente. Por outro lado, infirmar tal decisão, enseja dilação probatória (Súmula n. 07 do STJ).

6. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que o Espólio de Romeo Cecconello ajuizou ação reivindicatória, em face de Marina Teixeira Loureiro, Iria Teixeira Napolitano e Mário Napolitano, alegando que estes teriam invadido cerca de 106,65m^2 da área de propriedade do autor, ocasião em que requereu a restituição da área indevidamente ocupada, acrescida dos respectivos frutos colhidos e percebidos da injusta apropriação.

Em contestação, alegaram os réus a transcorrência de lapso temporal suficiente para a configuração do usucapião da área em contenda.

O magistrado local, reconhecendo o usucapião da referida área, julgou improcedente a ação e prejudicado o pedido de condenação dos réus ao pagamento de indenização relativa aos frutos (fls. 275/580).

Opostos embargos de declaração, estes foram acolhidos parcialmente apenas para fazer constar da r. sentença o fundamento legal do artigo 550 do Código Civil, referente ao usucapião extraordinário (fls. 287/288). Foram opostos, então, novos embargos, que restaram rejeitados (fl. 295).

Irresignado, o autor apelou, sustentando, em suma, a impossibilidade de se invocar usucapião de área própria.

A Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à apelação para julgar procedente a ação, expedindo-se mandado de reivindicação para o autor assumir a posse das áreas informadas na perícia, autorizando a demolição de muros, divisórias e tudo o mais que fosse necessário para respeitabilidade dos limites da propriedade objeto da Matrícula n. 54.220, do 5º CRI da Capital, invertidos os ônus da sucumbência. Eis a ementa do referido **decisum, verbis**:

> "Agravo retido não reiterado prejudica-se (§ 1º do art. 523 do CPC) — Não-conhecimento.
>
> Reivindicatória ajustada para colorir negócio de compra e venda recente de efetividade — Impossibilidade, pela inocorrência de prescrição vintenária, de reconhecimento da exceção de usucapião (arts. 524 e 550 do Código Civil) — Provimento do recurso para julgar procedente a ação, invertidos os ônus sucumbenciais." (Fl. 327)

As partes opuseram embargos declaratórios que foram rejeitados.

Daí, o presente recurso especial, interposto pelos réus com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, sustentando que o acórdão hostilizado contrariou o artigo 508 do CPC, "pois conheceu de recurso de apelação extemporâneo" (fl. 366), já que os segundos embargos de declaração opostos pelo autor, por serem "repetitivos" não interromperam o curso do prazo para a interposição do apelo, bem como os artigo 495, 551 e 1.572 do CC/1916, sob o argumento de que "a posse não contestada, desde o falecimento do pai das recorrentes, verificado 14 anos da postulação, a boa-fé e o justo título, requisitos verificados e incontroversos, indicam a improcedência da reivindicatória e o deferimento da prescrição aquisitiva, por usucapião" (fl. 371). Alegam, ainda, dissídio jurisprudencial.

Admitido o recurso pelo Tribunal de origem (fls. 390/391), os autos subiram a esta Corte, vindo-me conclusos por atribuição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, trata-se o presente caso de ação reivindicatória julgada procedente, em sede de apelação. Alegam os recorrentes, nesta instância especial, negativa de vigência ao artigo 508 do CPC, bem como aos artigos 495, 551 e 1.572 do Código Civil/1916, além de dissídio jurisprudencial.

No que tange à alínea **c**, esta Corte tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para a comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência.

No caso vertente, dos quatro julgados paradigmas colacionados, três não apresentam similitude fática com a hipótese dos autos. Estes tratam, em essência, de embargos de declaração procrastinatórios, ao passo que, na situação em apreço, os embargos opostos foram considerados pertinentes e de grande valia para a causa. E, quanto ao último julgado, deixaram os recorrentes de proceder ao devido cotejo analítico entre o v. acórdão recorrido e o aresto paradigma com tratamento jurídico diverso. Não preenchidos, pois, os requisitos legais, *impossível, sob esse prisma, conhecer da divergência aventada.*

No que concerne à alínea **a**, melhor sorte não assiste aos recorrentes.

Com efeito, quanto ao primeiro aspecto — violação ao artigo 508 do Código de Processo Civil — sustentam os recorrentes, essencialmente, a intempestividade da apelação interposta pelo ora recorrido, já que os segundos embargos de declaração teriam sido protelatórios, o que não teria o condão de interromper o curso do prazo para a interposição do apelo.

Depreende-se dos autos que não houve qualquer intuito protelatório quando do julgamento dos segundos embargos de declaração, conforme registra o acórdão impugnado, *"os embargos eram pertinentes e foram de grande valia ou utilidade para a causa.* O embargante insistiu para obter do Juízo de Primeiro Grau respostas acerca de questões que interferem (e proíbem, com se verá) o reconhecimento do usucapião. *Não são embargos protelatórios ou inúteis."* (fl. 331)

Ademais, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que, *mesmo sendo meramente protelatórios, os embargos interrompem o prazo para a interposição*

dos demais recursos (**v.g.** REsp n. 480.713/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 27.09.2004). Vejamos o que diz o voto condutor do mencionado aresto, **verbis**:

> "... os embargos de declaração, a teor do que diz o art. 538 do CPC, devem interromper o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes, mesmo nas hipóteses de não-conhecimento ou de inadmissibilidade, à exceção, por óbvio, da intempestividade, que impõe o óbice da coisa julgada formal.
>
> *Esse entendimento deve prevalecer mesmo no caso dos embargos meramente protelatórios, porque o próprio Código de Processo Civil dispõe de regra específica para punir e reprimir as chincanas processuais, estabelecendo no parágrafo único do art. 538, a aplicação de multa de até um por cento do valor da causa, que pode ser aumentada a até dez por cento, em caso de reiteração.*
>
> Além disso, o próprio Código prevê outras possibilidades de aplicação de multa por litigância irresponsável nos arts. 17, 18 e 20.
>
> Por isso, entendo que não há como imputar mais uma penalidade às partes, declarando a intempestividade de recurso ulterior, sob pena de desvirtuamento do sistema processual civil, principalmente tendo em vista que não há ali qualquer norma que disponha nesse sentido, sendo vedado ao Judiciário atuar como legislador positivo." (Grifou-se)

Destarte, não há falar em violação ao art. 508 do CPC.

No que concerne ao segundo aspecto — violação aos arts. 495, 551 e 1.572 do Código Civil/1916 — alegam os recorrentes, em suma, que "a posse não contestada, desde o falecimento do pai das recorrentes, verificado 14 anos da postulação, a boa-fé e o justo título, requisitos verificados e incontroversos, indicam a improcedência da reivindicatória e o deferimento da prescrição aquisitiva, por usucapião" (fl. 371).

Ao contrário do que alega, como se verifica do v. acórdão, a ação reivindicatória foi julgada procedente em razão do exame das provas e fatos colhidos durante a instrução e que foram devidamente analisados pelo Tribunal **a quo**. Assim, improcede o argumento de os requisitos para o usucapião extraordinário estavam preenchidos incontroversamente. Por outro lado, infirmar tal decisão, enseja dilação probatória (Súmula n. 07 do STJ).

Apenas para registro, saliento que sequer o prazo prescricional para a configuração do usucapião restou configurado, conforme frisou o v. acórdão (fls. 334/335), **verbis**:

"O usucapião extraordinário não se perfez. Não era permitido computar, para efeito de reconhecimento positivo de posse **animus domini**, tempo anterior ao óbito do ex-proprietário Justino (que ocorreu em 02 de setembro de 1979 — fl. 45). Desde a sua morte e até a alienação para Romeo (que aconteceu em 1988) também não corre prescrição, porque a área toda, tanto do imóvel objeto da ação como a dos circunvizinhos, continuaram na esfera da patrimonial da família Teixeira, por força do artigo 1.572 do Código CIvil (fls. 10, verso/11)

É importante que se anote que o fato de não terem os réus participado como alienantes do imóvel na escritura de 18.11.1988 (fl. 12) em nada auxilia a exceção de usucapião. O imóvel era parte da herança (coisa universal, segundo o art. 57 do CC) e, pela partilha, foi incluído em quinhão de outros herdeiros. Os réus participaram da divisão e, por conseguinte, estão vinculados ao efeito da transferência imediata pós-inventário que se fez, principalmente porque ocupam parte da área alienada.

(...)

O prazo de usucapião pela ocupação da área subtraída de Romeo começou, pois, a correr em 1988, data em que os herdeiros de Justino transferiram, por escritura pública, 195 m^2. Foi aí que os réus, de forma consciente, passaram a exercer posse de área alheia; antes não. Ocorre que o Espólio de Romeo ingressou com a ação reivindicatória da área restante em 1993, o que exclui de forma definitiva a ocorrência de usucapião a justificar a exclusão parcial do terreno de frente para a Av. Santos Dumont.

Mesmo que se contasse a prescrição da morte de Justino (em 1979) não teria, quando do ajuizamento, que, repita-se, ocorreu em 1993, exaurido o prazo vintenário." (fls. 334/336)

Ante o exposto, *não conheço do recurso*.

RECURSO ESPECIAL N. 485.958 — SP (2002/0147928-1)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: M. A. L. C.
Advogados: Roberto Wilson Renault Pinto e outros
Recorrido: A. R. de L.
Advogados: José Viviani Ferraz e outros

EMENTA

Civil e Processual. Ação de separação litigiosa. Revelia. Julgamento antecipado da lide. Ausência de qualquer prova ou colheita do depoimento pessoal das partes. Impossibilidade. Interesse público. Divergência jurisprudencial.

I - Os reflexos da separação judicial litigiosa não se restringem à esfera dos cônjuges, mas também refletem no âmbito do interesse público, de sorte que a revelia não deve ser motivo suficiente à dispensa de qualquer instrução processual, seja por prova material ou oral, incorretamente procedendo-se ao julgamento antecipado da lide, com a decretação da culpa do réu, sem que sequer se tenha oportunizado ao menos a colheita do depoimento pessoal das partes em audiência.

II - Divergência jurisprudencial caracterizada.

III - Recurso especial conhecido e provido, para decretar a nulidade do processo, cuja fase instrutória, com realização de audiência, deverá ser reaberta, em atenção à recomendação legal constante do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei n. 6.515/1977.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ de 08.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Marco Antonio Lopes Cipó interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 56):

"Separação judicial litigiosa — Revelia do réu — Julgamento antecipado da lide — Possibilidade — Precedentes da jurisprudência — Ação julgada procedente — Sentença confirmada — Apelo não provido."

Alega o recorrente que inobstante movida pela recorrida contra o recorrente ação de separação judicial litigiosa, a autora não acostou aos autos qualquer documento capaz de comprovar a suposta grave violação dos devedores conjugais, não se fazendo oitiva de testemunhas, nem colhido o depoimento pessoal das partes, julgada antecipadamente a lide.

Aduz que ele, réu, não havia conseguido contratar advogado até a data da apresentação da contestação, tendo, entretanto, comparecido à audiência preliminar para apresentar defesa. Apesar disso, a lide foi julgada procedente e aberta inclusive a possibilidade de o réu arcar com alimentos, acaso postulados.

Salienta o recorrente que foram violados os arts. 282, VI, 283, 320, II, 333 do CPC e 3º, **caput**, e 19, § 2º, da Lei n. 6.515/1977. Insiste na falta de provas e na impossibilidade da admissão de confissão ficta, pela revelia, se a inicial não traz elementos suficientes para comprovar os supostos fatos graves em desfavor do réu.

Diz que à audiência preliminar, aliás, sequer a autora compareceu.

Invoca jurisprudência paradigmática, ressaltando que, na separação, por ser direito indisponível, a revelia não produz efeitos, nem torna possível o julgamento antecipado da lide.

Contra-razões às fls. 154/155, pugnando pela manutenção do **decisum**.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 161/163.

Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, pelo Dr. Fernando Macedo, no sentido do conhecimento, mas improvimento do recurso especial (fls. 169/171).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, em que se discute sobre a nulidade de sentença que julgou antecipadamente ação de separação judicial litigiosa, após revelia do cônjuge varão.

É apontada contrariedade aos arts. 282, VI, 283, 320, II, 333 do CPC e 3º, **caput**, e 19, § 2º, da Lei n. 6.515/1977, além de dissídio jurisprudencial, que tenho como configurado.

O voto condutor do acórdão estadual, do eminente Desembargador Alexandre Germano, diz o seguinte (fls. 57/59):

"Na hipótese dos autos, a autora, ora apelada, ajuizou a ação de separação judicial objetivando o decreto de separação do casal com reconhecimento da culpa por parte do réu pela ruptura do casamento.

Alegou, em suma, que se casou com o réu em 09.05.1998; dessa união não nasceram filhos; o réu não estava arcando com as despesas oriundas do lar; chegava tarde em casa quase todos os dias; tinha muitas amantes; após uma briga em julho/2000 foi obrigada a sair de casa, tendo em vista que o imóvel é do apelante.

Observa-se que a autora, regularmente intimada (fl. 12), não compareceu à audiência preliminar de conciliação que restou prejudicada (fl. 13). O réu compareceu desacompanhado de advogado e não contestou a ação (fl. 16).

Ante a revelia do réu, sobreveio a sentença recorrida acolhendo o pedido de separação, impondo o reconhecimento da presunção de veracidade dos fatos alegados pela autora na inicial, tendo o MM. Juiz declarado dissolvida a sociedade conjugal por culpa do réu que, como conseqüência direta do seu comportamento fica sujeito a prestar alimentos à autora se deles necessitar (fl. 25).

Inconformado, apela o réu, sustentando que não poderia ter sido antecipado o julgamento do feito, tendo em vista que os efeitos da revelia não se aplicam ao caso.

Ocorre, todavia, que a Turma Julgadora entendeu aqui aplicável ao caso o precedente jurisprudencial, citado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, nestes termos:

> 'Se a lei admite a separação judicial amigável, se os cônjuges podem transigir a respeito da dissolução da sociedade conjugal, se ao réu é lícito concordar com o pedido do autor, assumindo as conseqüências daí decorrentes, não há razão para que não se admita a confissão (real ou ficta) ou a presunção da veracidade da inicial, na hipótese de não haver contestação' (RJTJESP 74/183, trazida à colação por **Sebastião Amorim** e **Euclides de Oliveira in** 'Separação e Divórcio', 5ª ed., LEUD, p. 187)'.

Assim também opinou o douto Promotor de Justiça José Basílio Marçal Neto, destacando que a jurisprudência tem adotado o entendimento de que, quando se trata de direito disponível, deve se aplicar a pena de confissão ficta da matéria de fato (RT 419/179, 508/106, RJTJESP 74/183 e RT 615/168).

E o STJ também já decidiu:

> 'A falta de contestação, quando leve a que se produzam os efeitos da revelia, exonera o autor de provar os fatos alegados deduzidos como fundamento do pedido e inibe a produção de prova pelo réu, devendo proceder-se ao julgamento antecipado da lide. Se, entretanto, de documentos trazidos com a inicial se concluir que os fatos se passaram de forma diversa do nela narrado, o juiz haverá que considerar o que deles resulte e não se firmar em presunção que se patenteia contrária à realidade' (RSTJ 88/115) — (cf. **Theotônio Negrão**, nota 6 ao art. 319, **in** 'CPCLPV', 30ª ed.).

Em seu apelo, o réu revel alega que os fatos narrados na inicial 'se encontram muito distantes da realidade' (fl. 29); todavia, essa alegação é tardia, porque na oportunidade que teve para oferecer a sua defesa, nada alegou. E, consoante precedente do STJ, a falta de contestação conduz a que se tenham como verdadeiros os fatos alegados pelo autor; embora relativa a presunção, poderá ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz (cf. **Theotônio Negrão**, nota 6 ao art. 319, **in** 'CPCLPV', 30ª ed.).

Em suma, correta a sentença, que merece confirmação por seus fundamentos."

Sucede, porém, que inobstante algum posicionamento doutrinário em contrário, não vejo como se afastar a necessidade de comprovação dos fatos, para ensejar o rompimento do vínculo conjugal dessa forma, com atribuição de culpa ao réu.

Na espécie, a narrativa constante da inicial é absolutamente singela, sintética, e salvo a certidão de casamento de fl. 8, nenhum outro elemento traz como informação.

Em assim sendo, injustificável, tenho eu, o encerramento abreviado da instrução, sem que sequer tenha havido a oitiva das partes. O casamento tem a proteção constitucional e o seu desfazimento, pelos seus reflexos sociais, que extrapolam o mero âmbito dos cônjuges, não pode ser efetuado sem a observância dos princípios de ordem pública, que exigem maior investigação sobre os fatos acontecidos, para que possa ser decretada a dissolução, notadamente quando há litígio.

Não se pode ignorar, a propósito, a preocupação do legislador a respeito, quando preconizou, no art. 3º, parágrafo 2º, da Lei n. 6.515/1977, que:

> "§ 2º. O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário."

Nesse sentido se orientou a egrégia Terceira Turma, ao apreciar caso semelhante, mas com solução inversa do juízo processante, que agiu mais cautelosamente, **verbis**:

"Separação judicial — Revelia.

Não fere direito líquido e certo do autor a decisão judicial que, não obstante a revelia, determina se proceda a instrução. Ainda que o direito da separação, em si, possa considerar-se como disponível, já que passível de fazer-se por muito consenso, uma vez reunidos os pressupostos legais, dela resultam conseqüências a cujo respeito o juiz deve prover e que se inserem entre os direitos indisponíveis. Dentre elas a pertinente à guarda dos filhos."

(ROMS n. 684/CE, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, DJ de 25.02.1991)

Também a doutrina de **Yussef Said Cahali** endossa essa orientação, a saber:

"Daí a acertada orientação da jurisprudência no sentido de que, nas ações de separação litigiosa, a parte que alega a infração grave dos deveres conjugais ou a conduta desonrosa está no dever de provar a inicial, independentemente da circunstância de não ter a outra parte se defendido; se o demandante não cuida de fazer cumpridamente esta prova, atendo-se exclusivamente à revelia da parte contrária, a insuficiência da confissão ficta ou presumida conduz necessariamente à improcedência da ação.

Neste sentido vem se firmando a melhor jurisprudência, mesmo após o advento da Lei do Divórcio."

(**in** "Divórcio e Separação", 9ª edição, p. 627)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para anular o processo a partir da fl. 18, determinando se continue a instrução, ao menos com a colheita do depoimento pessoal das partes.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 486.069 — SP (2002/0148443-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Banco América do Sul S/A
Advogados: Paulo Eduardo Dias de Carvalho e outros
Recorridos: Antônio Barros Santana e outro
Advogado: Elias Teixeira Barbosa Filho

EMENTA

Processual Civil. Ação de execução hipotecária. SFH. Ação revisional proposta após. Suspensão do primeiro processo após a penhora. Cabimento. CPC, art. 585, § 1º. Exegese.

I - Fixa-se o entendimento mais recente da Quarta Turma em atribuir à ação revisional o efeito de embargos à execução, de sorte que, após garantido o juízo pela penhora, deve ser suspensa a cobrança até o julgamento do mérito da primeira.

II - Recurso especial não conhecido.

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 do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ de 08.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Banco América do Sul S/A interpõe, pela letra **a** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 137):

> "Execução — Lei n. 5.741/1971 — Suspensão da execução — Admissibilidade, considerando-se a harmonização do parágrafo único do artigo 5º da Lei n. 5.741/1971 com o CPC — Decisão mantida — Agravo improvido."

Alega o recorrente que a decisão contrariou o art. 585, parágrafo 1º e 791, III, do CPC e 5º da Lei n. 5.741/1971, porquanto o mero ajuizamento de ação revisional não tem o condão de impedir a execução para cobrança de prestações de financiamento habitacional em atraso, dada a autonomia da última.

Sem contra-razões (fl. 156).

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 158/159.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Discute-se no recurso especial, aviado pela letra **a** do art. 105, III, da Constituição Federal, sobre a possibilidade ou não de ser promovida execução para cobrança de dívida decorrente de financiamento habitacional, concomitantemente com ação revisional intentada pelos devedores.

A matéria se acha prequestionada.

No tocante ao cabimento da execução, a regra do art. 585, parágrafo 1º, do CPC, é clara:

> "§ 1º A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução."

Portanto, em princípio, a ação revisional intentada pela empresa devedora não tem o condão de obstar a cobrança pela via executiva.

Todavia, vem-se colocando certo tempero em tal regra, quando se abre a possibilidade de um total esvaziamento da ação revisional em decorrência da execução, frustrando a primeira.

Nesse passo, o entendimento mais recente desta 4ª Turma é no sentido da suspensão da execução depois de efetivada a penhora, dando-se pela competência do juízo que primeiro despachou, para que ambas as ações, de execução e revisional, prossigam paralelamente, evitando-se decisões dissonantes entre si e a frustração de uma delas, desnecessariamente.

Vale, a propósito, citar o REsp n. 467.157/RJ, de relatoria do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, **verbis**:

> "Execução. Suspensão. Ação ordinária de revisão do débito que trata de questões que podem ser suscitadas nos embargos, produz o mesmo efeito destes, com a suspensão do processo executivo, depois da penhora, até a sentença. Precedentes.
>
> Recurso conhecido e provido."
>
> (Unânime, DJ de 07.04.2003)

No caso, a ação revisional foi ajuizada posteriormente à execução, mas tenho que se lhe é dado o efeito de embargos, isso não constitui óbice à aplicação do mesmo entendimento.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 488.715 — SP (2002/0173516-4)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A — Vasp
Advogados: Elena Maria de Ataide A. Freire e outros
Recorridos: Beatriz Araújo de Castro Rangel e outros
Advogados: Leili Odete Campos Izumida e Peres de Souza e outros

EMENTA

Responsabilidade civil. Transporte aéreo. *Overbooking*.

Indenização fixada em R$ 6.000,00 em virtude da demora na viagem de retorno ao Brasil, por prática de *overbooking* pela empresa-ré.

Recurso conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Beatriz Araújo de Castro Rangel, Mônica Costa Almeida, Geraldo Gomes de Almeida Neto, José Antonio Costa de Almeida e João Francisco Rangel de Almeida, sendo os menores púberes representados e os menores impúberes assistidos pelo seu pai, Geraldo Gomes de Almeida, ajuizaram ação de indenização contra a Viação Aérea São Paulo — Vasp. Disseram que adquiriram passagem aérea da ré para transporte no trecho São Paulo/Miami/São Paulo; porém, quando do retorno, em 25.01.1996, não puderam embarcar, em razão de excesso de passageiros, o que os obrigou a adquirir bilhetes da American Airlines para retornar ao Brasil. Alegaram danos materiais e morais, pelos quais pretendem ser indenizados.

Julgado parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 3.749,12, além de danos morais no valor correspondente a 100 (cem) salários mínimos para cada um dos autores, a ré apelou e os autores apresentaram recurso adesivo.

A egrégia Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou provimento aos recursos, nos termos da seguinte ementa:

> "Dano moral. Responsabilidade civil. Prática de *overbooking*. Ajuste em que o transportador aéreo negligenciou obrigação de, no dia e hora estabelecidos, levar os passageiros e sua bagagem ao destino contratado. Passageiros submetidos aos percalços contingentes da demora e à angustiante retomada da viagem. Hipótese de transporte internacional, em que o primeiro transportador emitente do bilhete responde por todo o percurso, ainda quando trechos subseqüentes estejam a cargo de outra companhia. Precedente do STF. Doutrina. Dano moral devido pela fixação perfilhada em 1º grau, considerando-se, porém, o salário vigente na data do efetivo pagamento. Recursos das partes improvidos" (fl. 299).

Rejeitados os embargos de declaração, a Vasp interpôs recurso especial (art. 105, III, **a** e **c**, da CF) por ofensa aos arts. 535 e 458, II, do CPC. Alega omissão do acórdão quanto ao fato da não-caracterização do *overbooking*, porque houve um acidente no dia anterior com a aeronave originalmente destinada ao transporte dos passageiros (art. 20 da Convenção de Varsóvia), assim como no tocante à legislação a ser aplicada à hipótese. Também alega existir dissídio a respeito do critério para a fixação do valor da indenização por danos morais, no caso de *overbooking*.

Sustenta que a divergência restou configurada "na medida em que o v. acórdão recorrido despreza o critério de fixação e o valor da indenização por danos morais com base no valor da tarifa paga pelo bilhete de passagem, estabelecendo

como acertado o arbitramento da indenização decorrente da prática de *overbooking*, no valor correspondente a 100 salários mínimos, ou seja, R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), enquanto que o v. acórdão confrontado fixa a indenização com base no valor do bilhete de passagem e em valor muito inferior àquele, ou seja, no valor de R$ 1.952,80 (um mil, novecentos e cinqüenta e dois reais e oitenta centavos), correspondente ao dobro do valor da tarifa para o trecho."

Diz que, "no caso dos autos, o valor da tarifa paga pelos recorridos para o trecho Miami/São Paulo, importou em R$ 553,00 (quinhentos e cinqüenta e três reais) para os adultos e R$ 420,30 (quatrocentos e vinte reais e trinta centavos) para as crianças, sendo certo que o valor da indenização concedida supera o da tarifa em mais de 30 vezes, evidenciando-se o excesso incorrido na fixação do valor da indenização."

Inadmitido o recurso, com as contra-razões, vieram-me os autos mediante provimento ao Ag n. 454.764/SP.

Solicito parecer oral do douto representante do MPF.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): 1. A egrégia Câmara não considerou o fato de que a demora decorreria de acidente com aeronave da companhia porque o teve por não suficientemente provado, conforme explicitado no julgamento dos declaratórios (fl. 315). Inexistente a alegada omissão.

2. No que diz com o valor do dano moral, o entendimento que hoje predomina neste Tribunal é no sentido de que em casos tais é cabível o conhecimento do especial, quando exagerada ou irrisória a indenização arbitrada, seja por ofensa ao dispositivo de lei que trata da responsabilidade civil do causador do dano, seja por divergência jurisprudencial.

No caso, a recorrente demonstrou de modo suficiente o dissídio, pelo que conheço do recurso. A quantia deferida, de 100 salários mínimos para cada um dos cinco autores, sendo quatro menores de idade, destoa dos valores ordinariamente escolhidos para a reparação do dano em situação como a dos autos. A viagem de Miami para o Brasil foi interrompida porque os passageiros não conseguiram embarcar no avião da ré, embora a sua bagagem fosse despachada, e foram obrigados a permanecer na sala de outra companhia aérea, pois não dispunham de visto para permanecer nos EEUU, e depois de mais de dez horas adquiriram passagens em outra empresa, só então iniciando a viagem de retorno. Atendendo aos nossos pre-

cedentes, tenho que a importância de R$ 6.000,00, corrigidos a partir de hoje, atende à necessidade de reparação dos danos extrapatrimoniais sofridos pelos autores. Para isso considero que o atraso decorreu do mau procedimento atribuído à empresa, que preferiu o *overbooking* a respeitar o interesse e a expectativa de seus passageiros, ao constrangimento pelo despacho da bagagem, à permanência em sala isolada no aeroporto estrangeiro e à necessidade de aquisição de passagens em outra empresa.

Posto isso, conheço em parte do recurso e dou-lhe parcial provimento, a fim de reduzir para R$ 6.000,00 a indenização devida a cada um dos autores.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 504.742 — RS (2002/0174661-5)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Fundação Assistencial Brahma
Advogados: Ivo Gabriel Corrêa da Cunha e outros
Recorrido: Getúlio Eugênio Garbin
Advogados: Carlos Roberto Nuncio e outros

EMENTA

Processual Civil. Ação movida por ex-empregado aposentado, que pretende a reinclusão em plano de entidade previdenciária mantida exclusivamente pela ex-empregadora. Inexistência, na espécie, de contrato de natureza civil entre autor e ré. Suposto direito diretamente decorrente da prestação laboral. Competência da justiça obreira.

I - Não se configurando, na espécie dos autos, relação contratual de natureza civil entre o autor e a ré, porquanto o benefício postulado decorre diretamente do pacto laboral com a ex-empregadora, que mantém, às suas exclusivas expensas, o plano assistencial de saúde gerido pela fundação recorrente, a ação deve ser processada e julgada perante a Justiça Obreira, à qual ficam os autos remetidos.

II - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 15 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ de 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório de fls. 346/347, **verbis**:

> "Fundação Assistencial Brahma apela da sentença que julgou procedente em parte a ação ordinária movida por Getúlio Eugênio Garbin, para condenar a Ré a reincluir o Autor e seus dependentes como beneficiários da Demandada para todos os efeitos regulamentares que essa condição assegura, ratificando a liminar de antecipação de tutela, inclusive quanto à cominação de multa (fls. 188/190 e 194); ao pagamento integral das despesas que o Autor suportou para o custeio de plano de assistência médico-hospitalar e ao reembolso daquelas com exames e consultas, de acordo com o Plano de Saúde que a requerida tinha cobertura parcial, observados os limites que esta suportava, valores que serão apurados em liquidação de sentença, por artigos, sendo condenada nos ônus sucumbenciais.
>
> Em suas razões suscita a apelante, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça comum, dizendo que compete à Justiça do Trabalho o julgamento do feito, citando recente decisão do Recurso Especial n. 121.513/SP, para embasar sua tese.
>
> No mérito, alega que quando da aposentadoria do Autor já estava em vigor a nova disposição estatutária que restringiu o direito dos aposentados ao benefício da assistência médica apenas aqueles que, 'na data da concessão da aposentadoria, de qualquer tipo, pela Previdência Social, estivessem gozando da assistência médico-hospitalar e dentária, concedida, direta ou indiretamente' (art. 3º, inciso IV, parágrafo 4º, letra **b**, do Regimento Interno). Aduz

que o apelado não estava em gozo do benefício de assistência médico-hospitalar e dentária quando se aposentou, por isso não faz jus ao mesmo.

Ressalta que afora os empregados definidos como beneficiários pelo artigo 10, I, dos atuais Estatutos da Fundação, os demais são aqueles do inciso II, 'os aposentados da Instituidora, das Patrocinadoras e da Fundação, bem como os dependentes dos beneficiários, assim definidos em regimento interno da Fundação', no qual não enquadra o Autor.

Requer a reforma da sentença.

Houve contra-razões.

O Procurador de Justiça ofereceu parecer pelo improvimento do apelo."

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento à apelação, em acórdão assim ementado (fl. 345):

"Plano de saúde. Pedido de reinclusão de aposentado e seus dependentes no plano de saúde a que estava vinculado durante a vigência do contrato de trabalho do autor junto à fundação demandada. Possibilidade. Estendem-se aos funcionários inativos e seus dependentes o convênio com a Unimed, em razão da previsão legal no atual Estatuto e Regulamento Interno da Fundação Recorrente.

Preliminar rejeitada. Afirmação da competência da Justiça Comum.

Apelo improvido."

Inconformada, Fundação Assistencial Brahma interpõe, pela letra **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial alegando, em síntese, que é uma sociedade civil de direito privado de previdência fechada, instituída pela Companhia Cervejaria Brahma para proporcionar benefícios aos empregados e diretores da patrocinadora e da própria fundação; que os beneficiários nada pagam em troca dos benefícios estatutariamente assegurados; que eles são voltados exclusivamente para empregados e ex-empregados, e, em essência, mantidos tais benefícios pela empregadora; que o autor é ex-empregado, aposentado em 1993 e postula, nesta ação ajuizada em 1999, a sua reinclusão como beneficiário, sendo justa a recusa da ré, porque, à época, o mesmo não se enquadrava nas condições estatutárias de então.

Aduz a recorrente que a Justiça estadual é absolutamente incompetente para julgar a causa, mas, sim, a Obreira, consoante precedente do STJ no REsp n. 121.513/SP, desta Quarta Turma, de minha relatoria, traçando as similitudes entre as espécies confrontadas. Invoca, ainda, dissídio com o CC n. 5.026/RJ, da Segunda Seção, acentuando que reconhecida a incompetência, deverá o feito ser extinto, ao teor do art. 267, IV, do CPC.

Contra-razões às fls. 623/644, afirmando que a demanda foi ajuizada exclusivamente contra a fundação de previdência, de modo que não envolve litígio trabalhista, diversamente dos paradigmas apontados.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 652/654.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado exclusivamente pela letra **c** do autorizador constitucional, em que se discute sobre a competência para julgar ação em que ex-empregado da Companhia Cervejaria Brahma move contra a Fundação Assistencial Brahma, objetivando a sua reinclusão em plano de previdência mantido pela ré.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul afastou a incompetência absoluta suscitada, ao argumento de que não está sendo questionada, no pólo passivo, a ex-empregadora, mas apenas a Fundação, que é a responsável pelos benefícios vindicados.

Tenho que merece reparo o **decisum**.

Em primeiro, cumpre destacar que, na espécie, não há pagamento de contribuição por parte do empregado, sendo o custeio, todo ele, da patrocinadora, Cia. Cervejaria Brahma, inexistindo — importante ressaltar — contrato de natureza cível, vinculando o autor à fundação. Esses benefícios de assistência médica e odontológica, segundo a própria exordial, eram oferecidos, originária e diretamente, pela empregadora, e, mais tarde, mas sem custeio do empregado, passaram à Fundação-ré.

Em segundo, cuidava-se de benefício acessório ao contrato de trabalho, ou seja, bastante o exercício da atividade obreira para que fosse devido ao empregado.

Em terceiro, ressalte-se o que confessa a inicial da ação, **litteris** (fl. 05):

> "Não paira, assim qualquer dúvida quanto ao direito do Autor de manter-se vinculado ao plano assistencial instituído pela Ré e vigente à época do contrato de trabalho. E embora a relação seja decorrente do contrato de trabalho, não tem o Autor como postular tal direito junto à Justiça Especializada do Trabalho, pois lá a prescrição contra sua ex-empregadora, Companhia Cervejaria Brahma, é de dois anos. Aqui, contra a Ré, empresa privada, prevalece a regra do artigo 177 do Código Civil Brasileiro, ou seja, a prescrição da ação, que é pessoal é de 20 (vinte) anos."

No julgamento do REsp n. 121.513/SP, de minha relatoria, esta Quarta Turma enfrentou matéria semelhante, valendo transcrever excerto do voto condutor, **verbis**:

"No caso dos autos, o autor, aposentado por tempo de serviço, invoca regra dos estatutos da Fundação ré, que estabelece serem fins seus 'criar e manter, no País, asilos e outros estabelecimentos de beneficência, para auxílios e assistência:...b) a empregados e operários da Companhia Antártica Paulista, inválidos e impossibilitados de trabalhar, por moléstia ou por velhice'.

Não é dito na exordial, em lugar algum, que a obrigação, eventualmente existente, decorre de relação contratual que usualmente se dá quando empregados se filiam a uma instituição de previdência complementar, firmando com ela vínculo de natureza cível, consubstanciado na prestação de serviços assistenciais e suplementação de valores de aposentadoria, mediante desconto parcial em salário. Na hipótese, ao que se extrai, tudo gira em torno, mesmo, do antigo vínculo empregatício, em que uma fundação privada, como espécie de auxílio aos empregados da cervejaria, lhes presta certos benefícios graciosamente, nas situações acima enunciadas."

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

"Processual Civil. Competência. Empregado aposentado por tempo de serviço. Ação que reivindica assistência de entidade beneficente vinculada à empresa ex-empregadora. Não-configuração de contrato cível de previdência complementar. Suposto direito indiretamente derivado do pacto laboral. Competência da justiça obreira.

I - Tratando-se de ação que reivindica direitos assistenciais prestados por instituição beneficente vinculada à ex-empregadora, sem que exista, na espécie, qualquer contrato civil remunerado de previdência complementar firmado entre a fundação ré e o autor-aposentado, a controvérsia, por ser indiretamente derivada do pacto laboral extinto, deve ser dirimida perante a Justiça do Trabalho.

II - Recurso especial não conhecido."

(Unânime, DJ de 25.10.1999)

Irrelevante, na espécie, que a ex-empregadora (Cervejaria Niger S/A) fosse parte na lide, porque a interpretação sobre a competência se faz em relação ao direito perseguido e ao pedido.

Mas não prospera o recurso na parte em que pede a extinção do feito, eis que reconhecida a incompetência da Justiça estadual, o correto é a aplicação do art. 113, parágrafo 2º, do CPC, com a remessa dos autos ao juízo competente, isto é, o trabalhista, anulados os atos decisórios até aqui proferidos.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento, na forma acima, *determinando a remessa do feito à Justiça do Trabalho, que inclusive dirá da viabilidade ou não da ação unicamente direcionada contra a Fundação-ré.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 595.931 — RS (2003/0168069-7)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Cesar Henrique Bündchen
Advogados: Izabella Lehn Duarte e outros
Recorrida: Cartão Unibanco Ltda
Advogados: Aline Berthier e outros

EMENTA

Responsabilidade civil. Dano moral. Registro no cadastro de devedores do Serasa. Existência de outros registros. Indenização. Possibilidade.

A existência de vários registros de outros débitos do recorrente no cadastro de devedores do Serasa não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre **in re ipsa**, vale dizer, do próprio registro de fato inexistente. Precedente.

Hipótese em que o próprio recorrido reconheceu o erro em negativar o nome do recorrente.

Recurso conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

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 unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ de 14.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Cesar Henrique Bundchen, ora recorrente, ajuizou ação indenizatória contra Cartão Unibanco Visa Ltda, pleiteando reparação moral e material em decorrência de inscrição indevida do seu nome no Serasa. Alega haver recebido "fatura com vencimento determinado para 08.11.1997, que restou integralmente paga no dia 23.12.1997" (fl. 03) e, a despeito do pagamento, fora vitimado com a negativação. Aduz ter sofrido constrangimento ao tentar comprar veículo e ao não ter conseguido realizar "ampliação de crédito" (fl. 10) de empresa da qual participa.

O MM. juízo monocrático acolheu o pedido no tocante aos danos morais, arbitrados em (100) cem salários mínimos e também determinou o pagamento de R$ 6.459,14 pela cobrança indevida do débito já pago.

O egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acolhendo apelo da ré e dando como prejudicado o do autor, julgou totalmente improcedente a demanda em v. aresto assim ementado:

> "Responsabilidade civil. Pretensão de indenização de dano moral. Parte que já apresentava vários lançamentos desabonatórios em seu nome (pendências bancárias, cheques sem fundos). Dano moral não configurado. Rejeição da pretensão de indenização com fulcro no artigo 1.531 do Código Civil.
>
> 1. Descabe acolher-se pretensão de indenização por dano moral por cadastramento indevido em relação a quem já ostenta vários lançamentos negativos e desabonatórios à sua honra, já que esta se apresenta indivisível. A ofensa ao patrimônio pessoal não pode ser eleita pela parte que se diz ofendida a certo tempo e por certo fato, ignorando os outros fatos desabonatórios já existentes.
>
> 2. Sendo inexistente a cobrança judicial descabe a aplicação da sanção prevista no art. 1.531 do Código Civil.
>
> Proveram o apelo do réu, restando prejudicado o recurso do autor" (fl. 239).

Rejeitados os aclaratórios do autor, este interpôs o presente apelo especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, por dissídio pretoriano e alegada ofensa ao art. 535, II, do Estatuto Processual e ao art. 159 do Código Civil de 1916. Sustenta que "o fato de alguém possuir outros registros no Serasa não elide a pretensão de indenização por danos morais" (fl. 279).

Transcorrido **in albis** o prazo para a resposta (fl. 295), o apelo foi admitido na origem, ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. Relativamente ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, não subsiste a ofensa alegada, pois o egrégio Tribunal **a quo** fundamentadamente dirimiu todas as questões postas a debate, embora de forma diversa da pretendida, não havendo qualquer omissão a ser sanada.

2. No restante, cifra-se a controvérsia ao cabimento da indenização por dano moral diante da existência de vários registros do nome do recorrente no Serasa.

A questão já foi enfrentada por esta Corte no julgamento do REsp n. 196.024/MG, por mim relatado, DJ de 02.08.1999, no qual esta egrégia Quarta Turma assim se pronunciou:

> "Civil. Dano moral. Registro no cadastro de devedores do Serasa. Irrelevância da existência de prejuízo.
>
> A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto.
>
> A existência de vários registros, na mesma época, de outros débitos dos recorrentes, no cadastro de devedores do Serasa, não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre **in re ipsa**, vale dizer, do próprio registro de fato inexistente.
>
> Hipótese em que as instâncias locais reconheceram categoricamente que foi ilícita a conduta da recorrida em manter, indevidamente, os nomes dos recorrentes, em cadastro de devedores, mesmo após a quitação da dívida.
>
> Recurso conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido."

Na espécie, assim como no precedente, também houve erro da instituição credora, conforme reconheceu o próprio banco. É o que se colhe do voto condutor do v. aresto infirmado, **in verbis**:

> "muito embora o banco tenha reconhecido a sua falta de diligência, julgo que no caso concreto não se pode reconhecer a ocorrência do dano moral" (fl. 244, destaquei).

Porém, a Corte local excluiu a reparação moral, forte nos seguintes fundamentos:

> "Ora, que dano à honra subjetiva pode ser indenizado a quem ostenta o rol que foi apresentado no documento oriundo do Serasa, acostado aos autos a fls. 95/96? A meu ver nenhum.

Descabe acolher-se pretensão de indenização por dano moral por cadastramento indevido em relação a quem já ostenta vários lançamentos negativos e desabonatórios à sua honra, já que esta se apresenta indivisível" (fl. 244).

Dessarte, diante da contrariedade ao entendimento adotado por este colegiado **ad quem**, há de ser reconhecida a procedência do pleito de reparação moral.

Superado esse obstáculo, tenho ser possível, atento ao princípio da celeridade processual, concluir o julgamento da causa, aplicando o direito à espécie, tal como consentido pelo art. 257 do RISTJ, para o fim de estipular o valor da indenização.

Considerando as circunstâncias da hipótese, a existência de outros registros negativos fragiliza o conceito moral do recorrente, diante do "rol que foi apresentado no documento oriundo do Serasa, acostado aos autos às fls. 95/96" (fl. 244). Ali constam os registros de mais de vinte pendências bancárias e um cheque sem provisão de fundos, referentes a dívidas contraídas junto a várias instituições.

Ademais, todos os registros se concentram numa mesma época, situando-se entre o final de 1997 e outubro de 1998. Assim, mesmo admitindo, por hipótese, possível vexame sofrido pelo recorrente, tenho que tal não seria de grande monta, não majorando em muito o gravame à sua já maculada honra.

Dessarte, sopesando os elementos em destaque, estou em arbitrar o **quantum** dos danos morais no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigidos a partir desta data.

3. Isso posto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe parcial provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 661.137 — SP (2004/0066964-5)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Recorrente: Clínica de Imagem de Salvador S/C Ltda
Advogados: André Barachisio Lisboa e outros
Recorrida: Nissho Iwai Panamá International S/A
Advogados: Thiago Beretta Galvão Godinho e outro

EMENTA

Processual Civil. Contrato. Arrendamento mercantil. Aparelhos eletrônicos. Diagnóstico médico. Foro de eleição. Validade. CDC. Hipossuficiência. Afastamento.

1. Em contrato de arrendamento mercantil de sofisticados aparelhos de diagnóstico médico é válido o foro de eleição, porque não se aplica ao CDC e, por isso mesmo, fica afastada a alegação de hipossuficiência do arrendante. Precedentes iterativos da Segunda Seção.

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ de 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Clínica de Imagem de Salvador S/C Ltda com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c** da Constituição Federal, contra acórdão da Décima Segunda Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim ementado:

> "Arrendamento mercantil de máquinas de laboratório. Reintegração de posse. Exceção de incompetência. Foro de eleição. Não demonstrada a hipossuficiência da arrendatária. Violação do contraditório não reconhecida. Desnecessária a intimação do embargado para oferecer contrariedade aos embargos declaratórios. Prequestionamento do art. 5º, incisos LIV e LV c.c. o art. 93, inciso IX, da Lei Maior, bem como dos arts. 2º, 3º, 6º, incisos VII e VIII, todos da Lei n. 8.078/1990, bem assim, dos arts. 100, inciso IV, **b** e **d** e 458, inciso II, ambos do CPC. Descabido. Embargos conhecidos, porém, rejeitados, para que prevaleça o foro de eleição, conforme expressa Cláusula Contratual n. 32, fl. 76, acompanhando-se a fundamentada decisão de primeiro grau, fls. 48/49, bem como mantendo-se o unânime acórdão de fls. 109/115." (fl. 138)

Afirma a recorrente violação aos arts. 126, 518, 527, 534 e 542 do CPC, sustentando que é direito seu ser intimada para apresentar resposta no caso de embargos declaratórios com notórios efeitos infringentes.

Não se conforma, de outra parte, com o afastamento do CDC e o não-reconhecimento de sua hipossuficiência, traduzido na confirmação do foro de eleição do contrato, em flagrante prejuízo à sua defesa, afirmando, neste particular, violação aos arts. 2º, 3º e 6º, VII e VIII, da Lei n. 8.078/1990 e ao art. 100, IV, **b** e **d**, do CPC.

Funda-se também em dissídio com julgados desta Corte e de outros tribunais, acerca de ambos os assuntos.

Apresentadas as contra-razões (fls. 200/224), o recurso teve admitido o seu processamento (fls. 445/446), ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Contra decisão singular (fls. 48/49), rejeitando exceção de incompetência oposta por Clínica de Imagem de Salvador S/C Ltda, nos autos da ação de reintegração de posse que lhe move Nissho Iwai Panamá International/S.A, foi tirado agravo de instrumento, em um primeiro instante provido pelo Relator, Juiz Campos Petroni (fls. 93/95), vindo a prevalecer, no entanto, o voto do Juiz Ribeiro da Silva, Relator p/ o acórdão (fls. 96/100), negando provimento ao recurso e, por conseqüência, mantendo o foro do domicílio do réu, com aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Opostos embargos de declaração foram eles providos, mediante atribuição de efeitos modificativos, prevalecendo, então, o foro de eleição, **ut** ementa de fl. 111, que transcrevo:

> "Arrendamento mercantil de máquinas de laboratório. Reintegração de posse. Exceção de incompetência julgada improcedente e reformada pela maioria na decisão colegiada. Foro de eleição. Comarca de Salvador — Bahia. Não se trata de relação de consumo e nenhuma das partes pode ser tida como hipossuficiente. Intuito infringente. Cabível, na espécie. Acolhem-se os embargos para que prevaleça o foro de eleição, da Comarca de São Paulo, nos termos do r. voto-vencido e do r. despacho monocrático."

Novos embargos, agora manejados pela ora recorrente, aduzem a necessidade de sua prévia manifestação diante do efeito modificativo agregado ao primeiro aclaratório. A decisão da Décima Segunda Câmara está retratada na ementa já transcrita de fl. 138.

Neste contexto foi interposto o especial, residindo o cerne da controvérsia na prevalência ou não do foro do contrato e, também, na necessidade da prévia audiência da parte frente ao efeito modificativo dos embargos.

O entendimento fixado pelas Turmas integrantes da Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça, em casos como o presente, é no sentido da validade do foro de eleição, sem interferência do Código de Defesa do Consumidor, diante da ausência de hipossuficiência do arrendatário. A propósito, os seguinte julgados:

"Processual Civil. Conflito positivo. Ação de reintegração de posse e ação revisional. Arrendamento mercantil. Equipamento de diagnóstico médico. Hipossuficiência inexistente. Foro de eleição. Prevalência.

I - Cabem ser processadas perante o foro de eleição as ações decorrentes de arrendamento mercantil de aparelho de diagnóstico médico de vultoso valor, eis que a natureza da operação afasta a hipossuficiência dos devedores, inaplicável à espécie, por isso, a regra privilegiada de foro do CDC.

II - Precedentes do STJ.

III - Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da 10ª Vara Cível de São Paulo." (CC n. 35.101/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 16.09.2002)

"Processual Civil. Conflito positivo. Nova vista ao MPF. Desnecessidade. Ação de busca e apreensão e ação revisional. Compra e venda com reserva de domínio. Equipamento de diagnóstico médico. Hipossuficiência inexistente. Foro de eleição. Prevalência. Cautelar de interpelação judicial. Medida meramente conservativa de direito. Prevenção do juízo. Inexistência. Aditamento ao conflito. Autoridade judicial diversa. Impossibilidade.

I - Não há razão para nova abertura de vista ao *Parquet* Federal se nenhum documento novo foi acrescentado aos autos.

II - Devem ser processadas perante o foro de eleição as ações decorrentes de compra e venda com reserva de domínio de aparelho de diagnóstico médico de vultoso valor, eis que a natureza da operação afasta a hipossuficiência dos devedores, inaplicável à espécie, por isso, a regra privilegiada de foro do CDC. Precedentes.

III - A medida cautelar de interpelação judicial, mero ato conservativo de direito, não tem natureza contenciosa, sem efeito de causar a prevenção do Juízo para as ações posteriores. Precedente.

IV - O aditamento da inicial para incluir ação ou autoridade judicial anteriormente não relacionada, ainda que incogitáveis à época, não tem lugar após a decisão liminar, em que delimitado o alcance provisório das atribuições dos Juízos envolvidos. Precedente.

V - Conflito conhecido, para declarar em definitivo a competência do Juízo da 13ª Vara Cível de São Paulo." (CC n. 40.451/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 18.10.2004)

"Agravo em conflito positivo de competência. Foro de eleição. Validade. Hipossuficiência afastada. Precedentes do STJ.

— Conforme precedentes desta Corte, não há abusividade na cláusula que prevê o foro de eleição em contratos de elevado valor para aquisição de equipamentos de diagnóstico médico.

— Competência do juízo da 40ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

— Agravo improvido." (CC n. 39.914/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 07.06.2004)

"Conflito de competência. Contrato de arrendamento mercantil. *Leasing*. Foro de eleição.

1. Submete-se ao Código de Defesa do Consumidor a modalidade negocial relativa ao arrendamento mercantil, consoante pacificado entendimento pretoriano (REsp n. 437.660/SP).

2. Neste contexto, não se revelando pelo vulto do contrato, referente a arrendamento de "sofisticados equipamentos hospitalares destinados à realização de exames médicos", hipossuficiência de uma parte ou abusividade de cláusulas, prevalece o foro de eleição, pouco importando haja ou não uma relação de consumo.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 30ª Vara Cível do Fórum Central da Comarca de São Paulo." (CC n. 39.365/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 15.03.2004)

Não há, em conseqüência, qualquer nódoa a comunicar nulidade ao julgado por violação ao princípio do contraditório, em função do pronunciamento sistemático e remansoso do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema. Aliás, bastante esclarecedoras as razões do Tribunal de origem, como se colhe às fls. 140/141:

"Pífio, por derradeiro o tão alardeado prequestionamento do art. 5º, incisos LIV e LV e art. 93, inciso IX, ambos da Lei Maior, bem assim, os arts. 2º, 3º, 6º, incisos VII e VIII, todos da Lei n. 8.078/1990, como também, os arts. 100, inciso IV, **b** e **d** e 458, inciso II, ambos do CPC.

Frágil sim, porque da prestação jurisdicional requerida pela arrendatária, evidencia-se ter os r. decisórios, tanto na esfera monocrática quanto na colegiada, decidido a lide dentro dos estritos limites do pedido.

No mais, afigura-se inegável o intuito infringente destes embargos de declaração, o que é defeso, salvo em especialíssimas situações, não sendo este o caso dos presentes autos.

Outrossim, homenageando o basilar princípio da plenitude da defesa, voto pelo conhecimento destes novos embargos declaratórios, rejeitando-os, todavia. Deve prevalecer a Cláusula n. 32 de fl. 76, onde está escrito de forma clara que a clínica arrendatária (de Salvador — BA) compromete-se expressamente a submeter-se à jurisdição dos tribunais de São Paulo, Estado de SP, para a solução de quaisquer controvérsias concernentes a este contrato. Não se trata de contrato impresso, padrão, mas entende-se tratar-se de texto específico para o caso concreto, envolvendo bens importados de elevadíssimo valor em dólar norte-americano.

Preservo a fundamentada decisão inicial de primeiro grau, que determinou o prosseguimento nesta Comarca de São Paulo, fls. 48/49, conforme acórdão unânime que contou com a concordância dos Exmºs. Ribeiro da Silva e Gama Pellegrini, sob a presidência do douto Palma Bisson, fls. 109/115. Confira-se que houve vista formal ao Dr. Gama Pellegrini, fls. 107/108, e quanto ao Dr. Ribeiro da Silva, adoto o que consta a fls. 96/100." (fls. 140/141)

Não conheço do recurso.

Jurisprudência da Terceira Seção

MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.511 — DF (2004/0008267-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Impetrante: Carlos Alberto Ferreira Trindade
Advogado: Cláudio da Costa
Impetrado: Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão

EMENTA

Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Nulidade. Prazo para notificação do acusado. Inobservância. Princípios da ampla defesa e do contraditório contrariados. Segurança concedida.

1. Na sindicância, não se exige observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando, configurando mera fase inquisitorial, precede ao processo administrativo disciplinar.

2. A omissão existente no Regime Jurídico dos Servidores Públicos — Lei n. 8.112/1990 — quanto ao prazo a ser observado para a notificação do acusado em processo administrativo disciplinar é sanada pela regra existente na Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

3. O servidor público acusado deve ser intimado com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis a respeito de provas ou diligências ordenadas pela comissão processante, mencionando-se data, hora e local de realização do ato. Inteligência dos arts. 41 e 69 da Lei n. 9.784/1999 e 156 da Lei n. 8.112/1990.

4. Ilegalidade da audiência de oitiva de testemunhas e, por conseguinte, do processo administrativo disciplinar em razão do fato de que o impetrante foi notificado desse ato no dia que antecedeu a sua realização, contrariando a legislação de regência e os princípios da ampla defesa e do contraditório.

5. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unani-

midade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, José Arnaldo da Fonseca, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ de 21.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Carlos Alberto Ferreira Trindade contra ato administrativo do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão que o demitiu, por meio da Portaria n. 192, de 02.10.2003, do cargo de Desenhista do Quadro de Pessoal da Gerência Regional do Patrimônio da União no Estado do Rio Grande do Norte.

O impetrante defende a ilegalidade do ato demissionário porque fundado em processo administrativo no qual, segundo afirma, não foram respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Narra que, em 04 de novembro de 2002, foi instaurada Comissão de Sindicância para "apurar possível irregularidade relativa à conduta de servidor da GRPU/ Rio Grande do Norte" (fl. 3). Naquela oportunidade, embora tenha sido intimado na condição de testemunha, sustenta que já "estava sendo denunciado" e que não lhe foi dado o direito de participar da oitiva das testemunhas ou de constituir um defensor para auxiliá-lo.

Segue afirmando que, "não obstante a supracitada violação, que já é **per si** suficiente para anulação da portaria demissionária, em outra oportunidade durante o procedimento fora mais uma vez maculado o princípio da ampla defesa" (fl. 5), porquanto a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar concedeu-lhe o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para "tomar ciência, encontrar um advogado, contratá-lo, colocá-lo a par do ocorrido" (fl. 6).

Ao final, requer a declaração de nulidade do ato administrativo impugnado e provimento judicial que lhe assegure reintegração ao cargo que ocupava.

A autoridade impetrada prestou informações. Após proceder a breve relato dos procedimentos realizados, alega que, nos termos do art. 156 da Lei n. 8.112/ 1990, o impetrante foi notificado da instauração do processo, "contando a notificação com todos os requisitos formais que lhe são exigidos, bem como intimado, com antecedência e clareza, de todos os atos praticados pela Comissão" (fl. 329).

Aduz que, no processo disciplinar, não há nenhum "vício que possa macular sua licitude ou comprometer sua validade, na medida em que o sagrado direito à ampla defesa, nele incluído o contraditório, foi conferido ao acusado, que o exercitou em sua plenitude, não havendo que se falar em nulidades, quer absoluta quer relativas" (fl. 330).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, opina pela concessão da segurança. Em resumo, afirma a existência de cerceamento de defesa que não se manifestou durante a sindicância, "mas durante o subseqüente processo administrativo disciplinar, sobretudo quanto ao escasso prazo ocorrido entre a data de sua intimação e a da produção das provas ou diligências" (fl. 406).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Ao compulsar os autos, verifico que o processo administrativo disciplinar, que culminou na aplicação da pena de demissão ao impetrante, foi precedido de sindicância. Assim, esta serviu como um procedimento prévio, caracterizando mera fase inquisitorial. Nesses casos, mostra-se dispensável a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Esse entendimento mostra-se pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante atestam as seguintes ementas:

> Recurso ordinário em mandado de segurança. Omissão. Inexistência. Pretensão de reexame. Demissão de servidor. Irregularidades na sindicância. Superveniência de processo disciplinar. Independência das esferas administrativa e penal.
>
> (...)
>
> 2. Em sobrevindo a instauração de processo administrativo disciplinar, resta superada a alegada violação de ampla defesa e de quaisquer outras nulidades porventura invocáveis no âmbito da sindicância, mero procedimento prévio, que não se confunde com o processo administrativo disciplinar, dispensável, se existentes elementos para a instauração do processo administrativo disciplinar.
>
> (...)
>
> 4. Recurso improvido. (RMS n. 12.827/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 02.02.2004, p. 362)

Constitucional — Administrativo — Servidor público — Sindicância — Contraditório e ampla defesa — Observância — Punição disciplinar — Legalidade.

I - A sindicância segue um rito peculiar, cujo escopo é a investigação das pretensas irregularidades funcionais cometidas, sendo desnecessária a observância de alguns princípios basilares e específicos do processo administrativo disciplinar. Afinal, procedimento não se confunde com processo. *Todavia, se tal instrumento tiver pretensão de servir de base à aplicação de sanção deve-se observar os pressupostos do devido processo legal, concedendo-se ao sindicado a ampla defesa.*

II - A Constituição da República (art. 5º, LIV e LV) consagrou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também, no âmbito administrativo. A interpretação do princípio da ampla defesa visa propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa.

III - Desta forma, comprovado nos autos a observância aos mencionados princípios, afasta-se a pretensa ilegalidade da punição disciplinar, aplicada com base em sindicância.

V - Recurso conhecido e desprovido. (RMS n. 12.719/CE, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 28.04.2003, p. 209)

Desse modo, não vislumbro ilegalidade no fato de não ter sido o impetrante intimado para participar da oitiva das testemunhas durante a sindicância, tendo em vista que foi instaurado processo administrativo disciplinar do qual foram extraídas as provas que fundamentaram o ato de demissão ora atacado.

Contudo, assiste razão ao impetrante quando defende cerceamento de defesa por ter sido notificado a respeito da oitiva de testemunhas, no processo administrativo disciplinar, no dia anterior ao da realização das audiências.

O Regime Jurídico do Servidor Público assegura a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Todavia não prevê prazo específico para o exercício desse garantia constitucional. Dispõe a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990:

Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemu-

nhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

A ausência de previsão de prazo não faculta à Administração fixá-lo conforme bem entender. A Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelece regras de intimação a serem observadas nos processos administrativos, ao dispor:

> Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

Em se tratando de processo disciplinar, mostra-se aplicável referida regra em razão do disposto no art. 69 da referida Lei n. 9.784/1999, que prevê:

> Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei.

A observância dessa regra já foi assegurada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica no seguinte precedente:

> Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Perícia médica. Realização. Intimação de advogado constituído. Inexistência. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Violação.
>
> — A Lei n. 8.112/1990 reconhece ao acusado em processo administrativo o direito de acompanhar pessoalmente ou por representante os atos do procedimento disciplinar.
>
> — Inexistindo, no processo disciplinar, intimação na pessoa do acusado ou na de seu advogado, de perícia médica pertinente à instrução dos autos, o ato torna-se viciado.
>
> — O impetrante do mandado de segurança não é obrigado a fazer prova negativa, quando alega como prova a inexistência de ato que deveria existir, sendo igualmente descabida a aplicação do art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 1.533/1951.
>
> — Regras sobre a intimação em processo administrativo, constantes da Lei n. 9.784/1999, que exigem antecedência mínima de 3 (três) dias da realização do ato.
>
> — Segurança concedida. (MS n. 8.700/DF, Rel. Min. Paulo Medina, Terceira Seção, DJ de 29.11.2004, p. 221)

Com efeito, a omissão existente no Regime Jurídico dos Servidores Públicos — Lei n. 8.112/1990 — quanto ao prazo a ser observado para a notificação do acusado em processo administrativo disciplinar é sanada pela regra existente na Lei n.

9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A efetiva observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório não se dá apenas com a comunicação da realização de ato ao acusado em processo disciplinar. Mostra-se indispensável que lhe seja conferido prazo razoável para o exercício dessa garantia constitucional, e a lei não é omissa a esse respeito.

No caso, consoante se verifica à fl. 25 dos autos, o impetrante foi comunicado em 23 de abril de 2003, por notificação expedida na mesma data, de que no dia anterior (22.04.2003) fora instaurada Comissão de Processo Disciplinar destinada a apurar possíveis irregularidades por ele cometidas e de que no dia seguinte, qual seja, 24.04.2003, a partir das 9 horas, mencionada Comissão estaria reunida para tomar depoimento das testemunhas.

Ora, como bem ressaltado pelo representante do Ministério Público Federal, Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos (fl. 408):

> Dessa forma, face à exigüidade do lapso temporal mencionado, fica evidente que não foi dado ao Impetrante o tempo necessário para que pudesse realizar os preparativos necessários para tal audiência, como, **v.g.**, se inteirar previamente de todos os fatos, colher dados acerca das testemunhas, preparar eventuais questionamentos ou mesmo contactar, de modo eficiente, um defensor para acompanhá-lo durante a audiência.
>
> E que não se venha falar que o comparecimento do Impetrante à audiência teria convalidado a ilegalidade perpetrada pela Administração.
>
> É que, no caso, foi infringido o princípio da ampla defesa. Assim, como no processo penal, o prejuízo é presumido e a nulidade, absoluta.
>
> Dessa forma, não há a necessidade de comprovação do suposto prejuízo ao Impetrante, até porque isso não seria possível na situação posta sob exame. A única certeza é que a presença de um defensor técnico, dotado de conhecimentos jurídicos e com formação universitária e profissional direcionada para o enfrentamento de situações como a tal seria fundamental para a preservação da garantia constitucional da ampla defesa.

De fato, há ilegalidade na audiência de oitiva de testemunhas e, por conseguinte, do processo administrativo disciplinar que culminou na demissão, em razão do fato de que o impetrante foi notificado desse ato no dia que antecedeu a sua realização, contrariando a legislação de regência e os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ante o exposto, *concedo a segurança* para anular a Portaria n. 192, de 02.10.2003, do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, que demitiu o impetrante, e determinar sua reintegração ao cargo que ocupava. Custas **ex lege**. Sem condenação ao pagamento de honorários (Súmula n. 105-STJ).

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.706 — DF (2004/0066336-7)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Impetrantes: Haroldo Nobre de Lemos e Luís Carlos Ramos Cruz
Advogado: Ilka Teodoro
Impetrado: Ministro de Estado da Educação
Litisconsorte Passivo: Wilson Choeri

EMENTA

Mandado de segurança individual. Ato de nomeação do Diretor-Geral do Colégio Pedro II. Supostas irregularidades e violação dos princípios da legalidade e moralidade. Inadequação da via eleita. Ausência de direito pessoal dos impetrantes a ser tutelado. Processo extinto sem exame do mérito.

1. O mandado de segurança é ação constitucional de rito especial, que tem por finalidade, desde sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, ocorrido com o advento da Constituição de 1934 (art. 113, n. 33), a proteção de direito líquido e certo do impetrante, violado ou ameaçado de violação, por ato ilegal ou abusivo cometido por autoridade. Visa à defesa da pessoa em face de possível arbitrariedade cometida pelo Poder Público.

2. A prática de um ato administrativo que supostamente contrarie os princípios da legalidade ou da moralidade não autoriza, por si só, a impetração do **mandamus**. É pressuposto de admissibilidade dessa ação constitucional que a tutela específica pretendida assegure a proteção de um direito líquido e certo pessoal do impetrante.

3. No caso, busca-se a declaração de nulidade do ato de nomeação do Diretor-Geral do Colégio Pedro II, do Rio de Janeiro — RJ, sendo que

tal medida, caso concedida, não garantirá a proteção de um direito líquido e certo pessoal dos impetrantes, porquanto sequer concorreram na eleição destinada à composição da listra tríplice de candidatos ao cargo, conforme legislação de regência. Inadequação da via eleita.

4. Processo extinto sem julgamento do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar extinto o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, José Arnaldo da Fonseca, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa. Sustentaram oralmente a Drª. Ilka Teodoro, pelos impetrantes e o Dr. Cláudio Mattos Vrabl, pelo litisconsorte passivo.

Brasília (DF), 13 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ de 04.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Haroldo Nobre de Lemos e Luís Carlos Ramos Cruz contra ato do Ministro de Estado da Educação que, por meio da Portaria n. 46, de 12 de janeiro de 2004, nomeou Wilson Choeri para exercer, pelo prazo de 4 (quatro) anos, o cargo de Diretor-Geral do Colégio Pedro II, localizado na Cidade do Rio de Janeiro — RJ.

Os impetrantes sustentam a ilegalidade do ato impugnado. Argumentam, em síntese, que Wilson Choeri foi reconduzido pela segunda vez ao cargo de Diretor-Geral do Colégio Pedro II, ou seja, para um terceiro mandado consecutivo, permanecendo nesta condição há 9 (nove) anos, o que contraria o disposto no art. 20, § 2º, do Decreto-Lei n. 245/1967, com a redação determinada pela Lei n. 5.758/1971. Defendem que o nomeado é servidor aposentado e, por esta razão, não pode exercer o cargo em referência, porquanto destinado aos docentes pertencentes ao quadro de pessoal ativo da instituição, conforme o art. 4º do Decreto 4.877/2003.

Alegam que houve irregularidades no processo de eleição ao argumento de que, segundo o disposto no art. 6º da Resolução da Comissão Eleitoral n. 1/2003,

deveriam os candidatos ao cargo de Diretor-Geral do Colégio Pedro II desincompatibilizar-se dos cargos que ocupavam no ato da inscrição, o que, segundo aduzem, não foi observado por Wilson Choeri, que figurou como mais votado na lista tríplice enviada ao Ministério da Educação.

Seguem afirmando que nenhum servidor público pode continuar a exercer funções na Administração Pública após completar 70 (setenta) anos de idade, de acordo com o art. 40 da Constituição Federal. Aduzem que o direito líquido e certo reside na contrariedade aos princípios da legalidade e moralidade, "que são condições essenciais de validade do ato administrativo" (fl. 14). Ao final, requerem a declaração de nulidade do ato impugnado.

Em decisão proferida em 09 de junho de 2004, o então Relator, Ministro Jorge Scartezzini, determinou que os impetrantes emendassem a inicial para requererem a citação de Wilson Choeri, na condição de litisconsorte passivo necessário, assim como a notificação da autoridade impetrada para que prestassem informações (fls. 73/74).

O Ministro da Educação prestou informações. Defende a legalidade da nomeação ora impugnada. Sustenta, em síntese, que o cargo em comissão de Diretor-Geral do Colégio Pedro II é de livre nomeação e exoneração, que não incide na restrição de recondução sucessiva. Defende a impropriedade da via eleita e a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pelo mandado de segurança (fls. 77/85).

Wilson Choeri apresentou resposta. Argúi a ocorrência de preclusão porquanto não teriam os impetrantes exercitado "o direito que lhes foi deferido tempestivamente" (fl. 123). Sustenta que o "decêndio assinalado aos impetrantes no despacho inaugural, publicado em 22 de junho de 2004, somente foi satisfeito em 08 de setembro de 2004, portanto após 68 (sessenta e oito) dias do prazo limite", pelo que estaria caracterizado o fenômeno da decadência. Defendem a inadequação da via eleita e a inexistência de direito líquido e certo (fls. 120/139).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República Antônio Fonseca, opina pela concessão da ordem, ao fundamento, em síntese, de que a segunda recondução de Wilson Choeri encontra óbice no art. 20, § 2º, da Lei n. 5.758/1971.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, verifico que Wilson Choeri confundiu institutos jurídicos (fl. 120). A preclusão é de natureza proces-

sual. Não guarda nenhuma relação com a prática de atos de natureza administrativa ou realizados fora do processo. Assim, não se vislumbra preclusão por ausência de impugnação administrativa da eleição ou nomeação.

Ademais, não se cogita de decadência em razão do fato de os impetrantes terem comparecido aos autos após o transcurso do prazo de 10 (dez) dias, concedidos pelo então Relator, o Ministro Jorge Scartezzini — seja porque o atraso foi devidamente justificado e aceito por este Relator (despacho de fl. 113), seja porque a perda de uma faculdade processual caracteriza preclusão, e não decadência.

De outra parte, vale ressaltar, desde logo, que não questiono a legitimidade, tampouco o interesse dos impetrantes em impugnar o ato administrativo atacado porque, segundo alegam, apresenta-se lesivo à moralidade administrativa, demonstrando a legitimidade na tutela de um interesse coletivo. A via eleita é que não se mostra adequada.

O mandado de segurança é ação constitucional de rito especial, que tem por finalidade, desde sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, ocorrido com o advento da Constituição de 1934 (art. 113, n. 33), a proteção de direito líquido e certo do impetrante, violado ou ameaçado de violação, por ato ilegal ou abusivo cometido por autoridade. Visa à defesa da pessoa — natural ou jurídica — em face de possível arbitrariedade cometida pelo Poder Público.

A propósito, transcrevo a lição de **José Afonso da Silva** ("Curso de Direito Constitucional Positivo", 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 425/426):

> O mandado de segurança é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Observe-se, portanto, que se tutela um direito pessoal do impetrante. Ainda que seja impetrado o mandado de segurança coletivo, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, ele terá sempre como interesse a ser protegido aquele individual de seus membros ou associados, nos termos do art. 5º, inciso LXX, letra **b**, da Constituição Federal. Por conseguinte, a ação é coletiva. O interesse a ser tutelado é individual.

A análise de violação a direito líquido e certo é efetuada no caso concreto, individualmente, ainda que se trate de mandado de segurança coletivo.

No caso em exame, conforme exposto no relatório, o mandado de segurança foi impetrado com a finalidade de anular o ato de nomeação de Wilson Choeri para

o cargo de Diretor-Geral do Colégio Pedro II, sob argumento de que houve violação aos princípios da legalidade e moralidade e irregularidades no processo eleitoral — em relação aos quais, vale ressaltar, não apresentaram prova pré-constituída.

Ocorre que os impetrantes não participaram da composição da lista tríplice. Não concorreram ao cargo de Diretor-Geral. Haroldo Nobre Lemos relata que ocupa o cargo de Professor naquela instituição e participou do processo eleitoral na condição de organizador do certame. Luiz Carlos Ramos Cruz, por sua vez, narra que é membro da Associação de Pais e Amigos do Colégio Pedro II.

Desse modo, não há direito individual a ser protegido. A tutela específica que pretendem não assegurará a proteção de um direito líquido e certo pessoal. O interesse em questão se mostra de natureza coletiva. Não se pode cogitar da obtenção de uma segurança tão-somente para que se preserve a observância dos princípios da legalidade e moralidade, sendo que tal medida judicial não lhes trará benefício individual direta ou indiretamente. Há evidente impropriedade da via eleita do mandado de segurança.

Ante o exposto, *julgo extinto o processo sem exame de mérito*. Custas **ex lege**. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios (Súmula n. 105-STJ).

É o voto.

Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 29.163 — MG (2003/0118440-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: André Myssior

Impetrada: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Trovão Víctor de Oliveira

EMENTA

Habeas corpus. Júri. Desaforamento. Imparcialidade dos jurados. Necessidade de comprovação com dados concretos.

À luz do disposto no art. 70 do CPP, todo acusado, em regra, deve ser julgado no lugar em que supostamente cometeu o delito que lhe foi imputado.

Por se tratar de medida excepcional, o desaforamento somente deve ser admitido quando demonstrada, com dados objetivos, a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 424 do CPP.

Meras suposições ou ilações abstratas sobre a influência ou prestígio político da família do réu ou do seu defensor, sem qualquer menção a fatos concretos, não bastam, por si sós, para justificar o deslocamento do processo por abalada a imparcialidade dos juízes de fato.

Ordem concedida.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente: Dr. André Myssior, pelo paciente.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 27.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de **habeas corpus** originário, impetrado em prol de Trovão Víctor de Oliveira, contra acórdão do egrégio

Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reproduzido às fls. 51/66, que deferiu pedido de desaforamento formulado pelo *Parquet* Estadual, determinando que o paciente — pronunciado pela prática do crime de homicídio — fosse julgado pelo Tribunal do Júri da Capital do Estado.

Narram os autos que o paciente e seu filho, Wederson Vítor de Oliveira, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, e artigo 121, § 2º, incisos IV e V, c.c. o artigo 14, inciso II, c.c. o artigo 29, na forma do artigo 69, todos do Código Penal. Submetidos ao julgamento pelo Tribunal Popular na Comarca de Abre Campo — MG, restaram absolvidos das imputações (sentença reproduzida às fls. 42/43 — autos em apenso).

Irresignado, apelou o Ministério Público visando à anulação do julgamento por manifestamente contrário à prova dos autos. Acolhendo a irresignação, a egrégia Terceira Câmara do TJ mineiro anulou o veredicto popular e determinou que fossem os réus submetidos a novo julgamento.

Alega o impetrante que "tendo sido designada data para o julgamento, em 18.08.1997, foi o mesmo adiado, face à ausência do Promotor de Justiça. Em 13.11.1997, o Promotor de Justiça informou ao Juiz-Presidente que havia formulado pedido de desaforamento, tendo sido o julgamento novamente adiado". (Fl. 03)

Ao apreciar o pedido ministerial, entendeu a Terceira Câmara Criminal do Tribunal **a quo**, em síntese, estar caracterizada dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, enfatizando que o corpo de jurados da Comarca de Abre Campo não possuía a tranqüilidade e serenidade para proceder ao julgamento em tela, considerando, "sobretudo, a influência política dos réus, sendo o primeiro deles Prefeito Municipal de Pedra Bonita, um dos Municípios pertencentes à zona eleitoral de Abre Campo, bem como dos correligionários, principalmente do seu defensor e político, o Dr. Ibrahim Abi Ackel, pode comprometer o julgamento em qualquer Comarca da região". Assim, determinou o Colegiado fosse desmembrado o processo quanto ao réu Trovão Víctor de Oliveira, eis que, tendo assumido o cargo de Prefeito Municipal, deveria ser originariamente julgado pelo próprio Tribunal de Justiça. Quanto ao réu Wederson, ora recorrido, deferiu o desaforamento para a Comarca de Belo Horizonte.

Irresignada, a defesa do co-réu Wederson interpôs Recuso Especial n. 239.079/MG, de que fui Relator, cuja ementa encontra-se transcrita à fl. 43.

Consta da impetração que (fl. 04):

> "Nesse momento, Trovão havia renunciado ao cargo de Prefeito Municipal, retornando a competência para seu julgamento à Primeira Instância, e Wederson fora julgado e condenado pelo I Tribunal do Júri da Capital.

Incluído em pauta o julgamento de Trovão, em 20.12.2000, o mesmo, mais uma vez, não se realizou, vez que o Promotor de Justiça escusou-se de seu **munus**, alegando razões de foro íntimo.

Nas eleições de 2000, Trovão foi novamente eleito prefeito de Pedra Bonita, tendo a competência sido deslocada, mais uma vez, para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O Acusado renunciou ao seu mandato, tendo o processo sido baixado à instância de origem.

Assim, foi novamente designada data para o julgamento, em 07 de julho de 2002."

Antes da realização do novo Júri, o Promotor de Justiça na Comarca de Abre Campo ingressou com novo pedido de desaforamento, pretendendo que o julgamento fosse realizado na Comarca de Belo Horizonte. Sustentou, em síntese, que a influência política dos acusados na região onde ocorreram os crimes colocava em sério risco a imparcialidade dos jurados, o que justificava o pretendido desaforamento.

Ao apreciar o pedido ministerial, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal **a quo** deferiu pedido de desaforamento formulado pelo *Parquet* Estadual, determinando que o paciente — pronunciado pela prática do crime de homicídio — fosse julgado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, em decisão assim ementada (fl. 51):

"Processual Penal — Desaforamento — Dúvida sobre a imparcialidade do Júri — Garantia da tranqüilidade do julgamento — Deferimento. Afigura-se imperioso o desaforamento do julgamento quando haja fundada dúvida sobre a imparcialidade do Júri, diante da grande influência exercida pela família do réu na Comarca, onde este deveria se realizar, bem como para se garantir a tranqüilidade do julgamento, com o normal desenvolvimento dos atos processuais. Pedido deferido."

Daí o presente *writ*, afirmando que o aresto impugnado deu ao art. 424 do Código de Processo Penal interpretação diversa da orientação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal. Sustenta o impetrante que a suposta influência política do réu, de sua família ou de seu defensor jamais pode servir de justificativa para se afirmar a existência de dúvida sobre a imparcialidade dos juízes de fato, razão pela qual se equivocou o acórdão impugnado quando deferiu o pedido de desaforamento, estando a merecer reforma.

A liminar foi deferida por despacho de fls. 43/44.

Oficiada a Corte impetrada, vieram as informações de estilo (fl. 50), com documentos anexos.

Com vistas, o Ministério Público Federal, em parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Moacir Mendes Souza, pronunciou-se pela denegação da ordem, revogando-se a liminar concedida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Decidiu a Quinta Turma, no REsp n. 239.079/MG, de que fui Relator (fl. 21):

> "Recurso especial. Júri. Desaforamento. Imparcialidade dos jurados. Necessidade de comprovação com dados concretos.
>
> À luz do disposto no art. 70 do CPP, todo acusado, em regra, deve ser julgado no lugar em que supostamente cometeu o delito que lhe foi imputado.
>
> Por se tratar de medida excepcional, o desaforamento somente deve ser admitido quando demonstrada, com dados objetivos, a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 424 do CPP.
>
> Meras suposições ou ilações abstratas sobre a influência ou prestígio político da família do réu ou do seu defensor, sem qualquer menção a fatos concretos, não bastam, por si sós, para justificar o deslocamento do processo por abalada a imparcialidade dos juízes de fato.
>
> Recurso conhecido e provido para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a competência do Tribunal do Júri da Comarca de Abre Campo — MG para o julgamento do recorrente." (DJ de 04.09.2000)

Saliente-se, por oportuno, que os fundamentos lançados na presente impetração já foram enfrentados e repelidos um a um, por esta egrégia Corte, ao julgar o recurso especial mencionado acima, interposto em favor de Wederson, filho e coréu do ora paciente na ação penal primeva.

Assim, entendo que a ordem comporta concessão visto serem idênticas as situações.

Com efeito, à luz do disposto no art. 70 do Código de Processo Penal, todo acusado, em regra, deve ser julgado no lugar em que supostamente cometeu o delito que lhe foi imputado, ou seja, onde a ordem social foi violada. O desaforamento, que constitui causa derrogatória da competência territorial (**ratione loci**) do Júri, reveste-se de caráter de absoluta excepcionalidade, cujas causas encontram-se taxativamente elencadas no art. 424 do Estatuto Processual Penal, a saber: a) interesse da ordem pública; b) dúvida sobre a imparcialidade do Júri; c) dúvida sobre a segurança pessoal do réu.

Na exegese desse dispositivo legal, tem a jurisprudência advertido que, por se tratar de medida excepcional, o desaforamento somente deve ser admitido quando demonstrada, com dados *objetivos*, a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 424 referido, sendo inidôneas para ensejar tal medida meras conjecturas ou alegações vagas sem base em fatos concretos. À guisa de exemplo, podem ser citados os seguintes julgados desta Corte e do Supremo Tribunal Federal:

> "(...) mera alegação de parcialidade dos jurados, desacompanhada de qualquer comprovação idônea e eficaz, não basta para justificar o desaforamento" (STF, RT 701/408).
>
> "A faculdade contida no art. 424 do CPP constitui exceção ao princípio de que o réu deve ser julgado no distrito da culpa. Assim, somente quando existem fundadas dúvidas quanto à imparcialidade do Júri a medida é cabível. **In casu**, as justificativas são vagas. **Habeas corpus** deferido" (STJ, JSTJ 1/268). **In** "Código de Processo Penal Interpretado", **Julio F. Mirabete**, Atlas, 7ª ed., 2000, pp. 966/967.

E ainda:

> "Processual Penal. Júri. Desaforamento. A dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, para autorizar o desaforamento, deve resultar de prova ou de, pelo menos, indícios que lhe dêem algum fundamento. Não basta, portanto, mera suspeita de moradores da Comarca, atestada em declaração escrita, sem apoio em atos ou fatos.
>
> Não se exige, porém, a luz do art. 424 do CPP, prova da parcialidade mas, menos que isso, indícios fundamentadores de dúvida sobre a imparcialidade.
>
> Recurso especial que se conhece, pela letra **c**, mas ao qual se nega provimento."
>
> (REsp n. 278/PR, Rel. Min. Assis Toledo, DJ de 16.04.2000)

"Processo Penal. Júri. Desaforamento.

O desaforamento, em princípio, deve ser procedido para Comarca próxima, impondo-se, no caso de designação de Comarca mais distante, decisão devidamente fundamentada. Inteligência do art. 424, **caput**, do CPP. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido."

(REsp n. 298 — BA, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 20.08.1990)

No caso **sub judice**, a causa apontada pelo acórdão impugnado para ensejar o desaforamento foi a dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, motivada pela influência política do réu, de sua família ou de seu defensor.

Colhe-se do voto condutor do acórdão ora impugnado (fls. 57/58 e 64):

"Conforme se verifica das informações do MM. Juiz de Direito da Comarca de Abre Campo, prestadas no anterior pedido de desaforamento, referente ao co-réu Wenderson Vítor de Oliveira, por nós deferido e juntadas a estes autos às fls. 79/80 (documento 39), o corpo de jurados daquela Comarca não obstante a imparcialidade que lhes é inerente, não possui a tranqüilidade e serenidade necessárias para proceder ao julgamento em tela. Alerta ele para o fato de que a mencionada Comarca é conhecida como sem lei, em que somente os pobres vão para a cadeia, comenta a vulnerabilidade do conselho de jurados, que pediu o desaforamento e depois se retratou, ressalta que sobretudo a influência política dos réus, sendo o primeiro deles Prefeito Municipal de Pedra Bonita, um dos Municípios pertencentes à zona eleitoral de Abre Campo, bem como dos seus correligionários, principalmente do seu defensor e político, o Dr. Ibrahim Abi Ackel, pode comprometer o julgamento em qualquer Comarca da região.

As informações prestadas neste pedido de desaforamento pela MMª. Juíza Maria Isabel Fleck, que se encontrava em substituição na Comarca de Abre Campo, face à licença-paternidade do Juiz titular, só reforça o que foi dito anteriormente por este, no anterior pedido de desaforamento, por nós citado acima, sobre a enorme influência política do acusado Trovão Vítor de Oliveira na região, influência esta, que pode perfeitamente comprometer a imparcialidade dos senhores jurados."

(...)

"Assim, defiro o pedido de desaforamento pleiteado pelo representante do Ministério Público, determinando que o julgamento do acusado Trovão Vítor de Oliveira seja realizado na Comarca desta Capital, pela possibilidade de ser a que menos sofrerá influência deste, ex-Prefeito de Pedra Bonita, pertencente à zona eleitoral de Abre Campo, bem como de seus correligionários."

Examinando essa decisão, parece-me que a mesma não interpretou da forma mais escorreita a regra do art. 424 do CPP, à medida que, para afirmar a existência de dúvida sobre a imparcialidade do Júri, o Colegiado **a quo** lastreou-se em abstratas ilações e não em fatos concretos.

Digo isso porque meras suposições sobre a influência ou prestígio político do réu ou do seu defensor, sem qualquer menção a fatos concretos aptos a evidenciarem a materialização dessa suposta influência, jamais poderiam servir de justificativa para se afirmar abalada a imparcialidade dos juízes de fato.

Saliente-se, ademais, que no primeiro julgamento (anulado) os réus foram absolvidos por quatro votos a três, constituindo esse fato evidência concreta de que o suposto prestígio da família do réu não teve influência sobre o ânimo dos jurados, pois, do contrário, o placar teria sido muito mais elástico.

Nesse passo, o argumento de que a família do réu goza de prestígio político na região não era bastante, **de per si**, para justificar o deferimento do pedido de desaforamento, consoante adverte a jurisprudência pátria, em julgados hauridos da obra "Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial", Coord. **Alberto Silva Franco** e **Rui Stoco**, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 2.405/2.406:

> "Júri — Desaforamento — Condição de político do réu — Irrelevância — Parcialidade dos jurados não comprovada — Delito que não está ligado à atividade política do acusado — Cobertura jornalística natural e de tempo razoavelmente longo — Inexistência de pressão psicológica sobre a comunidade — Pedido indeferido. (TJSP — Desaf. 172.301-3 — Rel. Des. Erbetta Filho — j. 29.06.1995)"

> "Os méritos de uma família ou do próprio acusado por si sós são insuficientes para lançar manto de suspeita sobre a imparcialidade dos jurados e autorizar o desaforamento do seu julgamento. (TJSP — Desaf. — Rel. Des. Gonçalves Sobrinho — RT 447/350)."

> "Desaforamento — Dúvida quanto à imparcialidade do Júri — Eventual simpatia popular de que goza o acusado no foro do delito — Circunstância que por si só não autoriza a medida excepcional — Pedido indeferido. (TJSP — Desaf. — Rel. Ítalo Galli — RJTJSP 73/371)"

Por outro lado, se de acordo com entendimento jurisprudencial mais correto e, por isso mesmo, dominante o prestígio do réu ou de sua família não justifica, por si só, o deslocamento do processo, o prestígio do Advogado do réu, com muito mais razão, não poderia ter sido invocado pelo acórdão impugnado.

Assim, constata-se que o acórdão impugnado adotou orientação que não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte. Daí merecer reforma.

Ante o exposto, concedo a ordem para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a competência do Tribunal do Júri da Comarca de Abre Campo — MG para o julgamento do paciente.

É o meu voto.

HABEAS CORPUS N. 35.809 — PR (2004/0075699-1)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrantes: Salo de Carvalho e outros
Impetrada: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Pacientes: Rafael Kelter Daher, Ricardo Kelter Daher e José Antônio Daher

EMENTA

"**Habeas corpus**. Recurso em sentido estrito. Porte ilegal de armas. Tráfico internacional de drogas. Conexão. Competência. Justiça Federal. Ações julgadas definitivamente. Inocorrência.

O crime de porte ilegal de armas de uso privativo das Forças Armadas não tem o condão de atrair, por si só, a competência da Justiça Federal, mormente quando não foi praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União.

Não há que se falar em conexão probatória entre o crime de tráfico internacional de drogas e o porte ilegal de armas imputados aos Pacientes quando as ações penais referentes ao primeiro delito já foram processadas e julgadas definitivamente."

Ordem concedida para firmar a competência da Justiça Comum.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 13.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: O *writ* foi assim sumariado às fls. 145/477:

"Cuida-se de **habeas corpus** impetrado por Salo de Carvalho e outros em favor de Rafael Kelter Daher, Ricardo Kelter Daher e José Antônio Daher contra o acórdão proferido pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que restou assim ementado:

"Processo Penal. Conexão probatória. Causa de alteração de competência. Competência territorial e relativa. Prorrogação de competência. Separação dos processos. Declinação da competência de ofício. Impossibilidade. Manutenção da competência do juízo **a quo**. Recurso provido.

1. A conexão, assim como a continência, é causa de alteração de competência e se define no momento em que ocorreram os fatos. Precedente.

2. Se a apreensão das armas se deu quando da prisão em flagrante dos réus pela Polícia Federal, em razão de investigação acerca de tráfico internacional de entorpecentes, há conexão probatória, ainda que esta não tenha sido explicitamente declarada na denúncia.

3. Havendo a conexão, há a possibilidade de prorrogação da competência, com a **vis attractiva** da Justiça Federal (Súmula n. 122-STJ), por se tratar, por exceção, de competência territorial, e, portanto, relativa.

4. Nosso sistema processual penal permite que, em caso de conexão, ou continência, o Juiz diante de razão que entenda relevante, determine a separação dos processos (art. 80 do CPP), sem que tal separação implique em modificação da competência, em razão do princípio da **perpetuatio jurisdictionis**. Precedentes do STF.

5. Estando o processo conexo já concluído para sentença, sem que sequer tenha sido argüida a incompetência, não é lícito ao Juiz Federal declinar de ofício da competência para a colenda Justiça Estadual (Súmula n. 33-STJ).

6. Decisão reformada, a fim de que o feito tenha prosseguimento no Juízo Federal **a quo**, competente na espécie."

2. Infere-se dos autos que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra os Pacientes como incursos nas sanções do delito insculpido no art. 10, **caput** e § 2º da Lei n. 9.437/1997, sob a acusação de manter em depósito diversas armas de uso permitido sem autorização e em desacordo com determinação legal, além de uma arma de uso restrito, sendo que a exordial acusatória foi recebida em 23.08.2000.

3. Ao final da dilação probatória, o ora Impetrante argüiu em suas alegações finais, preliminarmente, a declaração de incompetência **ratione materiae** da Justiça Federal para processar e julgar o feito, argumentando a ausência de lesão a bens, serviços ou interesses da União. A preliminar suscitada foi acolhida pelo Magistrado singular, razão pela qual o órgão ministerial interpôs recurso em sentido estrito, aduzindo a existência de conexão entre o delito imputado aos Pacientes e o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual os mesmos foram anteriormente denunciados.

4. O recurso manejado pelo *Parquet* Federal foi provido pelo Tribunal **a quo**. Inconformado, o Impetrante opôs embargos declaratórios, os quais foram improvidos pela mesma Corte de Justiça. No presente remédio heróico, insurge-se o Impetrante contra o acórdão proferido em sede de recurso em sentido estrito, alegando que o referido **decisum** está eivado de ilegalidade, produzindo coação, na medida em que o Juízo Federal é absolutamente incompetente para processar e julgar o feito.

5. A liminar pleiteada pelo Impetrante com o fito de suspender o curso da ação penal até o julgamento deste *writ* foi indeferida pelo Despacho de fl. 143."

Parecer do MP Federal pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): De todos os ângulos de apreciação da pretensão heróica, a solução encaminha-se para a fixação da competência da Justiça Comum, haja vista a total falta de relação entre as figuras delitivas do porte de arma e do tráfico de entorpecentes, sendo esta, inclusive, já sedimentada por processo criminal. Foi, por sinal, o que bem pontuou a opinião do *Parquet*, por meio da qual o pensamento desta Corte restou amplamente colacionado. Eis os fundamentos do parecer (fls. 147/150):

"8. Cinge-se a **quaestio iuris sub examine** em determinar se a Justiça Federal tem competência para processar e julgar os Pacientes, denunciados como incursos no art. 10, **caput**, e § 2º, da Lei n. 9.437/1997, em decorrência da continência probatória com o crime de tráfico internacional de drogas, imputado àqueles.

9. De início, cumpre mencionar que o delito imputado aos Pacientes, previsto no art. 10, **caput**, e § 2º, da Lei n. 9.437/1997, não foi praticado em

detrimento a bens, serviços ou interesses de entidades federais, afastando-se, via de conseqüência, a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. Este colendo Superior Tribunal de Justiça perfilha o mesmo entendimento, no sentido de que o porte ilegal de arma de fogo de uso restrito ou proibido não tem o condão de, por si só, determinar a competência da Justiça Comum Federal. Confira, a propósito, o seguinte julgado:

> 'Criminal. Conflito de competência. Arma de uso restrito ou proibido. Contrabando não caracterizado. Inocorrência de lesão ou perigo de lesão aos bens tutelados. Competência da Justiça Comum Estadual.
>
> *I - O porte ilegal de arma de fogo de uso restrito ou proibido não enseja, por si só, a competência da Justiça Federal, ainda mais quando não caracterizada a conexão com os delitos de contrabando, descaminho ou tráfico internacional de entorpecentes (grifei).*
>
> II - Não ocorre, em princípio, lesão ou perigo de lesão à integridade territorial, à Soberania Nacional, ao Regime Representativo e Democrático, à Federação, ao Estado de Direito, ou à pessoa do Chefe dos Poderes da União.
>
> III - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Santo Amaro — SP, o Suscitado.' (CC n. 34.549/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 3ª Seção, DJ de 05.08.2002, p. 201)

10. Noutro eito, ressalta-se que inexiste conexão probatória no caso em testilha, porquanto os processos tidos como conexos já foram julgados, não havendo, pois, que se falar que o crime de porte ilegal de armas seria atraído pela Justiça Federal em virtude do delito de tráfico internacional de drogas. Com efeito, os processos mencionados e em tese conexos tramitaram separadamente — imputação de entorpecentes contra José Antônio Daher; imputação de tráfico de entorpecentes contra Ricardo e Rafael Kelter e porte de arma contra José Antônio Daher, Ricardo e Rafael Kelter (fl. 12).

11. Compulsando os autos, verifica-se que as Ações Penais ns. 99.20.11369-7 e 99.20.12996-8, as quais imputaram aos Pacientes o delito de tráfico internacional de entorpecentes já foram julgadas definitivamente, sendo que quanto ao Paciente José Antônio Daher a mesma já foi executada e, no que concerne aos demais Pacientes, a sentença absolutória foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em sede de apelação.

12. Dessarte, inobstante a suposta ocorrência da conexão probatória entre os crimes perpetrados pelos Pacientes, impende destacar que as ações tidas

como conexas já foram processadas e julgadas, inviabilizando a prorrogação da competência da Justiça Federal, incidindo, na espécie, o teor da Súmula n. 235 deste Pretório, segundo a qual a conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado.

13. No mesmo sentido, confira os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça que ora colaciono:

> 'Conflito de competência. Roubos. Estelionato. Delitos conexos. Processo já sentenciado. Incidência da Súmula n. 235-STJ. Separação dos processos.
>
> Embora exista conexão entre os crimes perpetrados, verifica-se que um deles já encontra-se sentenciado, o que faz incidir a Súmula n. 235 desta Corte. Assim, não procede a pretendida modificação de competência, em face da conexão, alegada pelo Juízo suscitante.
>
> Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Comarca de São Bento — PB.' (CC n. 35.504/PB, Rel. Min. Paulo Medina, 3ª Seção, DJ de 30.06.2003, p. 128)
>
> 'Criminal. Conflito de competência. Conexão. Feito já julgado. Incidência da Súmula n. 235-STJ. Juiz sem jurisdição sobre o processo. Sentença de mérito ou recorrível. Competência do Juízo Federal de Pernambuco.
>
> Não obstante a possibilidade da existência de conexão ou continência na hipótese, não é possível a reunião dos processos, por já existir sentença em um deles.
>
> Ainda que o **decisum** não tenha transitado em julgado, face a recurso defensivo a ser julgado pelo Tribunal **ad quem**, o Julgador anteriormente prevento não exerce mais jurisdição do processo. A lei, ao referir sentença definitiva, quer significar sentença de mérito ou recorrível.
>
> Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, o Suscitado.' (CC n. 38.024/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 3ª Seção, DJ de 30.06.2003, p. 129)"

Ante o exposto, concedo a ordem para firmar a competência da Justiça Comum.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 39.268 — SP (2004/0155482-4)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Impetrantes: Maria Elizabeth Queijo e outro
Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Walter Persson Hildebrand

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Trancamento de ação penal. Crime contra a ordem tributária. Alegação de inépcia da denúncia improcedente. Falta de justa causa configurada. Necessidade de exaurimento da via administrativa para dar início à persecução criminal. Ordem concedida.

1. A peça acusatória preenche os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, expondo o fato delituoso, com todas as suas circunstâncias, qualificando os acusados, classificando o crime e trazendo o rol de testemunhas, além de estar embasada em procedimento criminal, no qual existem provas do fato que, em tese, constitui crime — omissão de informações de rendimentos às autoridades fazendárias, relativos ao exercício de 2000, ano-calendário 1999, com o objetivo de suprimir tributos federais — e indícios de autoria, justificando a instauração de ação penal contra os administradores da empresa autuada.

2. Contudo, o exaurimento da via administrativa passou a ser condição objetiva de punibilidade para os crimes contra a ordem tributária, configurando constrangimento ilegal, por falta de justa causa, dar-se início à persecução penal antes do lançamento definitivo do crédito tributário (STF — HC n. 81.611/DF).

3. Ordem concedida para trancar a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, ficando suspenso o curso da prescrição (STF — HC n. 84.423/RJ).

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Minis-

tros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 05 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ de 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor Walter Persson Hildebrand — denunciado pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 — impugnando acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que denegou a ordem ali impetrada (HC n. 2004.03.00.024505-0), com o objetivo de trancar a ação penal instaurada contra o paciente, em tramitação na 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo (Processo Penal n. 2003.61.81.008824-3).

Sustentam as impetrantes, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal imposto ao paciente em decorrência da instauração de processo criminal, pela suposta prática de delito contra a ordem tributária, quando ainda pendente processo administrativo-fiscal, implicando na ausência de justa causa para a ação penal, além da própria inépcia da denúncia.

O pedido formulado em sede de cognição sumária, objetivando a suspensão da referida ação penal, foi indeferido (fl. 131).

As informações requisitadas foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 137/139) e vieram acompanhadas de cópia do acórdão impugnado (fls. 140/155).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes, opinou pela denegação da ordem (fls. 157/167).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): A peça acusatória preenche, a meu ver, satisfatoriamente, os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, expondo o fato delituoso, com todas as suas circunstâncias, qualificando os acusados, classificando o crime e trazendo o rol das testemunhas (fls. 22/25), além

de estar embasada em procedimento criminal, no qual existem provas do fato que, em tese, constitui crime — omissão de informações de rendimentos às autoridades fazendárias, relativos ao exercício de 2000, ano-calendário 1999, com o objetivo de suprimir tributos federais — e indícios de autoria, justificando a instauração de ação penal contra os administradores da empresa Cerces Comércio e Serviços Empresariais.

Com efeito, não vislumbro, no caso em exame, a presença de nenhuma das hipóteses de rejeição da inicial acusatória, expressamente previstas no art. 43 do referido diploma legal, uma vez que, segundo o Ministério Público Federal, a Auditoria da Receita Federal constatou que a aludida empresa exerceu atividade no ano de 1999, considerando sua movimentação bancária, e como os seus representantes legais não lograram comprovar a origem dos recursos, foram lavrados autos de infração decorrentes de créditos tributários no valor de R$ 9.921.939,50 (nove milhões, novecentos e vinte e um mil, novecentos e trinta e nove reais e cinqüenta centavos), referente à omissão do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

Portanto, não há que se falar em constrangimento ilegal pela inclusão do paciente na denúncia, pelo só fato de ter sido sócio da empresa autuada, no período abrangido pela fiscalização, quando, na verdade, na Ficha Cadastral, sua responsabilidade era de gerência, na época da respectiva constituição (fl. 27), sem registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo de outra pessoa física que tenha exercido o cargo (fl. 28), além do encargo assumido pelo outro denunciado, José Pereira de Melo, pela guarda dos livros e documentos, quando do distrato social ocorrido em 04.01.2001 (fl. 30).

Contudo, no que tange à falta de justa causa para a propositura da ação penal decorrente da ausência de crédito tributário formalizado definitivamente pelo lançamento, não há como negar que a posição adotada pelo acórdão atacado neste *writ* encontra-se divorciada da orientação do Supremo Tribunal Federal, que, quando do julgamento do HC n. 81.611/DF, firmou entendimento, por maioria, no sentido do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, pela concessão da ordem impetrada, por entender que, nos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa (Informativo n. 333-STF).

No referido precedente, consignou-se, também, o fato de que, consumando-se o crime apenas com a constituição definitiva do lançamento, fica sem curso o prazo prescricional.

Desde então, o exaurimento do processo administrativo-fiscal de lançamento passou a ser condição objetiva de punibilidade para os crimes contra a ordem tributária, configurando constrangimento ilegal dar-se início à persecução penal antes do lançamento definitivo do crédito tributário.

Pelo exposto, considerando a existência de recurso na esfera administrativa ainda em andamento (fls. 99/121), junto ao Primeiro Conselho de Contribuintes, *concedo* a ordem impetrada para trancar a ação penal instaurada contra o aludido paciente, em tramitação na 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo (Processo Penal n. 2003.61.81.008824-3), por falta de justa causa, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, após o exaurimento da via administrativa, ficando suspenso o curso da prescrição, conforme a orientação do Supremo Tribunal Federal (HC n. 84.423/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 24.09.2004, p. 42).

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 39.463 — RJ (2004/0159263-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrantes: Cláudio Geoffroy Granzotto e outros

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Júlio César Carvalho Cabral (preso)

EMENTA

Criminal. HC. Tráfico de entorpecentes. Nulidade. Ofensa ao princípio da correlação entre a sentença e a denúncia. **Mutatio libelli**. Supressão de instância. Ordem originária denegada. Existência de recurso próprio. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem não conhecida. **Habeas corpus** concedido de ofício.

I - O pleito de anulação da decisão condenatória, sob os fundamentos de ofensa ao princípio da correlação entre a sentença e a denúncia e

inobservância ao art. 384 do Código de Processo Penal, não foi examinado pelo Tribunal **a quo**.

II - A análise do tema por esta Corte ocasionaria indevida supressão de instância.

III - A existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação da matéria na via do **habeas corpus**, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu.

IV - Ordem não conhecida, mas **habeas corpus** concedido de ofício para cassar o acórdão recorrido, possibilitando que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro examine o mérito do pedido formulado em favor do paciente.

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, não conhecer do pedido, concedendo **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 07 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 02.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Júlio César Carvalho de Souza, visando à anulação da sentença condenatória, com a conseqüente expedição de alvará de soltura em seu favor.

O acórdão impugnado recebeu a seguinte ementa:

"**Habeas corpus**. Tráfico de entorpecentes. Paciente condenado que sustenta ausência de correlação entre a denúncia e sentença com pretensão a reforma da sentença condenatória.

Ausência de informações nos autos sobre impetração de recurso de apelação.

A questão de mérito, qual seja, o exame da adequação da sentença com a denúncia ou com os fatos, é matéria a ser examinada no bojo dos autos da ação penal, vedada seu exame em **habeas corpus**." (Fl. 25)

O paciente foi preso em flagrante e denunciado como incurso nas penas do art. 12, **caput**, da Lei n. 6.368/1976.

Finda a instrução processual, a Magistrada proferiu sentença condenando o réu à pena de 03 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 12, § 2º, inciso III, da Lei n. 6.368/1976.

Inconformada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal **a quo**, sustentando ofensa ao princípio da correlação entre a sentença e a denúncia.

A Corte Estadual denegou a ordem, entendendo que as questões aduzidas na impetração deveriam ser analisadas em sede de apelação criminal.

Daí a presente impetração, por meio da qual se reiteram as alegações originárias, sustentando-se que a sentença não se ateve aos fatos descritos na denúncia, ferindo o disposto no art. 384 do Código de Processo Penal.

Pugna-se, assim, pela anulação da sentença condenatória, com a conseqüente expedição de alvará de soltura ao paciente, tendo em vista o excesso de prazo que seria ocasionado pelo retorno dos autos à fase de instrução criminal.

Informações prestadas às fls. 51/52.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 71).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Júlio César Carvalho de Souza, visando à anulação da sentença condenatória, com a conseqüente expedição de alvará de soltura em seu favor.

O paciente foi preso em flagrante e denunciado como incurso nas penas do art. 12, **caput**, da Lei n. 6.368/1976.

Finda a instrução processual, a Magistrada proferiu sentença condenando o réu à pena de 03 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 12, § 2º, inciso III, da Lei n. 6.368/1976.

Em razões, sustenta-se ofensa ao princípio da correlação entre a sentença e a denúncia, bem como inobservância ao art. 384 do Código de Processo Penal.

Pugna-se, assim, pela anulação da sentença condenatória, com a conseqüente expedição de alvará de soltura ao paciente, tendo em vista o excesso de prazo que seria ocasionado pelo retorno dos autos à fase de instrução criminal.

A irresignação não pode ser conhecida.

O Tribunal **a quo**, ao denegar impetração originária, asseverou:

> "A questão deduzida nestes autos de **habeas corpus** está bem posicionada pelo lúcido Parecer que veio aos autos, quando ficou claro que a pretensão da defesa técnica do Paciente é no utilizar os estreitos limites desta ação mandamental para obter a reforma de sentença condenatória, o que não se admite quer em doutrina como pela dominante jurisprudência.
>
> Paciente que foi denunciado pela Justiça Pública como incurso nas sanções previstas por violação da regra do artigo 12, § 2º, inciso n. III da citada lei.
>
> Ora, o tema há que ser examinado em sua correta sede, qual seja, no bojo do recurso de apelação, e, conforme anotado pelo citado parecer, não há nos autos qualquer informação sobre tal impetração." (Fl. 28)

Verifica-se, portanto, que a matéria em questão não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal **a quo**.

O fundamento utilizado para denegar a ordem originária foi o de que as alegações apresentadas na impetração deveriam ser examinadas na via correta, ou seja, no bojo do recurso de apelação.

Não obstante tal assertiva, o *writ*, justamente por se tratar de ação constitucional, é cabível sempre que se achar em jogo a liberdade do réu, apesar da indigitada existência de recurso específico.

Assim, a existência de recurso próprio para a análise do pleito não obsta a apreciação da matéria na via do **habeas corpus**, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido.

Entretanto, a questão dos autos não pode ser analisada por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Assim, não sendo possível adentrar no mérito da irresignação, não conheço da impetração, mas concedo **habeas corpus** de ofício para cassar o acórdão recorri-

do, possibilitando que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro examine o mérito do pedido formulado em favor do paciente.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 39.630 — SP (2004/0162688-6)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Impetrante: Flávio Américo Frasseto — Procuradoria da Assistência Judiciária
Impetrada: Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: D. G. dos S. (menor)

EMENTA

Criminal. HC. ECA. Desacato. Desobediência. Contravenções penais. Ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa. Supressão de etapas do processamento. Nulidade verificada. Ausência de defensor. Cerceamento de defesa. Inadequação da internação-sanção. Pleito prejudicado. Ordem concedida.

I - Hipótese na qual o Magistrado de 1º grau de jurisdição, ao receber a representação ofertada pelo órgão ministerial e diante da certidão de concordância da adolescente e de sua genitora no tocante à inicial e à medida sócio-educativa sugerida, julgou-a de imediato procedente.

II - Constatando-se a supressão de diversas etapas do processamento, correta a alegação de ofensa ao princípio do devido processo legal.

III - O Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretado de forma sistemática, chegando-se à conclusão de que em todos os casos, independentemente do ato infracional praticado ou da medida socioeducativa porventura aplicável, a nomeação de defensor ao menor é absolutamente necessária.

IV - O direito de defesa é consagrado na Constituição Federal e a tutela do direito de impugnar acusação de eventual prática de delitos ou, como ocorre no presente caso, de ato infracional, interessa, também, ao Estado, na medida em que se procura esclarecer os fatos em busca da verdade real.

V - A prerrogativa constitucional é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou o representado, seu advogado, ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita a acusação e pretenda cumprir a pena.

VI - A instrução probatória configura um dos meios pelo qual o paciente poderia exercer seu direito de defesa, a qual não ocorreu, e a ampla defesa, como princípio constitucional que é, deve ser exercida no âmbito do devido processo legal.

VII - Deve ser anulada a decisão que julgou procedente a representação oferecida contra a paciente, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, com a observância do devido processo legal e a nomeação de defensor para assistir a adolescente.

VIII - Anulada a sentença monocrática, resta prejudicada a alegação de inadequação da imposição de internação-sanção à menor.

IX - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Daiane Geralda dos Santos, visando à anulação do processo que determinou a imposição da medida de liberdade assistida à menor, ou à cassação da decisão que lhe decretou a internação-sanção.

A ementa do julgado tem o seguinte teor:

"**Habeas corpus** — Alegação de constrangimento ilegal, consistente na imposição, de forma regressiva, de medida de internação provisória —

Legalidade — Menor que descumpriu as medidas impostas — **Habeas corpus** denegado." (Fl. 143)

O Ministério Público ofertou representação ministerial contra a paciente pela suposta prática de atos infracionais equiparados aos delitos previstos no art. 21 e art. 42, ambos do Decreto-Lei n. 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais) e art. 330 e art. 331, na forma do art. 69, **caput**, todos do Código Penal.

Sem ter realizado audiência de apresentação, o Magistrado singular, com fundamento no fato de a adolescente ter admitido a prática infracional, julgou procedente a representação e determinou a aplicação da medida sócio-educativa de liberdade assistida, combinada com a prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 04 meses, durante 08 horas semanais (fl. 135).

Posteriormente, com a notícia de que a adolescente não estaria cumprindo a medida aplicada, o Juízo da Execução decretou-lhe a internação-sanção, para sua oitiva (fl. 134).

Inconformada, a defesa impetrou a ordem originária, sustentando a nulidade da decisão que decretou a medida sócio-educativa da liberdade assistida e, conseqüentemente, a impossibilidade de ser exigido seu cumprimento forçado ou coercitivo.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou a ordem de **habeas corpus**.

Daí a presente impetração, na qual se sustenta a ocorrência de ilegalidades no processo, por inobservância do devido processo legal e da ampla defesa, e pelo descabimento da medida de internação-sanção no presente caso.

A medida liminar foi indeferida (fl. 64).

Informações de estilo prestadas às fls. 74/77.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 112).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Daiane Geralda dos Santos, visando à anulação do processo que determinou a imposição da medida

de liberdade assistida à menor, ou à cassação da decisão que lhe decretou a internação-sanção.

A representação ofertada pelo Ministério Público em desfavor da paciente, pela suposta prática de atos infracionais equiparados aos delitos previstos no art. 21 e art. 42, ambos do Decreto-Lei n. 3.688/1941 e art. 330 e art. 331, na forma do art. 69, **caput**, todos do Código Penal, foi julgada procedente pelo Magistrado singular, tendo sido determinada a aplicação da medida sócio-educativa de liberdade assistida, combinada com a prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 04 meses, durante 08 horas semanais.

Em razões, sustenta-se a ocorrência de ilegalidades no processo, por inobservância do devido processo legal e da ampla defesa, e pelo descabimento da medida de internação-sanção no presente caso.

Merece prosperar a irresignação.

Em 14.06.2002, na mesma data do oferecimento da representação, foi juntada aos autos certidão informando que a adolescente e sua responsável teriam sido cientificadas do teor da inicial formulada pelo *Parquet*, tendo concordado com a imposição da medida sócio-educativa de liberdade assistida, combinada com a prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 04 meses, por 08 horas semanais, tal qual sugerido pelo Ministério Público (fl. 18).

Diante disto, na mesma data, o Juízo monocrático proferiu a seguinte decisão:

> "Diante da prática infracional admitida pela adolescente e a sincera disposição em não mais infracionar e, ainda, a menor potencialidade ofensiva da conduta, creio que a medida consensualmente proposta é a que melhor atende aos desígnios do ECA.
>
> Isto posto, julgo procedente a representação e aplico à adolescente Daiane Geralda dos Santos, a medida sócio-educativa de liberdade assistida, pelo prazo necessário à sua ressocialização, c.c. prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 04 meses, oito horas semanais. A adolescente sai advertida de que, o descumprimento injustificado da medida poderá implicar na imposição da medida de internação, pelo prazo de até 3 (três) meses na Febem, na forma do art. 122, inciso III, do ECA." (Fl. 135)

Verifica-se, portanto, o não-atendimento dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, pois não foi respeitado o rito de processamento determinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco foi nomeado defensor à menor.

O Magistrado de 1ª instância, ao receber a representação ofertada pelo órgão ministerial e diante da certidão de concordância da adolescente e de sua genitora no tocante à inicial e à medida sócio-educativa sugerida, julgou-a de imediato procedente e decretou a medida indicada.

Foram suprimidas, portanto, diversas etapas do processamento, pois não foram realizadas a audiência de apresentação, nem a oitiva da adolescente e de seus responsáveis, não foram apresentados defesa prévia e rol de testemunhas, tampouco designada audiência de continuação, para a oitiva das testemunhas, realização de diligências, debates e, aí sim, prolação da decisão.

Correta, assim, a alegação de ofensa ao princípio do devido processo legal.

Por outro lado, também não foi nomeado defensor para acompanhar o trâmite do processo.

O art. 186, § 2º, do ECA determina:

> "Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso."

A partir deste dispositivo, indaga-se se a nomeação de defensor ao menor somente deve ocorrer quando o ato infracional puder ocasionar a aplicação de medida de internação ou semiliberdade.

Entretanto, o art. 111, inciso III, constante do capítulo das garantias processuais do ECA, afirma ser assegurado ao adolescente a defesa técnica por advogado.

Também o art. 207 da referida norma dispõe que "nenhum adolescente a que se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor".

Na verdade o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretado de forma sistemática, chegando-se à conclusão de que em todos os casos, independentemente do ato infracional praticado ou da medida sócio-educativa porventura aplicável, a nomeação de defensor ao menor é absolutamente necessária.

Ademais, o direito de defesa é consagrado na Constituição Federal, que dispõe, no inciso LV do art. 5º que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Dessarte, a tutela do direito de impugnar acusação de eventual prática de delitos ou, como ocorre no presente caso, de atos infracionais, interessa, também,

ao Estado, na medida em que se procura esclarecer os fatos em busca da verdade real.

Dessa forma, o direito de defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou o representado, seu advogado, ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita a acusação e pretenda cumprir a pena.

Na hipótese, um dos meios pelo qual a paciente poderia exercer seu direito de defesa seria a instrução probatória, a qual não ocorreu, e a ampla defesa, como princípio constitucional que é, deve ser exercido no âmbito do devido processo legal.

Sendo assim, incorreta a decisão do Magistrado singular de proferir desde logo a sentença, obstando o processo e impossibilitando a produção de provas.

A corroborar tal entendimento, trago à colação o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

> "Prova — Realização — Defesa — Exercício.
>
> *O direito de defesa confunde-se com a noção de devido processo legal, além de, preservado, atender aos reclamos decorrentes do fundamento da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana — artigos 1º e 5º, inciso LV, da Constituição Federal.* Ambígua a situação, tal direito há de ser viabilizado à exaustão (**Coqueijo Costa**), óptica robustecida quando em jogo o exercício da liberdade de ir e vir."
>
> (HC n. 80.031/RS, DJ de 14.12.2001, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ o acórdão Ministro Marco Aurélio).

No mesmo sentido os precedentes desta Corte:

> "Criminal. ECA. Roubo qualificado. Confissão. Homologação da desistência de produção de outras provas. Cerceamento do direito de defesa. Irrenunciabilidade. Princípio constitucional. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.
>
> I - Hipótese em que, diante da confissão da prática do ato infracional feita pelos adolescentes, desistiu-se da produção de outras provas, o que foi homologado pelo juiz monocrático.
>
> II - *O direito de defesa é consagrado na Constituição Federal, na parte que dispõe que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.".*
>
> III - *A tutela do direito de impugnar acusação de eventual prática de delitos ou, como ocorre* **in casu**, *de ato infracional, interessa, também, ao Estado, na medida em que se procura esclarecer os fatos em busca da verdade real.*

IV - *O direito de defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou o representado, seu advogado, ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita a acusação e pretenda cumprir a pena.*

V - A instrução probatória configura um dos meios pelo qual o paciente poderia exercer seu direito de defesa, o que não ocorreu, sendo que a ampla defesa, como princípio constitucional que é, deve ser exercida no âmbito do devido processo legal.

VI - Deve ser anulada a decisão que julgou procedente a representação oferecida contra os pacientes, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, determinando-se que os adolescentes aguardem o desfecho do processo em liberdade assistida, prejudicadas as demais alegações.

VII - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator."

(HC n. 38.994/SP, DJ de 09.02.2005, de minha relatoria).

"**Habeas corpus**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao tráfico ilícito de entorpecentes. Confissão. Homologação da desistência de produção de outras provas. Cerceamento do direito de defesa configurado. Direito indisponível. Ausência de laudo toxicológico definitivo. Materialidade delitiva não comprovada. Precedentes do STF e do STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o direito de defesa, consagrado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é irrenunciável, ou seja, as partes litigantes não podem dele dispor.

2. O respeito aos princípios do due process of law e da ampla defesa interessa também ao Estado, representado na figura do Ministério Público, na busca do esclarecimento dos fatos e da verdade real. Assim, o juízo menorista, ao homologar a desistência das partes de produzirem provas durante a realização da audiência de instrução, feriu diametralmente o direito constitucional da ampla defesa assegurado ao paciente.

3. É absoluta a nulidade consistente na prolação de sentença condenatória sem a juntada do laudo toxicológico definitivo, do que dispõe o art. 25 da Lei n. 6.368/1976.

4. Precedentes do STF e do STJ.

5. Ordem concedida para determinar a anulação do **decisum** que julgou procedente a representação ministerial oferecida contra o paciente, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, devendo, por fim, o menor aguardar em liberdade assistida o desfecho do processo."

(HC n. 36.238/RJ, DJ de 11.10.2004, Relatora Ministra Laurita Vaz).

Portanto, deve ser anulada a decisão que julgou procedente a representação oferecida contra a paciente, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, com a observância do devido processo legal e a nomeação de defensor para assistir a adolescente.

Cassada a sentença monocrática, resta prejudicada a alegação de inadequação da imposição de internação-sanção à menor.

Diante dos exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

PEDIDO DE EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS N. 39.141 — BA (2004/0152509-6)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Raidalva Alves Simões de Freitas

Impetradas: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Paciente: Djeane Santos Napoleão (presa) e Sueli Silva Napoleão Souza (presa)

EMENTA

Criminal. HC. Pedido de extensão. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação concreta. Revogação. Identidade das situações processuais. Deferimento.

I - A situação processual dos requerentes é idêntica à das pacientes, as quais obtiveram, por acórdão exarado pela Quinta Turma desta Corte, a revogação da custódia preventiva contra elas decretada, com base em motivos que não eram de caráter exclusivamente pessoal.

II - Deve ser deferido o pedido de extensão para revogar a prisão preventiva de Isidro Alves de Souza Neto, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

III - Pedido de extensão deferido, nos termos do voto do Relator.

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, deferir o pedido de extensão em favor de Isidro Alves de Souza Neto, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 07 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 02.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de pedido de extensão, formulado em favor de Isidro Alves de Souza Neto, do julgado proferido, à unanimidade, pela Quinta Turma desta Corte nos autos do presente **habeas corpus**, que concedeu parcialmente a ordem em favor das pacientes Djeane Santos Napoleão e Sueli Silva Napoleão Souza, para revogar a prisão preventiva contra elas decretada.

O aresto possui a seguinte ementa:

> "Criminal. HC. Tráfico e associação para o tráfico. Lei n. 10.409/2002. Interrogatório. Defesa preliminar. Cerceamento de defesa. Nulidade. Inocorrência. Ofensa ao princípio da isonomia não verificada. Excesso de prazo. Feito complexo. Pluralidade de crimes, réus, advogados e testemunhas. Necessidade de expedição de cartas precatórias. Princípio da razoabilidade. Prazo para a conclusão da instrução que não é absoluto. Trâmite regular. Prisão preventiva decretada. Deficiência da fundamentação do decreto. Motivação fulcrada em conjecturas e probabilidades. Circunstâncias referidas que já estão subsumidas no tipo. Necessidade da custódia não demonstrada. Ordem conhecida e parcialmente concedida.
>
> I - A não-aplicação da Lei n. 10.409/2002 à ação penal instaurada contra o paciente, por si só, não enseja nulidade, pois depende da comprovação de prejuízo.
>
> II - Hipótese em que o Juiz Monocrático, após receber a denúncia, se retratou, determinando fosse cumprido o procedimento legal, oportunizando a oferta de defesa preliminar.
>
> III - Tratando-se de processo penal, não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu.

IV - Incidência do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula n. 523 da Suprema Corte.

V - Do princípio da isonomia depreende-se que deve existir igualdade de tratamento entre partes que apresentem paridade de condições. Assim, não se verifica ofensa ao r. princípio quando o Juiz, ao analisar pedido de prisão preventiva, entende não existirem motivos para a determinação da custódia de alguns dos réus e pela necessidade da prisão de outros.

VI - Autos que cuidam de processo criminal complexo, em virtude da pluralidade de crimes a serem apurados, réus (22), advogados e testemunhas, sendo algumas ouvidas mediante a expedição de cartas precatórias, expediente sabidamente demorado.

VII - Por aplicação do princípio da razoabilidade, é justificada a dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, se a demora não foi provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.

VIII - O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto.

IX - O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.

X - Exige-se concreta motivação para o decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

XI - Juízos de mera probabilidade não podem servir de motivação à custódia.

XII - A possibilidade de abalo à ordem pública não pode ser sustentada por circunstâncias que estão subsumidas na gravidade do próprio tipo penal.

XIII - Deve ser revogada a prisão preventiva das pacientes, expedindo-se a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiverem presas, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Ordem conhecida e parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator" (fls. 258/259 — grifo nosso).

Em razões, sustenta-se que o requerente encontra-se em situação idêntica à das pacientes, cujas prisões processuais foram revogadas por ordem de **habeas corpus** emanada desta Corte.

Alega-se, em síntese, que a decisão ordenatória da segregação cautelar também não teria se baseado em fatos concretos, mas apenas discorrido sobre a situação nacional sobre o tráfico de drogas.

Em parecer, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo deferimento da pretensão (fls. 307/311).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de pedido de extensão do acórdão exarado nos autos do presente **habeas corpus**, formulado em favor de Isidro Alves de Souza Neto.

No referido **decisum**, concedeu-se a ordem para revogar a prisão preventiva decretada contra Djeane Santos Napoleão e Sueli Silva Napoleão Souza, por ausência de fundamentação concreta para a custódia cautelar.

Os fundamentos do aresto foram os seguintes:

> "(...) Finalmente, no tocante à alegada ausência de fundamentação da custódia cautelar, melhor sorte assiste ao impetrante.
>
> Assim restou decretada a prisão preventiva (fl. 102), mantida pelo Tribunal **a quo**:
>
> > *'(...) O pedido é deveras consistente, considerando que a matéria tratada nesse expediente é idêntica àquela contida na representação já analisada por este Magistrado e que resultara em decreto de prisão temporária. Aqui também, entendemos a adoção da presente medida preventiva, se torna em parte necessária para preservação da ordem pública e da tramitação processual e ainda para assegurar a aplicação da Lei Penal na hipótese de um decreto condenatório, tudo como preceitua os arts. 311 e seguintes da nossa Lei Adjetiva Penal.'*
>
> O decreto de prisão temporária, por seu turno, teve o seguinte fundamento (fl. 115):
>
> > 'Trata-se de representação de prisão temporária intentada por autoridades integrantes do órgão do Ministério Público Estadual e da Secretaria de Segurança Pública (Polícia Civil) que compõem força tarefa de combate às organizações criminosas, com vistas às prisões cautelares

dos indivíduos aqui nominados a quem são imputados a co-participação de fato delituoso apontado na ultracitada representação.

Entendemos que no caso em tela as hipóteses para representação das prisões temporárias pleiteadas se positivam já que presentes sua motivação, posto que o tráfico de drogas ilícitas pelos seus próprios malefícios, causa comoção no meio social. Há pois, fundadas razões em suporte de provas, em face da materialidade que se vislumbre nos autos.

Assim examinados os autos, dele se extrai a necessidade da medida cautelar com vistas à integral e completa e competente apuração dos fatos, no respectivo inquérito policial que lastreará a denúncia.'

Verifica-se, portanto, que os motivos ensejadores da presente prisão cautelar efetivamente não se sustentam.

Não houve o exame de qualquer fato concreto a justificar a custódia excepcional em relação às pacientes, mas tão-somente juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito.

Neste contexto, os argumentos são insubsistentes, pois tais peculiaridades estão subsumidas no próprio tipo penal.

Da mesma forma, a garantia à ordem pública, na hipótese, não tem o condão de, por si só, sustentar a custódia processual.

Sobressai, portanto, a impropriedade da manutenção da custódia das pacientes, tendo em vista que a determinação de prisão deve ser fundada em fatos concretos que indiquem a sua real necessidade, atendendo aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

(...)

Dessarte, deve ser revogada a prisão preventiva das pacientes, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiverem presas, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Diante do exposto, conheço do *writ*, concedendo parcialmente a ordem, nos termos da fundamentação acima" (fls. 254/256 — grifo nosso).

O decreto de prisão preventiva do requerente, por sua vez, possui idêntico teor, conforme se verifica às fls. 293/296:

"O pedido é deveras consistente, considerando que a matéria tratada nesse expediente é idêntica àquela contida na representação já analisada por este Magistrado e que resultara em decreto de prisão temporária. Aqui também, entendemos a adoção da presente medida preventiva, se torna em parte necessária para preservação da ordem pública e da tramitação processual e ainda para assegurar a aplicação da Lei Penal na hipótese de um decreto condenatório, tudo como preceitua os arts. 311 e seguintes da nossa Lei Adjetiva Penal.

Assim, no se que refere a *Isidro Alves de Souza Neto*, todo devidamente qualificado na exordial é que este Juízo, na esteira do entendimento de que o tecido social se vê rompido pelos atos apontados na representação **in casu** tem se que o requerimento em parte da prisão cautelar em tela, assegurará a viabilização e conseqüente conclusão da ação penal.

Com esse entendimento é que defiro a prisão preventiva em desfavor de: *Isidro Alves de Souza Neto*" (fls. 294/295 — grifo nosso).

Deve, portanto, ser estendida a decisão proferida no presente *writ* ao requerente, pois a decisão concessiva da ordem, conforme se depreende das razões acima transcritas, não foi embasada em motivos de caráter exclusivamente pessoal.

Assim, em obediência ao princípio da isonomia e ao próprio art. 580 do Código de Processo Penal, garante-se igual tratamento a réus que se encontram em situação processual idêntica.

Nesse sentido, o parecer do Ministério Público Federal:

"(...) Tendo em vista, portanto, que os acusados encontram-se na mesma situação processual, eis que os fundamentos de suas custódias são os mesmos, o benefício da revogação da prisão preventiva concedido às co-rés no HC n. 39.141/BA deve ser estendido ao paciente, posto que não é cabível o tratamento diferenciado aos acusados" (fl. 310).

Diante do exposto, defiro o pedido de extensão, para revogar a prisão preventiva de Isidro Alves de Souza Neto, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 569.318 — RS (2003/0151091-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrentes: Paulo Alfredo de Souza Silva, Jackson Maurer Ferreira e Teresinha Marroni

Advogados: Flávio Dickson Machado Ramos e outro

Recorrente: Everardo Willig Medeiros Perello

Advogado: Eliseu Gomes Torres

Recorrente: José Marcelino da Silva

Advogado: Rodrigo Moraes de Oliveira

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Art. 288 do Código Penal. Condição de procedibilidade. Condição objetiva de punibilidade. Inépcia da denúncia. Ausência de descrição individualizada da conduta de cada um dos acusados. Reconhecimento da continuidade delitiva em relação ao delito de sonegação fiscal. Compatibilidade do concurso material com o crime de quadrilha ou bando. **Reformatio in pejus**. Reexame de prova. Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

I - O art. 83 da Lei n. 9.430/1996 não criou, como regra geral, qualquer óbice para a atuação do Ministério Público (art. 129, I e VIII da Carta Magna).

II - A existência de procedimento administrativo não tem o condão de, em princípio, e por si só, obstar formalmente uma apuração criminal, mormente, quando a imputação versa **v.g.**, sobre omissão de informações às autoridades fazendárias, fraude por meio de omissão de lançamento de operações realizadas nos livros exigidos pela lei bem como o não-fornecimento de nota fiscal obrigatória relativa à prestação de serviços efetivamente realizados.

III - O cerne da questão se limita ao juízo de admissibilidade da demanda, de caso a caso, na forma exposta nos arts. 41 e 43 do CPP.

IV - Não é, em princípio, indispensável a descrição pormenorizada de cada conduta delitiva no caso de imputação de crime societário. A exigência legal é, aí, mitigada. (Precedentes do Pretório excelso e do STJ)

V - O reconhecimento da continuidade delitiva quanto ao crime contra a ordem tributária não obsta a caracterização do delito previsto no art. 288 do Código Penal. (Precedentes)

VI - Em recurso exclusivo da defesa é vedado, porquanto **reformatio in pejus**, agravar a situação do réu. Afastada a aplicação da majorante do concurso formal.

VII - Não se conhece do recurso especial na parte que, para o seu objetivo, exige o reexame da **quaestio facti** (Súmula n. 7-STJ).

VIII - O dissídio pretoriano deve, em regra, preencher os requisitos estabelecidos nos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC c.c. o art. 3º do CPP. É indispensável o cotejo analítico, com a demonstração da similitude fática das situações, entre o v. acórdão recorrido e o eventual paradigma colacionado.

Recurso especial de Everardo Willig Medeiros Perello parcialmente provido.

Recurso especial de Teresinha Marroni parcialmente conhecido e, neste ponto, desprovido.

Recurso especial de Paulo Alfredo de Souza Silva e de Jackson Maurer Ferreira parcialmente provido.

Recurso especial de José Marcelino da Silva desprovido.

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 por Everardo Willig Medeiros Perello, Paulo Alfredo de Souza Silva e Jackson Maurer Ferreira, dando-lhe parcial provimento; conhecer do recurso interposto por José Marcelino da Silva, mas lhe negar provimento e conhecer parcialmente do recurso interposto por Terezinha Marroni, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente: Dr. Flávio Dickson Machado Ramos (pelos recorrentes: Paulo Alfredo de Souza Silva, Jackson Maurer Ferreira e Terezinha Marroni).

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

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 28.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Tratam-se de recursos especiais interpostos em favor de Everardo Willig Medeiros Perello, José Marcelino da Silva, Paulo Alfredo de Souza Silva, Jackson Maurer Ferreira e Teresinha Marroni em face de v. acórdão prolatado pela colenda Sétima Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da Apelação Criminal n. 2001.04.01.035499-6/RS.

Diz o relatório do increpado acórdão:

"O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Paulo Alfredo de Souza Silva, Jackson Maurer Ferreira, Daniel Leite Casagrande, Francisco Fernando Carlos de Carvalho e Everaldo Willig Medeiros Perello, perante a 1ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre, imputando-lhes a conduta descrita e que, em tese, autoriza a sanção objeto do artigo 1º, I, II e V, da Lei n. 8.137/1990 c.c. o art. 71 do CP e do art. 288, **caput**, também do CP.

Narra a denúncia que:

"Os denunciados, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, na Cidade de Porto Alegre — RS, à frente de uma sociedade de fato, economicamente ativa, instituída para assessoria na obtenção de parcelamento frente ao INSS, e fazendo uso de duas empresas denominadas de laranjas (Sulriograndense de Consultoria Fiscal e Representações Comerciais e RM Consultoria Ltda), que se encontraram em nome de diversas pessoas (sócios laranjas), sendo os quatro primeiros denunciados, desde 31.08.1988, e o quinto denunciado, desde a data de 16.10.1992, e todos até o ano-base de 1996, com a finalidade de suprimirem tributos e contribuições sociais devidos (Imposto de Renda Pessoa Jurídica, PIS/Repique, Finsocial, Cofins e Contribuição Social), bem como seus acessórios, omitiram informações às autoridades fazendárias, fraudaram a fiscalização tributária omitindo operações de qualquer natureza, em livro exigido pela lei fiscal, bem como deixaram de fornecer nota fiscal obrigatória, relativa a prestações de serviços efetivamente realizada.

(...) E todos até então, estão associados em quadrilha com a finalidade de cometerem crimes contra a ordem tributária, de forma a suprimirem tributos, ou contribuições sociais e acessórios, que eram devidos (Imposto de Renda Pessoa Jurídica, PIS/Repique, Finsocial, Cofins e Contribuição Social), em virtude da aludida sociedade de fato haver repercutido no mundo jurídico tributário".

A denúncia foi recebida em 10.03.1998, momento em que indeferido o pedido de prisão preventiva dos denunciado (fls. 02/03). Devidamente citados (fls. 588, 605, 606, 767/verso), foram os réus interrogados (fls. 756/760, 761/765, 842/844, 845/848, 852/855). Após regular instrução, com a oitiva de 15 testemunhas, todas de acusação (fls. 925/verso, 952/966, 974/985, 1.004/1.007, 1.085, 1.205/1.206) de vez que as defesas concordaram com a desistência da oitiva das testemunhas que arrolaram. Em 30.09.1998, o Ministério Público Federal aditou a denúncia (fls. 1.028 a 1.034 — final do 3º volume) a fim de incluir Auro da Silva Pratti, Geni Never Garcia, José Marcelino da Silva e Teresinha Marroni, como incursos nas sanções dos mesmos artigos e incisos da Lei n. 8.137/1990 e do CP, sendo os 2 primeiros denominados sócios 'laranjas' das empresas Sulriograndense de Consultoria Fiscal e Representações Comerciais e RM Consultoria Ltda O aditamento foi recebido no termo de audiência, em 30.05.1998 (fl. 1.049).

Os denunciados foram citados (fls. 1.051, 1.067 e 1.105) e interrogados (1.087/1.090). Face ao óbito noticiado em relação à ré Geni Neves Garcia (fl. 1.124), foi declarada a extinção de sua punibilidade (fls. 1.131/1.132). Nada foi requerido no prazo do art. 499 do CPP (fls. 1.234/verso e 1.237). Apresentaram as partes, então, suas alegações finais, tanto o Ministério Público Federal (fls. 1.376 a 1.459) como as defesas (1.472/1.483, 1.484/1.496, 1.504/1.516, 1.523/1.533, 1.534/1.542, 1.543/1.550).

Foi, então, em 08.03.2001 (fl. 1.655), publicada sentença (fls. 1.583/1.654). O veredito foi no sentido de condenar Paulo Alfredo de Souza e Silva, Jackson Marurer Ferreira e Francisco Fernando Carlos de Carvalho às penas de 9 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão e 200 dias-multa, na razão de 3 salários mínimos por dia; Teresinha Marroni, às penas de 8 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão e 160 dias-multa, na razão de 1/5 do salário mínimo por dia; Everardo Willig Medeiros Perello, José Marcelino da Silva e Auro da Silva Pratti às penas de 5 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão e 100 dias-multa, na razão de 1/5 do salário mínimo por dia, em relação aos dois primeiros e 1/30 em relação ao último, com base nos art. 1º, inciso I e II, da Lei n. 8.137/1990 e art. 288, c.c. os arts. 29, 69 e 71, todos do CP e absolver Daniel Leite Casagrande, com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP.

Inconformadas com a decisão, as defesas interpuseram recurso de Apelação. A de Paulo, Jackson e Teresinha (fls. 1.745/1.800) sustenta o prejuízo decorrente da falta de oitiva das testemunhas de defesa, diante

do cancelamento do auto de infração que embasou a denúncia. Refere que a denúncia condenou os réus por três crimes, sendo apenas dois os narrados na denúncia em face da sociedade de fato, violando-se o princípio da correlação e operando-se a **mutatio libelli**, sem as cautelas do art. 384 do CPP. Argumenta a inexistência da tipicidade, pois, tratando-se de crime material (art. 1º da Lei n. 8.137/1990), deveria estar manifesta a materialidade, não verificada face à inexistência do crédito tributário, pois ausente o auto de lançamento definitivo. Aduz, a necessidade de reclassificação do delito para o previsto no art. 2º, inciso I, da referida lei. Assevera a inexistência de provas acerca da autoria dos delitos imputados aos apelantes, bem como a exacerbação das penas aplicadas, impondo-se a redução da pena-base e da pena de multa aplicada, bem como do patamar eleito para aumento em face da continuidade delitiva (2/3). Argumenta que não individualizada a pena, para fins da contagem da prescrição, restando extinta a punibilidade e relação aos fatos praticados anteriormente à vigência da Lei n. 8.137/1990. Acrescenta a inexistência de provas acerca da autoria e da materialidade contra os apelantes face à decisão do Conselho dos Contribuintes da Receita Federal que decidiu pela ilegitimidade das partes no que concerne à exigência do crédito tributário, desaparecendo a justa causa para o prosseguimento do processo, pois o auto de infração é nulo. Os Apelantes seriam prestadores de serviços e não parte das sociedades de fato, sendo totalmente divergentes os objetivos da ACTA e da Sulriograndense. Por derradeiro, refere que não há omissão dos valores contratados pela ACTA, pois as cessões de crédito foram formalmente registradas e os tributos pagos e que os valores percebidos pelos Recorrentes não são milionários.

Francisco, a seu turno (fls. 1.834/1.893), alega a nulidade do feito, face à não-oitiva das testemunhas de defesa, de vez que o Magistrado levou os acusados a crer, induzindo-os em erro, que os absolveria, diante do cancelamento do auto do infração e de precedente do STJ sobre a matéria. Invoca a Súmula n. 523 do STF. Afirma que a sentença é **ultra** e **extra petita**, de vez que a imputação atribuiu aos réus um crime de sonegação fiscal em continuidade delitiva (e não dois, como considerado em sentença), em concurso material com o delito previsto no art. 288 do CP. Aduz que há continuidade delitiva entre os crimes de sonegação fiscal, não cúmulo material, devendo o julgador ter adotado as providências do art. 384 do CPP. Revela a existência de atipicidade, pois não havia tributo a ser pago. Quanto ao crime de quadrilha, refere que a não-

consumação do crime-fim (sonegação), impede a sua ocorrência. Ademais, não fez parte da sociedade de fato. Refere a necessidade de desclassificação para o crime previsto no art. 2º da Lei n. 8.137/1990. Afirma que os pagamentos que recebeu são devidos a negócios formulados entre João Vicente Fontela Duarte, de quem era procurador, e Edson de Araújo Marques, sendo utilizada a conta do Apelante para o pagamento de valores a João Vicente. Refere que a mudança de contas para o Banco Boa Vista deveu-se exclusivamente face mudança da então gerente. Assevera que a pena-base deve ser diminuída, face à culpabilidade, os antecedentes do réu e as circunstâncias do delito não lhe desabonarem. Argumenta a ocorrência de **bis in idem**, visto que a continuidade delitiva em relação às empresas Sulriograndense e RM levaram em consideração os mesmos períodos, ou seja de janeiro de 1990 a setembro de 1992, restando prescritos os fatos anteriores à Lei n. 8.137/1990. Por derradeiro, requer a diminuição da pena de multa fixada.

Everardo, em suas razões (fls. 1.990/2.025), sustenta a indução em erro que impediu a ampla defesa do Apelante, que desistiu da oitiva das testemunhas que arrolara. Aduz as lacunas da denúncia, bem como sua imprecisão frente à participação do Recorrente, reputando-a inepta. No mérito infere que não há correlação entre a acusação contida na denúncia e as conclusões da sentença, eis que a inicial não lhe imputa crime anteriormente a 16.10.1992, anteriormente à existência da ACTA, ou seja foi condenado por sonegação fiscal referentemente à empresa Sulriograndense, da qual somente recebeu valores inexpressivos e provenientes de honorários advocatícios diante de ação de mandado de segurança que acompanhou. Prestou serviços jurídicos, sim, para a ACTA, nisso restringindo-se sua atuação, sem qualquer vinculação nas decisões da sociedade. Afasta a tipicidade penal, pois reputa a legalidade nos procedimentos da ACTA, referindo o procedimento administrativo acostado aos autos (fls. 1.801/1.808), afastando com isso o crime de quadrilha. Pugna pela redução da pena aplicada, tanto a privativa de liberdade, como a de multa, entendendo inaplicável o art. 71 do CP.

A defesa de Daniel (fl. 2.060) pugna pela retificação do fundamento legal em que baseada a absolvição do inciso VI, para o inciso IV, do art. 386 do CPP.

Auro (fls. 2.061/2.114) repisa a tese de indução em erro aduzida em audiência pelo Magistrado condutor do feito, alegando a nulidade da sentença. Aduz a inépcia da denúncia, por violação ao art. 41 do CPP,

apenas aludindo a Auro como laranja, sem especificar sua participação. Refere a ausência de materialidade, pois o auto de lançamento que existia fora cassado e, em seu lugar, não se lavrou novo auto. Pugna pela reclassificação do delito para o previsto no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990. Aduz que sua atuação da Sulriograndense deu-se por gratidão a Edson Marques, sem consciência das atividades desenvolvidas pela empresa, tendo agido de boa-fé, acreditando que estava dentro da legalidade, sendo induzido a agir por erro. Refere a falta de justa causa para o prosseguimento do processo, diante da decisão do Conselho dos Contribuintes da Receita Federal. Requer a extinção da punibilidade em face do delito de quadrilha, por operada a prescrição. Ademais, frente ao crime continuado, tratando-se de crime único, há incompatibilidade de configuração do delito do art. 288 do CP. Argumenta que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, bem como pugna pelo reconhecimento da confissão e pelo aumento face à continuidade delitiva também no mínimo e que seja reconhecida a participação de menor importância, nos termos no art. 29, § 1º, do CP, do que decorre a substituição da pena carcerária pela restritiva de direitos.

José Marcelino (fls. 2.119/2.138) sustenta a nulidade: a) do feito, por macular o direito de defesa; b) da imputação, pois a acusação não foi determinada nem explícita, ferindo o art. 41 do CPP. Refere a prescrição relativa ao crime do art. 288 do CP e a atipicidade da conduta, por ausência de prova da materialidade, visto que não foi lavrado novo auto de lançamento. Pugna pela absolvição, visto que o réu nunca assinou qualquer documento em branco, apenas havendo prestado serviços para a Sulriograndense, levando a pagamento algumas DIRPJs e obtendo a segunda via da identidade de um dos co-réus. Pede a aplicação do princípio do **in dúbio pro reo**. Quanto à pena, refere que inteiramente favoráveis as operadoras do art. 59 do CP e que incabível a majoração máxima pela continuidade delitiva, referentemente aos delitos de sonegação fiscal e de quadrilha.

A Procuradoria Regional da República ofereceu parecer (fls. 2.141/2.160), opinando pelo improvimento dos recursos, tendo em vista a higidez da sentença recorrida, não havendo qualquer induzimento na dispensa da oitiva de testemunha. Aduz a independência entre as instâncias administrativa e penal citando ensinamentos e decisões a respeito do tema. Argumenta a suficiência da prova da materialidade, da autoria e do elemento subjetivo dos tipos penais, reportando-se aos termos das

alegações finais do Ministério Público Federal. Indica o respeito ao princípio da correlação entre a acusação e a condenação, bem como a inocorrência da prescrição relativa ao crime de quadrilha. Quanto à dosimetria das penas, indica seu acerto. Referentemente à conduta de Everardo, alega que esta foi individualizada, e ainda que não houvesse, a matéria já estaria preclusa, pois a questão não foi suscitada no momento oportuno" (fls. 2.169/2.171 verso).

Tem-se na ementa:

"Penal. Crimes contra a ordem tributária. Art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/1990. Processo Penal. Independência entre as esferas penal e administrativa. Inexistência de condição de procedibilidade. Denúncia. Crime societário. Inteligência do art. 41 do Código de Processo Penal. Inépcia rejeitada. Correlação entre a denúncia e a sentença. Quadrilha. Caracterização. Crime continuado. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritivas de direito.

1. O nosso ordenamento jurídico é regido pela independência entre as esferas penal e administrativa, além de que, a decisão administrativa existente no caso não exclui a responsabilidade tributária ou nega a existência do débito, mas apenas aponta defeitos formais de qualificação do responsável tributário.

2. Em sede crimes contra a ordem tributária, a representação fiscal a que se refere o art. 83 da Lei n. 9.430/1996 não é condição de procedibilidade para a promoção da ação penal, podendo o Ministério Público, no exercício de sua competência legal, valer-se de quaisquer outros elementos informativos da ocorrência do delito para oferecer a denúncia (STF, ADIn n. 1.571-1).

3. Os requisitos da denúncia previstos no art. 41 do CPP visam permitir ao acusado defender-se do que está sendo acusado, assegurando-se o direito à ampla defesa previsto no art. 5º, inciso LV, da CF. Nos crimes societários, em que nem sempre é possível apurar-se a exata conduta de cada envolvido, admite-se que a denúncia contenha acusações genéricas, relegando-se para a instrução do processo a definição do papel desempenhado pelos denunciados na atividade delituosa.

4. Não há discrepância entre o que consta na denúncia e o que decidiu a sentença, menos ainda falta de correlação entre a imputação e o decreto condenatório, se a acusação e a condenação versam sobre os mesmos fatos e em nenhum momento foram os acusados prejudicados.

5. Ausentes elementos instrutórios contundentes e inequívocos a atestar a vontade ou mesmo a assunção do risco de beneficiar-se pessoalmente ou a outrem, através da constituição de uma sociedade de fato, mediante a utilização de sociedades 'laranjas', por intermédio da sonegação fiscal, absolve-se o réu por insuficiência de provas.

6. Caracteriza-se o crime de quadrilha pelo vínculo associativo permanente entre mais de três pessoas com a finalidade de praticar crimes, no caso de sonegação fiscal em caráter organizado e de forma reiterada.

7. Perpetrando-se a ação criminosa ao longo dos anos, com pequenas diferenças no **modus operandis**, sem no entanto tornar a segunda etapa em crime distinto da primeira, caracterizado está o crime continuado. No cálculo da continuidade delitiva, o aumento deverá considerar a participação em ambas as etapas ou apenas numa, bem como eventual prescrição.

8. Reconhece-se a existência de concurso formal entre os crimes do art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/1990, praticados em continuidade delitiva, somando-se a este resultado o crime de quadrilha em concurso material.

9. Preenchidos os requisitos do artigo 44 do CP, a pena corporal para os Apelantes condenados até 04 anos de reclusão pode ser substituída por restritivas de direitos, no caso, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas (CP, art. 43, IV) e prestação pecuniária (CP, art. 43, I), devendo-se quanto aos demais condenados ser expedido, de pronto, mandado de prisão" (fls. 2.194/2.194 verso).

Em face disso foram interpostos os presentes recursos especiais todos com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da **Lex Fundamentalis**.

Em seu apelo, o recorrente Everardo Willig Medeiros Perello alega que o egrégio Tribunal **a quo** "além de violar os arts. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990 e 617 do Código de Processo Penal, deu interpretação divergente da atribuída por outros tribunais, quanto à possibilidade de: a) haver configuração típica do crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, sem a existência de imposto constituído na esfera própria; b) incidir, cumulativamente, na pena do Recorrente aumentos por força do concurso formal próprio (art. 70 do CP) e do crime continuado (art. 71 do CP); e c) tipificar-se o delito previsto no art. 288 do Código Penal, em se tratando de continuidade delitiva" (fl. 2.215).

Já no recurso especial interposto em benefício de Teresinha Marroni, sustenta-se, em suma, que a conduta praticada pela recorrente é atípica e que o delito previsto no art. 288 do Código Penal não restou caracterizado.

No apelo nobre interposto em favor de Paulo Alfredo de Souza e Jackson Maurer Ferreira, por sua vez, busca-se demonstrar a impossibilidade de caracterização de crime contra a ordem tributária sem a prévia constituição do crédito tributário e pretende-se a reclassificação da conduta praticada pelos recorrentes para a prevista no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 por não ter sido demonstrado a supressão ou redução de tributo. Argumenta-se, ainda, que o delito de quadrilha ou bando não restou caracterizado e que a reprimenda imposta não restou devidamente fixada, porquanto não se mostra devido o duplo aumento operado pelo egrégio Tribunal **a quo** em razão do concurso formal e do crime continuado, mormente em se tratando de recurso exclusivo da defesa.

Por fim, no apelo excepcional interposto em benefício de José Marcelino da Silva, sustenta-se, em suma, a inépcia da denúncia e que não restou demonstrada a materialidade do delito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990.

Contra-razões apresentadas.

Admitidos os recursos, subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo não-conhecimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Tratam-se de recursos especiais interpostos em favor de Everardo Willig Medeiros Perello, José Marcelino da Silva, Paulo Alfredo de Souza Silva, Jackson Maurer Ferreira e Teresinha Marroni em face de v. acórdão prolatado pela colenda Sétima Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da apelação criminal n. 2001.04.01.035499-6/RS.

De início, analiso o recurso interposto por Everardo Willig Medeiros Perello.

Em primeiro lugar, em relação à alegada violação ao art. 1º da Lei n. 8.137/1990 argumenta o recorrente que "seja qual for a tese jurídico-penal adotada, uma conclusão é inafastável e inquestionável frente à luz do art. 1º da Lei n. 8.137/1990 (crime material): *inexiste tipicidade no fato objeto do presente processo, uma vez que não houve, como exige o tipo para sua configuração: 'supressão ou redução de tributo ou contribuição social', uma vez que não há tributo*." (Fl. 2.228)

Em que pese os argumentos trazidos pelo recorrente, neste ponto a irresignação não merece prosperar, senão vejamos:

No **punctum saliens**, tem-se na r. sentença condenatória, **in verbis**:

"*2. Fundamentação*

2.1. Independência das Instâncias

Preliminarmente, friso que a questão da independência das instâncias cível e penal é matéria já exaustivamente apreciada pela jurisprudência, fazendo referência que tal entendimento foi a razão de o Supremo Tribunal Federal conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 83 da Lei n. 9.430/1996, para afirmar que a representação fiscal para fins penais da Receita Federal não é condição de procedibilidade para a ação penal (ADIMC n. 1.571/DF, Plenário, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 25.09.1998, p. 11).

No mesmo sentido é a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> 'Ementa: Processo Penal. RHC. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Denúncia inépta. Falta. Justa causa. Ilícito administrativo. Erro de proibição. Extinção de punibilidade. Art. 34 — Lei n. 9.249/1995. 1. (...) 2. *A ausência de ilícito administrativo não importa na inexistência de ilícito penal, ante a independência das instâncias e autonomia das sanções.* 3. A matéria referente ao desconhecimento da ilicitude do fato, incidindo o paciente em erro de proibição, importa em exame aprofundado do conjunto fático-probatório, vedado na via eleita, a justificar a falta de justa causa para a ação penal. (...) 6. Recurso improvido.' (RHC n. 6.426, STJ, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Data da decisão 18.12.1997, DJ de 16.02.1998, p. 130).

Destarte, inexistindo vinculação à decisão prolatada na esfera administrativa, passo a analisar, com base na farta documentação acostada aos autos, a ocorrência, ou não, de ilícito penal tributário; primeiramente, contudo, analiso o teor daquela.

2.2. Decisão prolatada pelo Conselho de Contribuintes

Foi cancelado o auto de infração que embasou o oferecimento de denúncia por decisão prolatada pela Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no julgamento do Recurso n. 117.029, ocasião em que foi prolatado o Acórdão n. 101-92.338, fls. 1.144/1.162.

Analisando o teor da decisão administrativa referida, constata-se que esta *não se arvorou na inexistência de ilícito tributário; pelo contrário*, em sua fundamentação consta que *ilícito tributário houve*.

Foi acolhida, para cancelar o auto de infração constante nos autos, a preliminar de ilegitimidade passiva da sociedade de fato, ou seja da 'Paulo Alfredo Souza Silva e outros', em decorrência de impropriedades no lançamento tributário contra esta, consubstanciadas na tributação em duplicidade dos integrantes da sociedade de fato titulares das pessoas jurídicas, caracterização das irregularidades tributárias como prestação de declarações inexatas às autoridades fazendárias e não como omissão de rendimentos, com reflexos sobre a base de cálculo a ser considerada para a tributação, bem como sobre a alíquota e as penalidades administrativas.

O primeiro aspecto referido, duplicidade de tributação dos sócios das pessoas jurídicas envolvidas, é assim tratado no acórdão, **in verbis**:

'A decisão recorrida afirma que não se cogita nos presentes autos da desconsideração da personalidade jurídica mas sim de tributação de uma unidade econômica ou profissional, independentemente de estar a pessoa jurídica regularmente constituída.

Este posicionamento adotado pela autoridade julgadora cria um impasse de proporções monumentais e conduz para uma situação insolúvel.

Os sócios Paulo Alfredo de Souza Silva e Jackson Maurer Ferreira, como sócios de direito da ACTA — Assessoria Tributária Ltda, estão *sendo indiciados em duplicidade, ora como sócio de fato de Paulo Alfredo de Souza e Silva e outros e também como sócio da ACTA — Assessoria Tributária Ltda* e este fato traz à tona um fenômeno que poderia dizer, no mínimo, estranho e estabelecendo uma confusão, ou seja, responsabilidade pela sociedade de fato e responsabilidade como sócio de direito de uma pessoa jurídica que foi desconsiderada a sua personalidade jurídica.

(...)

Por sua vez, a caracterização das irregularidades como prestação de declarações inexatas, ao invés de simples omissão de receitas, é abordada nos seguintes termos:

Entretanto, mesmo neste período, permanece o problema relacionado com as notas fiscais emitidas pela ACTA — Assessoria Tributária Ltda e que, tendo em vista o que os artigos 7º e 8º do Decreto-Lei n. 1.648/1978 só veio a ser revogado pela Lei n. 8.981/1995 porquanto os valores constantes das notas fiscais constituem infração conhecida como *declaração inexata ou falta de apresentação da declaração de rendimentos* e não omissão de receitas.

A ACTA — Assessoria Tributária Ltda é uma pessoa jurídica regularmente constituída por sócios da sociedade de fato e como tal, as notas fiscais emitidas pela pessoa jurídica devem ser aceitas como receita conhecida.'

Posteriormente, considera que o fato de a empresa firmar contratos e passar a execução para um empresa fantasma caracteriza, de fato, omissão de receita:

Se esta pessoa jurídica legalmente constituída assinou contratos de prestação de serviços e repassou a execução de parte de serviços para RM Consultoria Ltda que não passava de empresa fantasma, *significa que a ACTA omitiu a receita correspondente aos contratos assinados*.'

(...)

Por fim, expõe a possibilidade de formalização de exigência de crédito tributário em face dos administradores das pessoas jurídicas legalmente constituídas:

Nestas condições, entendo que existem muitas dificuldades a serem vencidas para prosperar a tese da sociedade de fato como foi colocada nos autos e tendo em vista que todo o trabalho de investigação foi realizado pela fiscalização e que *é possível, ainda a formalização de parte exigência do crédito tributário, responsabilizando pelos créditos tributários devidos pelos administradores pessoas jurídicas legalmente constituídas, embora fantasmas*, opino pelo acolhimento da preliminar de erro de identificação do sujeito passivo.'

Ou seja, ilícito tributário *houve*, inclusive com repercussões na seara penal, como será devidamente exposto quando da análise do mérito.

Outrossim, cabe expor que foi o entendimento de que a decisão do Conselho de Contribuintes não decidiu o mérito da lide fiscal que, aliado à independência das instâncias, embasou o julgamento do **Habeas Corpus** n. 1999.04.01.03138-3/RS — impetrado em favor do réu Francisco de Carvalho, sob o fundamento da falta de justa causa para o prosseguimento da presente ação penal, em virtude da decisão que cancelara o auto de infração — pela Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ocasião, em que, por unanimidade, foi denegada a ordem postulada. O aludido aresto assim foi ementado:

"**Habeas corpus**. *Direito Penal. Crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha. Auto de infração. Anulação.*

1. Em princípio, pode-se afirmar que *a instância penal, em se tratando de delito tributário, independe da instância administrativa*. Isso equivale dizer, que a regular e definitiva constituição do crédito tributário não é condição de procedibilidade para o oferecimento de denúncia. Obviamente, esta afirmação deve ser analisada com os necessários temperamentos, ou seja, com **granus salis**, sempre tendo em vista o caso concreto, tudo ditado pelo bom senso e pelo princípio da eqüidade jurídica, indispensáveis em se tratando de aplicação e interpretação das leis. *Poderá haver casos em que a decisão proferida em processo administrativo-tributário afasta a tipicidade ou a ilicitude. Este exame ponderado de viabilidade da acusação penal nestes casos deverá e poderá ser feito pelo Poder Judiciário.*

2. Todavia, *ainda que tenha havido, através de procedimento administrativo-fiscal, o cancelamento do auto de infração que originou a denúncia, penso que não é o caso de prematuramente afastar qualquer responsabilidade penal que pode eventualmente advir de tudo o que foi constatado pelos técnicos da Receita Federal, por uma razão muito simples: a decisão do Conselho de Contribuintes não entrou no mérito da questão.* Não disse se houve ou não a sonegação apontada pelos Srs. Auditores. Apenas apontou diversas falhas de ordem formal existentes no auto de infração, falhas estas que inviabilizaram a perfeita identificação do sujeito passivo da obrigação. E isto, positivamente, não afasta eventual responsabilidade criminal por parte dos autuados, dentre os quais se inclui o paciente.

3. Havendo justa causa, legítimo o prosseguimento da ação penal.

4. Ordem de **habeas corpus** denegada.

As razões constantes no referido acórdão, relatado pelo MM. Juiz Vilson Darós, são esclarecedoras:

'Analisando o recurso, *o Conselho de Contribuintes, acolhendo a argüição de ilegitimidade passiva da sociedade de fato*, que havia sido compulsoriamente inscrita no Cadastro de Contribuintes, *cancelou os autos de infração*.

Ainda que haja uma certa confusão entre os números da representação fiscal e do procedimento administrativo que lhe deu origem, o que retira a certeza de que as cópias da decisão que anulou o auto de infração e que constam destes autos é o resultado do mesmo auto de infração fiscal que originou a ação penal que o impetrante pretende ver trancada,

tudo leva a crer que efetivamente trata-se do mesmo auto de infração. E é desta premissa que se parte para analisar o presente pedido.

Tenho que, *em que pese o cancelamento do auto de infração que originou a denúncia, não é o caso de prematuramente afastar qualquer responsabilidade penal que pode eventualmente advir de tudo o que foi constatado pelos técnicos da Receita Federal, por uma razão muito simples: decisão do Conselho de Contribuintes entrou no mérito da questão.* Não disse se houve ou não a sonegação apontada pelos Srs. Auditores. Apenas apontou diversas falhas de ordem formal existentes no auto de infração, falhas estas que inviabilizaram a perfeita identificação do sujeito passivo da obrigação.

E qual foi a falha apontada pelos julgadores do recurso? O auto de infração foi lavrado em nome da sociedade de fato Paulo Alfredo Souza Silva e outros, a qual apresentava como sócios de fato todos os denunciados, inclusive o paciente, mais a empresa ACTA — Assessoria Tributária Ltda. No entanto, dizem os conselheiros, o fato de o auto de infração imputar a pessoa jurídica regularmente constituída como sócio de fato de uma sociedade de fato, criou uma situação insustentável sob o ponto de lançamento tributário e de sistemática de tributação, que tem por base o lucro arbitrado. A empresa existente juridicamente tinha receita bruta conhecida, ainda que parcialmente, o que deveria ter orientado a autoridade lançadora.

Por tudo isto, conclui o Relator, 'entendo que existem muitas dificuldades a serem vencidas para prosperar a tese da sociedade de fato como foi colocada nos autos e tendo em vista que todo o trabalho de investigação foi realizado pela fiscalização e que é possível, ainda, a formalização de parte da exigência do crédito tributário, responsabilizando pelos créditos tributários devidos pelos administradores de pessoas jurídicas legalmente constituídas, embora fantasmas, opino pelo acolhimento da preliminar de erro de identificação do sujeito passivo'.

Ora, pelo que se percebe da leitura do voto da autoridade administrativa, de maneira alguma, conforme sustenta a impetração, pode-se concluir, nesta estreita via, e fora do regular processo, que todos os fatos narrados na denúncia não ocorreram e que, portanto, estaria afastada a tipicidade. *Tanto é assim, que a conclusão do voto do recurso é pela possibilidade da formalização, ainda, de parte dos créditos tributários. Obviamente, os vícios de forma detectados no processo administrativo não podem ser óbices para a regular instauração de processo criminal.*

Em sendo assim, ou seja, reconhecendo que ainda seria possível a formalização em tese do lançamento, é porque todo o criterioso trabalho desenvolvido pelos Auditores da Fazenda, realizado dentro da lei, *pode e deve ser apurado criminalmente*, pois ele, em princípio, não foi fruto da imaginação e criação destes técnicos.

Por tudo isto, já que toda a questão necessita ser devidamente apurada, penso que neste caso concreto, é de se aplicar em sua integralidade o princípio da independência entre as esferas administrativas e penal, uma vez que não vejo incoerência lógica entre os sistemas (civil e penal) que possa vir a causar a denúncia criminal pelos fatos em questão, ainda que o Conselho tenha proferido decisão no sentido de anular o auto de infração. Não vejo onde isto possa ferir a unicidade do ordenamento jurídico.

Trancar a ação penal, olvidando-se que o julgamento do recurso administrativo não afastou totalmente a existência do crédito tributário, ao contrário, tendo por certo que apenas foram apontadas dificuldades na identificação do sujeito passivo da obrigação, seria uma decisão demasiadamente precoce.

As demais argumentações contidas no voto do Sr. Relator do recurso administrativo, como por exemplo, referindo-se ao paciente e outro denunciado, de que 'o fato de alguém receber remessas de numerário via instituição financeira, não comprova a participação na sociedade porque o numerário remetido pode referir-se a pagamento de serviços prestados como alegam os recorrentes' é questão de fato, que deve ser analisado à luz das provas colhidas, não assim, liminarmente, sem o necessário contraditório.

Assim, *devido à gravidade dos fatos narrados na denúncia, cuja existência não restou elidida pelo julgamento do recurso administrativo, deve ser dado oportunidade ao Ministério Público de provar todas as acusações contidas na exordial acusatória, e aos réus de afastá-las, tudo dentro do efetivo contraditório, que é essencialmente dialético. Somente após exaustivo debate dos elementos probatórios, poderá o Poder Judiciário, através de um de seus órgãos, decidir quanto à procedência ou não das acusações lançadas.*" (Grifos nossos)

Como bem ressaltado pelo ilustre Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Vilson Darós, o trabalho desenvolvido pelos agentes da Receita Federal pode ser apurado criminalmente; ou melhor: "*deve ser apurado criminalmente*".

Cabe, pois, ao Poder Judiciário, no presente caso a este Juízo, efetivar o exame da viabilidade da acusação penal, mesmo tendo ocorrido a anulação, na esfera administrativa, do auto de infração que a embasou; tal exame será procedido com base nas provas documentais — fartas, diga-se — e testemunhais constantes nos autos.

2.3. Efeitos da anulação do auto de infração

Como exposto acima, os fatos imputados aos réus devem ser apurados com base nas provas carreadas ao bojo da presente ação penal, razão pela qual, apesar de insistentes alegações da defesa, *a materialidade delitiva não é prejudicada pela anulação do auto de infração; esta é sobejamente provada: pelos extratos bancários, fichas de caixa, DOCs, informações de particulares e de entidades públicas, depoimentos etc. constantes nos autos*, primordialmente nos anexos.

Basta à condenação pela prática do crime de sonegação fiscal a caracterização de que *redução de tributos*, por meio das condutas típicas constantes no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, *houve* (o que caracteriza o crime previsto no art. 1º da referida lei, que é *material*, em consonância com cediço entendimento doutrinário), sendo *prescindível a exata* quantificação do débito tributário, ainda sujeito à revisão na esfera administrativa. A possibilidade de ser procedido a novo lançamento na esfera administrativa, em virtude da efetiva existência de *supressão do pagamento de tributos (configurando o crime tipificado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990)*, consta expressamente na decisão do Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos:

> Nestas condições, entendo que existem muitas dificuldades a serem vencidas para prosperar a tese da sociedade de fato como foi colocada nos autos e tendo em vista que todo o trabalho de investigação foi realizado pela fiscalização e que *é possível, ainda, a formalização de parte da exigência do crédito tributário, responsabilizando pelos créditos tributários devidos pelos administradores de pessoas jurídicas legalmente constituídas, embora fantasmas*, opino pelo acolhimento da preliminar de erro de identificação do sujeito passivo' (fls. 1.590/1.597).

E, no voto condutor do *increpado* acórdão consta:

'I - Da independência entre as esferas penal e administrativa

Inicialmente, cumpre asseverar que o Poder Judiciário não fica submisso à decisão tomada na esfera administrativa pelo Conselho de Contribuintes,

pois, não há vinculação entre ambas. Tendo em vista que a denúncia foi recebida e processou-se o feito, inclusive em sua fase instrutória, igualmente não há que se falar em condição de procedibilidade para a atuação do órgão ministerial. O *Parquet* poderá promover a ação penal, desde que possua elementos idôneos e suficientes acerca da autoria e materialidade do crime (Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.571-/1 Rel. Min. Néri da Silveira — DJ de 25.09.1998).

Certo é que inexistindo a obrigação tributária, não há o respectivo crédito a ser saldado pelo contribuinte, afastando-se o débito eventualmente gerador dos crimes de sonegação fiscal. Em outras palavras, afastada a responsabilidade tributária, afasta-se, por conseguinte a caracterização do crime contra a ordem tributária.

A propósito o colendo Superior Tribunal de Justiça, no HC n. 18.005/RS, Relator Ministro Felix Fischer, cita lição de **Gustavo Miguez de Mello** *e outros*, **in ob. cit.** pp. 105/106, que bem examina a matéria:

'Contudo, não é este o caso sob o império da Lei n. 8.137/1990. Como tivemos ensejo de observar, os delitos previstos em seu art. 1º são materiais e de dano, e não simplesmente formais, o que vale dizer ser insuficiente para a plena configuração do tipo a realização das condutas previstas em seus incisos sem que haja, como resultado, efetiva lesão aos cofres públicos. Assim, no que tange às figuras desse artigo 1º, se não há dívida a saldar, se não há responsabilidade tributária do acusado, não há falar-se em delito. Isto até mesmo por uma questão de lógica silogística: não haverá possibilidade de dano ao Erário. Por outro lado, inexistindo o fato gerador, ou declarado inexistente, ou nulo e de nenhum efeito, ou sendo outro sujeito passivo de determinada obrigação tributária, e a denúncia versar sobe tipo elencado no art. 1º da Lei Especial, haverá abuso de poder de denunciar, ensejando **habeas corpus**, com base no art. 5º, LXVIII, da CF e arts. 647 e 648 do CPP.'

Entretanto, não é esta a situação que consta nos autos. Não se reconheceu na seara administrativa a inexistência da relação jurídico-tributária. A decisão (fls. 1.144/1.162) não veio a demonstrar a atipicidade do fato, porquanto não concluiu pela ausência do débito a ser cobrado. Concluiu, ao revés, pela ilegitimidade passiva da sociedade de fato de Paulo Alfredo Silva e outros e cancelou o auto de infração emanado da autoridade administrativa. Com isso reputou imprestável o lançamento a prosperar para fins de promoção da cobrança de forma satisfatória, tendo em vista as dúvidas e impropriedades no ato administrativo.

Não está presente, portanto, julgamento acerca de serem devidos os valores apurados pela fiscalização fazendária, eis que, preliminarmente, o pleito de Everardo foi exitoso, no sentido de reconhecer a mácula na relação em seu pólo ativo. Na decisão referida (fl. 1.160), em que pese tal circunstância, assim concluiu-se:

> 'A ACTA — Assessoria Tributária Ltda é uma pessoa jurídica regularmente constituída por sócios da sociedade de fato e como tal, as notas fiscais emitidas pela pessoa jurídica devem ser aceitas como receita conhecida.
>
> Se esta pessoa jurídica legalmente constituída assinou contratos de prestação de serviços e repassou a execução de parte de serviços para RM Consultoria Ltda que não passava de empresa fantasma, significa que a ACTA omitiu a receita correspondente aos contratos assinados.
>
> Entretanto, com base nas informações acima, a ACTA — Assessoria Tributária Ltda em vez de sujeito passivo da obrigação tributária passa a ser simples sócio de sociedade de fato Paulo Alfredo de Souza Silva e outros'.

Mais adiante (fl. 1.161), o Relator do Conselho de Contribuintes encerra seu raciocínio, alertando para a hipótese de cobrança do débito existente, porém exigível de outrem:

> 'Nestas condições, entendo que existem muitas dificuldades a serem vencidas para prosperar a tese da sociedade de fato como foi colocada nos autos e tendo em vista que todo o trabalho de investigação foi realizado pela fiscalização e que é possível ainda, a formalização de parte da exigência do crédito tributário, responsabilizando pelos créditos tributários devidos pelos administradores de pessoas jurídicas legalmente constituídas, embora fantasmas, opino pelo acolhimento da preliminar de erro de identificação do sujeito passivo'.

Nesse contexto, não há que se falar em inexigibilidade do débito, de vez que o cancelamento do auto de infração que embasou a denúncia, não foi derivado de reconhecimento de lançamento infundado, ou inexistente, ou, por outra, de obrigação tributária indevida, mas de dificuldades oriundas da correta individualização dos devedores dos tributos, a fim de que possível a promoção de sua cobrança.

Outrossim, a seara administrativa não se presta, por ausente o contraditório com as características próprias da esfera penal, a diligenciar eventuais responsáveis pela sonegação, haja vista que os objetivos de uma e de outra não se confundem. Persegue aquela os contribuintes que não satisfazem o débito lançado e esta os que se utilizam da supressão ou da redução de tributos para fins de obterem vanta-

gem que não lhes é destinada pelo ordenamento jurídico, senão aos órgãos públicos, ou seja, à fonte arrecadadora.

A ausência de novo lançamento não se constitui em óbice para a continuidade da ação penal. Ademais, não se afasta a materialidade consistente na autuação fiscal levada a efeito, se apenas mero defeito de qualificação do responsável tributário afastou a possibilidade de cobrança dos tributos, que, em nenhum momento, foram reputados, frise-se, indevidos.

Verificada a fraude, a omissão, ou a declarada falsa, ocorrendo o dano de supressão ou de redução do tributo, com a vontade dirigida para tais escopos, ocorrerá o crime de sonegação fiscal.

Assim, ausente decisão que haja concluído pela inexistência da responsabilidade de natureza tributária, ou pela falta de débito a ser cobrado, afasta-se a preliminar suscitada pelas defesas (fls. 2.075/2.085 e 2.024/2.031)" (fls. 2.175/2.176 verso).

Com efeito, da leitura atenta dos referidos trechos verifica-se que ao contrário do afirmado pelo recorrente a tipicidade restou devidamente demonstrada, porquanto ainda que a Primeira Câmara do Conselho de Contribuinte tenha cancelado o auto de infração que embasou a denúncia, tal decisão foi tomada apenas em razão da ilegitimidade passiva da sociedade de fato de Paulo Alfredo Silva e outros, não concluindo, o referido órgão pela ausência do débito a ser cobrado, posto que conforme bem salientado pelo MM. Magistrado sentenciante o mérito da lide fiscal sequer foi analisado. Por outro lado, urge não olvidar que conforme ressaltado no édito condenatório *"a materialidade delitiva não é prejudicada pela anulação do auto de infração; esta é sobejamente provada: pelos extratos bancários, fichas de caixa, DOCs, informações de particulares e de entidades públicas, depoimentos etc. constantes nos autos*" (fl. 1.597).

Em segundo lugar, no que concerne a alegação de que o delito previsto no art. 288 do Código Penal é incompatível com a forma continuada de outro delito, melhor sorte não socorre o recorrente.

No **punctum crucis** restou dito no reprochado acórdão:

> "Passo, agora, ao exame do crime de quadrilha, previsto no art. 288 do CP.
>
> Francisco e Jackson, sócios de fato, utilizando-se de empresas e de sócios 'laranjas' e contando com a ajuda de Teresinha, realizaram intensas movimentações financeiras, com o fito de sonegarem impostos. Ora contaram com a

ajuda de Marcelino, quando do uso da empresa Sulriograndense, ora com a de Everardo, quando da formação da empresa ACTA e do uso da RM. Os ingressos das empresas laranjas eram desviados para contas e finalidades que aprouvessem aos réus, sem que tal situação fosse noticiada em sua integralidade nos documentos contábeis dessas empresas. Assim, acabava por remanescer na conta das empresas fantasmas e mesmo na da ACTA, poucos recursos a serem tributados, ainda que sua receita fosse digna de receber maior tributação, pelo efetivo montante que ali adentrava.

Para que se caracterize o crime de quadrilha ou bando é de mister a caracterização de reunião estável, para cometer o crime em caráter reiterado e permanente. A organização para a prática de um único delito constituiu, simplesmente, concurso de pessoas (CP, art. 29). Este, porém, não é o caso.

Dos depoimentos testemunhais e dos interrogatórios dos réus, dessume-se o caráter corriqueiro da fraude, inclusive com a retirada de proventos oriundos das operações. Os extratos das contas correntes das empresas ACTA e Sulriograndense deixam evidente a caracterização do bando criminoso, a merecer maior rechaço do ordenamento jurídico, face ao engendramento mais sofisticado do **iter** criminoso, que deve ser punido com maior severidade, a ponto de merecer sanção penal autônoma.

Não há qualquer incompatibilidade na incidência do crime de quadrilha face ao crime continuado, pois o ajuste dos réus que constituem o bando pode ser dirigido justamente ao cometimento de crimes de modo continuado" (fls. 2.187/2.187 verso).

Com efeito, o reconhecimento da continuidade delitiva quanto ao crime contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo não obsta a caracterização do delito previsto no art. 288 do Código Penal, tendo em vista a autonomia do crime de quadrilha ou bando (nesta linha no plano doutrinário: **E. Magalhães Noronha**, **in** "Direito Penal, 4º volume — Dos crimes contra saúde pública a disposições finais" — Ed. Saraiva, 8ª edição, 1976, p. 112; **Luiz Régis Prado**, **in** "Curso de Direito Penal Brasileiro", volume 3 — parte especial — Ed. RT, 2001, p. 652; **Julio Fabbrini Mirabete**, **in** "Código Penal Interpretado", Ed. Atlas, 3ª edição, 2003, p. 1.873 e **Guilherme de Souza Nucci**, **in** "Código Penal Comentado", Ed. RT, 4ª edição, 2003, p. 802).

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte:

"Criminal. HC. Roubo. Quadrilha. Alegação de ausência de provas para a condenação. Ilegalidade não demonstrada de pronto. Impropriedade do

meio eleito. Crime continuado. Incompatibilidade do delito previsto no art. 288, CP. Improcedência da alegação. Dosimetria. Arts. 59 e 68 do CP. Suficiência de fundamentação. Continuidade delitiva. Aumento exacerbado sem justificativa. Número de infrações cometidas. Ordem parcialmente concedida. O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório — como a alegada insuficiência de provas para a condenação, se não demonstrado, de pronto, qualquer ilegalidade. O reconhecimento da continuidade delitiva quanto ao crime de roubo não obsta a caracterização do delito previsto no art. 288 do Estatuto Punitivo, tendo em vista a autonomia do crime de quadrilha ou bando. Havendo suficiente fundamentação quanto às circunstâncias que levaram à exasperação da reprimenda no que se refere aos artigos 59 e 68 do Código Penal, mantém-se a dosimetria aplicada na condenação, tornando-se descabida a análise mais acurada dos motivos utilizados para tanto, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade do meio eleito. O acréscimo relativo à continuidade delitiva deve considerar o número de infrações cometidas, sendo que, em regra, no caso de prática de apenas 02 delitos em continuidade, o aumento procedido seria o mínimo legal. Sobressaindo que o aumento pela continuidade se deu sem justificativa e em desacordo com a doutrina e jurisprudência dominantes, configura-se a ocorrência de constrangimento ilegal sanável na via eleita. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reduzir-se o aumento relativo à continuidade delitiva, determinando-se que seja estabelecido no mínimo de 1/6"

(HC n. 15.603/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 08.10.2001).

"Penal. **Habeas corpus**. Quadrilha e peculato. Continuidade delitiva. Cotejo da prova.

I - O delito de peculato admite a continuidade criminosa. E, entre esta e o crime de quadrilha é de ser, realmente, reconhecido o concurso material.

II - A **quaestio** acerca da continuação delitiva no delito de quadrilha ou bando refoge ao que se apresenta nos autos.

III - Quanto à quantificação da dosimetria da pena, a pretensão objetiva o vedado cotejo do material cognitivo.

Writ indeferido"

(HC n. 11.719/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 24.04.2000).

Em terceiro lugar, quanto à alegada violação ao art. 617 do Código de Processo Penal, neste ponto, é de se acolher a pretensão recursal.

Confira-se, oportunamente a fundamentação expedida no édito condenatório quanto à fixação da pena:

"*4. Everardo Perello*

4.1. Sonegação por meio da empresa RM Consultoria

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu tinha plena consciência da ilicitude, razão pela qual sua *culpabilidade* revela-se acentuada; registra *antecedentes criminais*, fl. 1.267; não há nada digno de nota quanto à *personalidade e à conduta social; os motivos* são peculiares à espécie, lucro fácil; as *circunstâncias* são significativamente desfavoráveis, visto que, para a prática do crime de sonegação fiscal, foram utilizados instrumentos complexos, visando ludibriar a atividade fiscalizatória; *as conseqüências do crime*, como exposto acima, não serão consideradas, em virtude da iliquidez do valor sonegado; por fim, o *comportamento da vítima* em nada *contribuiu para a prática do delito*.

Tendo em vista a ocorrência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base, em relação ao crime de sonegação fiscal na empresa Sulriograndense, em *02 (dois) anos e 05 (cinco) meses de reclusão*.

Não há qualquer circunstância atenuante ou agravante a ser considerada.

Aumento a pena privativa de liberdade, em virtude da incidência do art. 71 do Código Penal, no máximo legal, 2/3, pois o réu não recolheu *inúmeros tributos* durante o período de janeiro de 1990 a setembro de 1992. Fica estabelecida a pena, pois, *em 04 (quatro) anos e 10 (dez) dias*.

Passo a dosar a *pena de multa* (arts. 49 e 60, **caput** e § 1º do CP). Fixo a pena de multa, considerando a situação econômica do réu, bem como as circunstâncias judiciais já examinadas, em *100 (cem) dias-multa, arbitrado o valor do dia-multa à razão de 3 (três) salários mínimos vigentes ao tempo do fato (08/92)*, devidamente atualizado, conforme recentes julgados do egrégio STJ.

4.2. Crime de quadrilha

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu tinha plena consciência da ilicitude, razão pela qual sua *culpa-*

bilidade revela-se acentuada; registra *antecedentes criminais*, fl. 1.267; não há nada digno de nota quanto à *personalidade e à conduta social*; os *motivos* são peculiares à espécie, lucro fácil; as *circunstâncias* são peculiares a uma estruturada organização criminosa; as *conseqüências do crime*, são desfavoráveis, já que houve a consumação de inúmeros delitos; por fim, o *comportamento da vítima* em nada contribuiu para a prática do delito.

Tendo em vista a ocorrência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base, em relação ao crime de quadrilha, em *01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão*.

Não havendo qualquer circunstância atenuante ou agravante a ser considerada, tampouco causas de aumento ou diminuição, torno a pena-base definitiva.

4.3. Concurso material

Como exposto acima, os dois crimes devem ser aplicados, na forma prevista no art. 69 do Código Penal, em concurso material, ficando a pena total em *05 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 100 (cem) dias-multa, à razão de 3 salários mínimos o dia-multa*, calculados na forma prevista acima" (fls. 1.643/1.644).

E, no vergastado acórdão:

"Com relação ao réu Everardo Willig Medeiros Perello, a fundamentação para a aplicação da pena-base é a mesma já explicitada com relação a Paulo e Jackson, restando fixada em 2 anos e 3 meses de reclusão.

Aplica-se-lhe o aumento referente ao concurso formal, já que sua participação incidiu nas cominações dos incisos I e II do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, ficando a pena fixada em 2 anos, 7 meses e 15 dias. Frise-se que sua participação restringiu-se ao segundo momento da sonegação, com a utilização da empresa RM Consultoria. Assim, corrijo o erro material da sentença (fl. 1.643) que lhe imputou a prática de crime frente à Sulriograndense, determinando período de sonegação diverso ao efetivamente por ele levado a cabo.

O aumento em relação à continuidade deve ser menor do que aquele considerado em relação a Paulo e a Jackson, já que, quanto a Everardo, inexistem quaisquer débitos da primeira etapa criminosa, havendo obrado apenas na segunda parte do intento delituoso. Aumento sua pena, pois, em 1/3, arbitrando-a em 3 anos e 6 meses. Face ao crime de quadrilha, cuja pena fica diminuída em 2 meses, pois o réu não possui antecedentes que lhe desfavore-

çam, comino a pena em 1 ano e 2 meses de reclusão, ficando definitivamente imposta a pena em relação a Everardo Willig Medeiros Perello, em 4 anos e 8 meses de reclusão.

Quanto à pena de multa, diminuo-a para 50 dias-multa, no patamar já fixado em sentença como valor arbitrado para cada dia-multa (fl. 1.643), por idêntica a situação em relação a Paulo e Jackson, porém a pena de multa será executada uma única vez, pois participou de apenas uma etapa do crime de sonegação, diferentemente dos demais, que se fizeram presentes nos dois momentos" (fls. 2.189 verso/2.190).

Tratando-se de hipótese de recurso *exclusivo* do réu, não poderia o egrégio Tribunal local, alterando o decisório reprochado, agravar a situação daquele. O v. acórdão alvejado incidiu em flagrante **reformatio in pejus**. Se houve erro, em primeira instância, necessária se fazia a interposição de recurso pela acusação.

Diz, **Fernando Pedroso**:

"Admitir-se a **reformatio in pejus** em recurso exclusivo do acusado seria derrogar a voluntariedade recursal e implantar, por via oblíqua e travessa (ante a inexistência de previsão legal específica), um simulacro de recurso necessário, aproveitando-se o Juízo **ad quem** da provocação da parte interessada, que recorreu a seu benefício, para julgá-lo em detrimento da mesma" ("Processo penal — O direito de defesa", 2ª ed., Ed. RT., p. 308)."

Com efeito, da simples leitura dos trechos acima transcritos conclui-se que o egrégio Tribunal **a quo** ao proceder a fixação da pena aplicou indevidamente o concurso formal, posto que da r. sentença penal condenatória só a defesa apelou, ou seja, não havendo recurso do *Parquet*, se mostra, **in casu**, indevido o aumento da pena. Dessarte, neste ponto dou provimento ao recurso para afastando a aplicação do aumento referente ao concurso formal fixar a reprimenda em 03 (três) anos de reclusão relativo ao delito de sonegação fiscal, mantido no mais o v. acórdão.

Ante o exposto dou parcial provimento ao recurso.

Passo a analisar o recurso especial interposto por Teresinha Marroni.

Em primeiro lugar, busca-se demonstrar a inexistência do crime alegando-se, em suma, que "a conduta da Recorrente restringiu-se aos atos praticados a mando dos réus *Paulo Alfredo de Souza Silva* e *Jackson Mauer Ferreira*, pois, a toda evidência, agiu no cumprimento de seu dever profissional, em subordinação a estes acusados. Assim, embora, diretamente, realizasse a movimentação financeira tomada, pela acusação, como fase essencial no **iter criminis**, não havia consciência de

que os atos poderiam configurar fraude ao Fisco" (...) "Por mais esse motivo, e não havendo nos autos prova que demonstre aumento patrimonial além do devido pela sua atividade profissional, há que se afastar eventual envolvimento em atos direcionados ao seu enriquecimento ilícito (ou de quem quer que seja), em detrimento do Fisco" (fl. 2.273).

No voto condutor do atacado acórdão, no que se refere à participação da ora recorrente na empreitada criminosa, tem-se:

> *"Já Teresinha era executora dos objetivos do grupo"* (fl. 2.179).
>
> (...)
>
> "Teresinha Marroni também atuou de modo ativo no **iter** criminoso. Por diversas vezes efetuou saques e efetivou depósitos envolvendo as diversas empresas seja as laranjas, a de fato, ou a legalmente constituída (ACTA). Possuía, assim, ciência da transferência, colaborando de modo inequívoco para a consumação delitiva. Possuía o domínio do fato, porquanto, poupava Paulo e Jackson de efetuarem as operações bancárias, resguardando-os. Com tal atitude, não estava simplesmente obedecendo às ordens de seu empregador, mas aderindo de modo voluntário ao procedimento criminoso. Nesse ato revela-se o elemento subjetivo assim definido por **Eugênio Zaffaroni** e **José Pierangeli**, em sua obra 'Manual de Direito Penal Brasileiro', Revista dos Tribunais, 2ª ed., São Paulo, 1999, p. 481:
>
> > 'Assim, se quisermos aperfeiçoar um pouco mais a definição do dolo, que formulamos há pouco, e que se extrai da lei, é conveniente conceituá-lo como a vontade realizadora do tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto. Dito de uma forma mais breve, o dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado'.
>
> O recebimento de valores da empresa RM vem noticiado no Anexo 23 (fls. 117 e 121), bem assim nos autos principais (fl. 275). A fundamentação da sentença lança mão de exemplo bem caracterizador do dolo também dessa Apelante, ao referir a apropriação de recursos 'retirados das empresas 'fachada' utilizando, inclusive, pagamentos em nome de terceiros como é o caso, dentre inúmeros outros, do DOC, no valor de 49.200,00, que remeteu para Miriam Marroni, documentado à fl. 159 do Anexo 23'.
>
> Teresinha deve ser responsabilizada, já que, na condição de funcionária ou secretária de Paulo, participou pessoalmente dos atos delituosos descritos no art. 1º, oferecendo meios para que viesse a concretizar-se a fraude, contribuindo para a consumação do delito.

E nem se diga, como feito nas razões de recurso pelo Defensor (fls. 1.799/1.800), que a culpa foi do Auditor que não examinou bem as declarações do Imposto de Renda. Ora, evidentemente não se pode concluir que ela só tenha recebido o que declarava ao Fisco, porque a omissão de rendimentos era a tônica da conduta dos envolvidos.

Contudo, não ficavam a cargo de Teresinha as tarefas atinentes à prestação de contas às autoridades fazendárias. Sua conduta restringiu-se a participar da perfectibilização da fraude, por intermédio da utilização das empresas-laranjas. De vez que não era sócia sequer de fato das empresas envolvidas, não pode ser responsabilizada pela conduta prevista no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.037/1990, senão exclusivamente pela contida no inciso II do mesmo diploma, eis que exclusivamente nesse caso, há a presença do dolo. Sua condição de secretária de Paulo, não a habilita a figurar como sujeito ativo do crime do inciso II, pois não possui o dever legal, tampouco omitiu informações ou as prestou falsamente às autoridades fazendárias. Ao tratar do infrator da legislação penal, **Paulo José da Costa Jr.** e **Zelmo Denari**, na obra 'Infrações Tributárias e Delitos Fiscais', Saraiva, 3ª ed. São Paulo, 1998, p. 30, lecionam que:

> 'Além dos responsáveis, todos aqueles que por força de disposição legal são obrigados a recolher o tributo em lugar do contribuinte — designados substitutos tributários — também podem figurar como sujeitos ativos das infrações tributárias.
>
> A nosso aviso, na relação jurídica tributária, o substituto tributário pode ocupar o lugar reservado ao contribuinte — designado substituído — de duas maneiras: com exclusão da responsabilidade do contribuinte ou com mantença dessa responsabilidade.'

Assim, restringe-se sua participação exclusivamente em relação à conduta descrita no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.037/1990, o que deverá ser considerado quando da análise da pena" (fls. 2.182/2.182 verso).

Com efeito, neste ponto o recurso não merece sequer ser conhecido porquanto verifica-se que, em última análise, a recorrente busca em verdade o revolvimento de todo o material fático-probatório existente nos autos acerca de sua participação na empreitada criminosa o que, a teor do enunciado da Súmula n. 7 desta Corte é inadmissível.

Em segundo lugar, quanto ao argumento de que a materialidade do delito não restou demonstrada posto que "a ausência de apuração do tributo, tanto pelo órgão administrativo, quanto pelo Ministério Público, impedem a configuração do crime

previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990" (fl. 2.274), melhor sorte não socorre a recorrente, senão vejamos:

Em princípio, existe independência entre a esfera judicial-criminal e a esfera administrativa-fiscal. São duas atividades que apreciam ou podem eventualmente apreciar o *mesmo contexto*. Uma valoração administrativa, não limita, *necessariamente*, aquela que possa ser alcançada na esfera criminal. Com isto não se pretende minimizar a verificação extrapenal que poderá, no **iudicium causae**, ter influência porquanto, de fato, pode se mostrar como valiosa, ou decisiva, conforme o caso concreto, informação para o Poder Judiciário.

O *art. 83 da Lei n. 9.430/1996*, é bem de ver, não criou *condição de procedibilidade* (inconfundível com a prejudicial) que retrata, tanto na representação como na requisição, *um ato livre da vinculação. Na representação* tem-se um ato livre, tal como *paralelamente*, no oferecimento da queixa na ação penal privada. *Na requisição* (**v.g.**, arts. 145, parágrafo único, e 7º, § 3º, alínea **c**, do Código Penal), tem-se a vontade da autoridade ou do órgão estatal competente. *Na matéria ora enfocada*, tem-se uma *ação vinculada* (CTN, arts. 3º, 141 e 142) que seria transmutada, **ex hypothesis**, sem sentido, em ... manifestação "livre", uma exteriorização de "vontade".

> "RHC — Penal — Processual Penal — Ilícito penal — Ilícito tributário.
>
> — A ilicitude é una: contraste com o juridicamente consentido. Apresenta, contudo, particularidades, conforme a área jurídica em que se manifesta a conduta ilícita. Além da sanção, conseqüência lógica (não material) do comportamento vedado pelo Direito. A esfera administrativa é distinta da jurisdição penal. *A definição do ilícito tributário não é pressuposto, nem condição de procedibilidade para promover a ação penal. Poderá, dado o Direito ser unidade, eventualmente, a decisão em uma área dogmática repercutir em outra*"
>
> (RHC n. 7.862/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 07.06.1999).

A apuração administrativa não deve ser, *entre nós*, erigida, também, *em prejudicial* (v. *arts. 92 e 93 do CPP e 116, I, do CP*), limitando o Poder Judiciário através de uma valoração extrajudicial. E não é só. Decisão esta última, passível, ainda, por parte do implicado, de ataque através de mandado de segurança, embargos à execução, ação declaratória de nulidade etc. Seria a admissão de *prejudicial* (**extra legem**) *sobre prejudicial* (**ex vi legis**) **ad eternum**, inviabilizando ou incentivando a inviabilização da apuração criminal. Além do mais, na apuração administrativa, não há previsão legal de acompanhamento (e muito menos, intervenção) por parte do órgão de acusação (o MP). Esta posição — da questão

prejudicial — levada a extremos deveria acarretar, por uma estranha questão de lógica, a necessária obrigatoriedade da conclusão dos inquéritos policiais para o oferecimento da denúncia *em todos* os ilícitos penais. A atividade administrativa policial seria, assim, também, uma condicionante da ação penal, ainda que existissem, conforme o caso, elementos outros suficientes para a **persecutio criminis in iudicio**.

Pela *Augusta Corte* tem-se:

"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei n. 9.430, de 27.12.1996, art. 83. 3. Argüição de inconstitucionalidade da norma impugnada por ofensa ao art. 129, I, da Constituição, ao condicionar a **notitia criminis** contra a ordem tributária 'a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário', do que resultaria limitar o exercício da função institucional do Ministério Público para promover a ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 4. Lei n. 8.137/1990, arts. 1º e 2º. 5. Dispondo o art. 83 da Lei n. 9.430/1996, sobre a representação fiscal, há de ser compreendido nos limites da competência do Poder Executivo, o que significa dizer, no caso, rege atos da administração fazendária, prevendo o momento em que as autoridades competentes dessa área da Administração Federal deverão encaminhar ao Ministério Público Federal os expedientes contendo **notitia criminis**, acerca de delitos contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990. 6. Não cabe entender que a norma do art. 83 da Lei n. 9.430/1996, coarcte a ação do Ministério Público Federal, tal como prevista no art. 129, I, da Constituição, no que concerne à propositura da ação penal, pois, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso. 7. O art. 83 da Lei n. 9.430/1996, não define condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo Ministério Público. 8. Relevância dos fundamentos do pedido não caracterizada, o que é bastante ao indeferimento da cautelar. 9. Medida cautelar indeferida."

(*STF*, MCADI n. 1.571/DF, *Tribunal Pleno*, Rel. Min. *Néri da Silveira*, DJ de 25.09.1998).

"Constitucional. Processual Penal. Penal. Crime contra a ordem tributária. Representação fiscal. Suspensão do curso da ação penal: decisão definitiva do procedimento administrativo fiscal. Lei n. 8.137, de 1990, artigos 1º, 2º e 14; Lei n. 8.383, de 1991, artigo 98; Lei n. 9.249, de 1995, art. 34; Lei n. 9.430, de 1996, art. 83 e seu parágrafo único. I - A representação fiscal a que

se refere o art. 83 da Lei n. 9.430/1996, estabeleceu limites para os órgãos da administração fazendária, ao determinar que a remessa ao Ministério Público dos expedientes alusivos aos crimes contra a ordem tributária, definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, somente será feita após a conclusão do processo administrativo fiscal. Todavia, não restringiu o citado dispositivo legal a ação do Ministério Público (CF, art. 129, I). II - Precedente do STF: ADIn n. 1.571/DF (medida cautelar), Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, 20.03.1997. III - No caso, não há falar em extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e acessório: Lei n. 8.137/1990, art. 14, revogado pela Lei n. 8.383/1991, art. 98. Lei n. 9.249/1995, art. 34; Lei n. 9.430/1996, art. 83, parágrafo único. IV - HC indeferido."

(STF, HC n. 75.723-5/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 06.02.1998)

E, *nesta Corte*:

"Penal e Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Quadrilha, corrupção ativa, crimes contra a ordem tributária e falsidade.

I - Se a **imputatio facti**, alinhada na denúncia, permite a adequação típica, não há que se falar de inépcia.

II - A falta de justa causa só pode ser reconhecida, em sede de *writ*, se perceptível de plano. Qualquer divergência relevante afasta a possibilidade de trancamento da ação penal. O impetrante é que deve, a rigor, demonstrar, claramente, a ausência de suporte fático para a ação penal.

III - O advento do art. 83 da Lei n. 9.430/1996 é, no caso, irrelevante visto que — a par de outras infrações imputadas — não se criou, com o novo texto, qualquer condição de procedibilidade ou questão prejudicial.

IV - A tipificação, mormente envolvendo questão de conflito aparente de normas, pode ser oportunamente corrigida (arts. 383 e 617 do CPP), não sendo recomendável a antecipada valoração.

Writ indeferido"

(HC n. 4.933/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 11.10.1999).

"Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Delito tributário. Nulidade do acórdão. Art. 83 da Lei n. 9.430/1996. Denúncia. Conhecimento. Questão não apreciada no Tribunal de origem.

I - O art. 83 da Lei n. 9.430/1996 não é óbice — quer como condição de procedibilidade, quer como questão prejudicial — para a atuação do *Parquet*.

II - Não se conhece de parte do *writ* acerca de tópicos que não foram apreciados no egrégio Tribunal local.

Habeas corpus parcialmente conhecido e, aí, indeferido"

(HC n. 9.908/PE, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 13.12.1999).

"Recurso ordinário. **Habeas corpus**. Crime contra a ordem tributária. Conclusão do procedimento administrativo-tributário. Desnecessidade.

1. Tratando-se de delito tributário, em princípio, as instâncias penal e administrativa são autônomas, inexistindo condição de procedibilidade para a **persecutio criminis**, não sendo o procedimento administrativo-tributário pressuposto nem condição jurídica para a atuação do órgão ministerial (Precedentes do STF e do STJ).

2. Fluindo o inquérito policial, sede própria para a demonstração da alegada inexistência do delito, razão legal, constitucional ou mesmo prática não há, que recomende o seu trancamento, que, certamente, não culminará no oferecimento da denúncia em havendo certeza quanto à inexistência de crime.

3. Recurso improvido"

(RHC n. 11.298/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2002).

"Criminal. REsp. Crime contra a ordem tributária. Ofensa a dispositivos constitucionais. Não-conhecimento. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Procedimento administrativo de apuração de débitos tributários. Condição de procedibilidade para a ação penal. Não-reconhecimento. Recurso parcialmente conhecido e provido.

I - Não se conhece de recurso especial fundado em ofensa a dispositivo constitucional, que é matéria própria de recurso extraordinário, conforme dispõe o art. 102, III, **a**, da Carta Magna.

II - O procedimento administrativo de apuração de débitos tributários não se constitui em condição de procedibilidade para a propositura de ação penal para a apuração de delito contra a ordem tributária.

III - Irresignação que merece ser provida para cassar o acórdão recorrido e determinar o prosseguimento da ação penal instaurada contra o recorrido.

IV - Recurso parcialmente conhecido e provido"

(REsp n. 453.861/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22.09.2003).

Penso, por igual, ser oportuno abordar o enfoque acerca de outras limitações à atividade criminal em juízo. Por exemplo, da consideração de ser a decisão ou conclusão do processo administrativo uma *condição objetiva de punibilidade. Primeiro*, o reconhecimento da condição objetiva de punibilidade, *como regra*, leva à mesma situação da *supralegal questão prejudicial*. Os delitos tributários são, sabidamente, *heterogêneos*, não só quanto à questão da classificação (em relação ao resultado *jurídico* ou, ainda, em relação ao resultado *natural*), mas também quanto à forma de cometimento (alguns, via **falsum** material, via **falsum** ideológico e, outros através de procedimentos inequivocamente fraudulentos etc.). A generalização da adoção da condição em tela conduziria, também, à despicienda vinculação e dependência do Poder Judiciário ao que é *verificado e valorado* na esfera administrativa. O que englobaria, repito, apreciações de ilicitudes envolvendo, por vezes, sonegações via fraudes — muitas vezes, criminalmente inquestionáveis — ou até falsificações. Na apuração administrativa, todavia, é de se destacar, o enfoque está voltado quase que, exclusivamente, ao valor devido, afastada, por óbvio, a avaliação do injusto penal na *forma legalmente tipificada. Segundo*, admitindo-se, *como regra*, a condição objetiva de punibilidade, teríamos, sempre, a possibilidade, *ainda e posteriormente*, do surgimento do uso de uma *verdadeira prejudicial*, com a contestação judicial da conclusão administrativa, o que, aqui, por igual, tornaria a tardia persecução criminal algo quase que inviável. O *início* do processamento, quinze ou vinte anos após, acerca de um ilícito tributário (já que suspenso — o que é discutível — o prazo prescricional) perderia até a sua razão de ser. *Terceiro*, mesmo que se aceite a tese de serem *todos* os delitos tributários como (em paralogismo da generalização precipitada) *de resultado* (existem, aí, no entanto, injustos omissivos etc.), não se pode deixar de sublinhar que o procedimento administrativo apenas assevera, ou não, um dado pretérito. Sob pena de se revolucionar a teoria do conhecimento, a valoração não cria o preexistente objeto da valoração. O resultado existe (*parcial* ou *totalmente*) ou não. Ele não surge, faticamente, no mundo penal, com a *afirmação administrativa* (a negativa pode ter, no entanto, realmente, reflexos na área judicial, criando, daí, eventualmente outro desdobramento). *Quarto*, a *condição objetiva de punibilidade* (que não se identifica com as *escusas absolutórias*, **v.g.**, **ex vi** arts. 181 e 348, § 2º, do CP) não pertence ao tipo (matéria de proibição, modelo de conduta proibida). Vale dizer, segundo parte da doutrina, ela é estranha à valoração do objeto (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) e não integra o objeto de valoração (conduta humana). Trata-se de acontecimento *futuro* ou *concomitante* e *incerto* em relação ao fato acontecido. Pode, ou não, ser coberto pelo dolo. Mas, não integra o tipo *ainda que possa aparecer na descrição legal* (tal como ocorre, por igual, *algumas vezes*, com referências à antijudiridicidade

ou à culpabilidade) ou ser, de outra maneira, deduzida do sistema. É de se explicitar (dada a acirrada polêmica doutrinária no tema) que quando se admite a existência da condição, o crime — na concepção analítica habitual e predominante — se perfaz mas tem a sua punibilidade suspensa dependendo da configuração do *requisito excepcional*. Os exemplos indicados pelos juristas sempre mereceram discussões (o resultado, **v.g.**, nos arts. 122 e 164 do CP; para alguns, o resultado no delito culposo; a declaração de falência para os delitos falimentares anteriores). *De qualquer forma,* **ad argumentandum tantum**, *se todos os crimes tributários fossem de resultado, este — parece razoável — integraria o tipo*. Não seria, portanto, condição objetiva de punibilidade *e, simultaneamente*, elemento do tipo objetivo. E, em assim sendo, a verificação extrapenal não criaria o já preexistente resultado. Ela apenas o confirmaria, parcial ou integralmente. A questão, aí, então, reside, única e exclusivamente, na verificação, *caso a caso*, da existência, ou não, *de precipitação no oferecimento da denúncia (em termos do que é exigido pelos arts. 41 e 43 do CPP)*. Havendo precipitação, a solução é, evidentemente, o trancamento da persecução. Caso contrário, a apuração criminal deve prosseguir. Dessarte, a generalização da concepção da apuração do resultado como condição objetiva de punibilidade faz crer, independentemente do **modus operandi** do acusado (**v.g.** com fraudes, falsificações etc.) que, a apuração penal (que pode ser bem ampla) depende, não do resultado, mas de uma limitada análise de caráter estritamente extrapenal. E não é só. *Condição é acontecimento e nunca o resultado de uma valoração extrajudicial.*

Tendo em vista que a nossa legislação, em sede de infrações tributárias, é pouco clara, apresentando constantes modificações oriundas de motivações discutíveis (**v.g.**, as alterações do denominado Refis etc.), os destaques dados à extinção da punibilidade, via pagamento, e à suspensão da pretensão punitiva, também, se me afiguram plausíveis de reservas. Não se deve confundir garantias individuais do cidadão com transformação, axiologicamente insustentável, de todo um sistema. Nos paradigmas de legislação hodierna, salvo engano, a sonegação não é tratada nunca como algo socialmente normal ou merecedor de condescendência, comiseração. As normas penais não existem para a inviabilização da **persecutio criminis**. Quando o réu discute, na esfera administrativa, ele — evidentemente — sabe o que *realmente* aconteceu. Está, apenas, aguardando o julgamento de sua *contestação extrajudicial*. Se, **v.g.**, cometeu fraude e/ou falsificações como meio para a sonegação, a discussão extrapenal sobre o **quantum** eventualmente devido só poderá, em princípio, na pior das hipóteses, acarretar o reconhecimento daquilo que ele poderia supor como sendo o devido. Esta oportunidade, *totalmente excepcional*, do aguardo, *em muitos crimes* (via, *destaco*, fraudes e falsificações), não tem

juridicamente razão de ser. *A postergação da oportunidade de opção*, do acusado por sonegação, em ter que pagar *x* ou *y* cria um benefício — quero crer — injustificável, quase que, paradoxalmente, outorgando-lhe inclusive a condição de **dominus litis** (ele só seria, ao final, processado se assim o desejasse ...).

Portanto, a verificação da falta de justa causa (até da precipitação da denúncia) depende, nos crimes tributários, da modalidade de injusto penal e, o que é imperioso, do suporte apresentado junto com a proemial acusatória. Enfim, é apreciação de caso a caso, sem que se descarte, dependendo da hipótese, a necessidade de se obstar ou suspender a **persecutio criminis in iudicio**. A simples existência do procedimento extrapenal não tem o condão de, em regra, e por si só, ser um óbice legal.

Frise-se, entretanto, que, **in casu**, *não se trata de inobservar a orientação adotada pela augusta Corte no que concerne ao aguardo de decisão na esfera administrativa, com o eventual lançamento do tributo, o que ensejaria a justa causa para a* **persecutio criminis in iudicio**; *mas, pelo contrário, porquanto, aqui na r. sentença penal condenatória, bem como no v. acórdão atacado, ambos analisando todo o material fático-probatório existente nos autos, entendeu-se restar demonstrada a materialidade dos delitos praticados pelos recorrentes em razão de outras provas (***v.g.**, *depoimentos, informações de particulares e entidades públicas, extratos bancários etc.). Portanto, o reexame desta conclusão é que se apresenta inatacável na via eleita (Súmulas n. 07 desta Corte e n. 279 do Pretório excelso).*

Em terceiro lugar, quanto à pretendida desclassificação da conduta praticada pela ora recorrente para a prevista no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 em razão de não ter restado cabalmente demonstrada a supressão ou redução de tributo, verifica-se que, neste ponto o apelo nobre não merece ser conhecido em razão do óbice da Súmula n. 7 desta Corte, porquanto conforme reconhecido pelo próprio egrégio Tribunal **a quo** a conduta delituosa praticada pelos réus, entre eles a ora recorrente, registrou resultado lesivo aos cofres públicos dada a redução e supressão dos pagamentos tributários conforme se constata no seguinte excerto do douto voto condutor, confira-se:

> "Procedendo-se à analise da tipicidade, no que é referente ao pedido de desclassificação da conduta dos réus para a prevista no art. 2º da Lei n. 8.137/1990, cumpre ressaltar que, nos termos do art. 617 do CPP 'o Tribunal, Câmara ou Turma atenderá, nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença'. Por efetivamente verificado o não-recolhimento dos tributos devidos, torna-se inviável a acolhida do pedido

de desclassificação da conduta capitulada pelo agente ministerial e pelo juízo **a quo** como subsumida no art. 1º, inciso I, para o art. 2º, também em seu inciso I, ambos da Lei n. 8.137/1990. Ainda que possível a **mutatio libelli**, principalmente se vier em benefício do réu, não há fundamentos fáticos que possibilitem tal proceder.

Embora haja vozes dissonantes, como a de **Hugo de Brito Machado**, na obra 'Direito Penal Tributário Contemporâneo', Atlas, São Paulo, 1996, p. 45, que sustenta resultar inútil a norma do art. 1º, inciso I, pois a norma do art. 2º, além de ser mais especializada, é mais benéfica, a melhor interpretação para a situação em tela é outra.

Ambos os artigos trazem em seu texto legal a incriminação da conduta que vem a omitir informações à Fazenda Pública, ou que preste a tal autoridade declarações falsas. Porém, enquanto o artigo 1º exige a efetiva ocorrência do resultado, ou seja a supressão ou a redução do devido, a fim de que haja a consumação delitiva, no artigo 2º, a simples declaração falsa ou a omissão, tendentes a não pagar ou a reduzir o pagamento do tributo, ou seja a mera conduta, já caracterizam o tipo. O primeiro crime é, como visto, material, dependendo para sua consumação do resultado naturalístico, enquanto o segundo constitui-se em crime formal, ou seja, de consumação antecipada. Isso não quer dizer que, no segundo caso, o resultado não poderá ser verificado, mas sim que ocorrerá o crime independentemente dessa lesão ao Fisco. Presente ou não o fim visado pelos agentes, a norma do art. 2º incidirá.

Esse mesmo entendimento já foi firmado nesta Corte:

> Sonegação fiscal — Cerceamento de defesa — Adequação típica — Fixação da pena — Crime continuado — Pena de multa
>
> — Substituição da pena — Parcial provimento — 1. Inocorre cerceamento de defesa, pelo indeferimento de prova pericial, quando esta se revela desnecessária para elucidação da verdade real. 2. O traço distintivo entre os tipos penais previstos no art. 1º, I, e art. 2º, I, ambos da Lei n. 8.137/1990 reside na existência, ou não, respectivamente, de supressão ou redução de tributos. O primeiro crime é, portanto, material, dependendo para sua consumação do resultado naturalístico, ao passo que o segundo é crime formal, de consumação antecipada. 3. Nos crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990), a extinção da punibilidade 'quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia' (Lei n. 9.249/1995, art. 34) pressupõe a satisfação integral do débito, e não

apenas o seu parcelamento. 4. A sonegação fiscal, decorrente da omissão de declaração do ajuste anual do imposto de renda, é crime que somente se repete de 12 em 12 meses. Este lapso temporal, por si só, não impede o reconhecimento da continuidade delitiva, quando os seus demais elementos se acham preenchidos. 5. A continuidade delitiva, por ficção legal, é crime único, motivo pelo qual não se aplica a regra do art. 72 do Código Penal para o cálculo da pena de multa. Inteligência do art. 71 do CP. 6. Ante o advento de lei penal mais benéfica (Lei n. 9.714/1998), que se aplica retroativamente, substitui-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito e multa, nos termos do art. 44 e seu § 2º, do Código Penal. 7. Recurso parcialmente provido. (TRF 4ª Região — ACr n. 1999.04.01.071196-6 — SC — Segunda Turma — Rel. Juiz João Pedro Gebran Neto — DJ de 17.01.2001 — p. 179).

Nesse contexto, inviável o reenquadramento da conduta à norma do artigo 2º, pois o delito registrou resultado lesivo aos cofres públicos, como mencionado, com a respectiva redução e mesmo supressão dos pagamentos tributários, não havendo simplesmente a mera declaração falsa ou a omissão. Inviável, assim, eventual desclassificação, de modo a restar acertada a capitulação legal adotada" (fls. 2.178/2.179).

Dessarte qualquer entendimento contrário ao adotado pelo egrégio Tribunal **a quo** demandaria necessariamente o revolvimento de todo o material fático-probatório existente nos autos, o que se mostra inviável na via eleita.

Em quarto lugar, no que concerne à alegativa de não-caracterização do delito previsto no art. 288 do Código Penal para evitar tautologia adoto, neste ponto as razões expedidas quando da apreciação do recurso interposto pelo réu Everardo Willig Medeiros Perello.

Em quinto lugar, quanto à alínea **c**, o dissídio pretoriano deve, em regra, preencher os requisitos estabelecidos nos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC c.c. o art. 3º do CPP. Vale dizer, é indispensável o cotejo analítico, com a demonstração da similitude fática das situações, entre o v. acórdão recorrido e o eventual paradigma colacionado. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Penal. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211 do STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Falta de similitude fática.

1. Para existir o prequestionamento viabilizador do recurso especial, não basta a oposição de embargos declaratórios, sendo, pois, necessário que o Tribunal **a quo** efetivamente aprecie a questão argüida, nos termos do Verbete Sumular n. 211 do STJ.

2. Não se conhece da argüida divergência jurisprudencial, porquanto não foi realizado o cotejo analítico de molde a demonstrar a exigida similitude fática entre o aresto vergastado e os acórdãos paradigmas.

3. Recurso desprovido"

(AgRg no Ag n. 568.584/SP, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 23.08.2004).

"Processo Penal — Embargos de divergência em recurso especial — Indeferimento liminar de seu processamento — Agravo regimental — Ausência do cotejo analítico — Acórdãos paradigmas faticamente diversos do aresto embargado — Inexistência de comprovação da divergência jurisprudencial — Artigos 255, §§ 1º e 2º, e 266, do RISTJ — Embargos não conhecidos.

1. Esta Terceira Seção, na esteira da decisão ora agravada, tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Como isso não ocorreu, impossível conhecer da divergência aventada.

2. Ademais, impõe-se a similitude fática do acórdão embargado e os paradigmas com tratamento jurídico diverso. No caso **sub judice**, o v. acórdão embargado manifestou-se apenas pelo não-conhecimento do recurso, face à inexistência de interesse da parte, vez que declarada a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, não havendo como confrontá-la com caso concreto diverso, em que examinou-se especificamente a questão da competência para processar e julgar o delito de tráfico internacional de crianças.

3. Precedentes (AgRg nos EREsps ns. 435.994/RJ, 460.593/RJ, 270.356/SP e EREsp n. 250.602/RN).

4. Agravo regimental conhecido, porém, desprovido"

(AEREsp n. 219.841/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 1º.07.2004).

"Recurso especial. Direito Penal. Falsidade ideológica. Acusado que declara nome falso perante a autoridade policial. Atipicidade. Exercício de autodefesa. Direito ao silêncio. Prequestionamento. Cotejo analítico. Inexistência. Não-conhecimento.

Não se admite o recurso especial inexistindo o necessário prequestionamento. Súmulas ns. 211 do STJ e 282 do STF.

A inexistência de cotejo analítico ou de identidade ou similitude fática e normativa balda o dissídio jurisprudencial necessário ao conhecimento do recurso especial com fundamento na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição da República (RISTJ, art. 255, § 2º; CPC, art. 541, parágrafo único).

A mera transcrição de ementas frustra o requisito do dissenso pretoriano, porque não há cotejo analítico, impossibilitando a verificação da identidade ou da similitude fática e normativa.

É atípica a conduta do acusado que, ao ser preso em flagrante, declara, perante a autoridade policial, nome falso, haja vista a natureza de autodefesa da conduta, garantida constitucionalmente, consubstanciada no direito ao silêncio.

Recurso parcialmente conhecido e improvido"

(REsp n. 418.925/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, 22.09.2003).

Processual Penal. Recurso especial. Crime contra a Administração Pública. Concussão. Erro na dosimetria da pena. Dissídio jurisprudêncial. Não-demonstração. Prescrição. Reconhecimento. Embargos declaratórios. Contradição. Ocorrência.

I - Ao reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal, o acórdão embargado partiu da premissa equivocada de que o acréscimo de 4 meses à pena-base (dois anos de reclusão) decorria da continuidade delitiva, em verdade inexistente.

II - A fixação da pena um pouco acima do mínimo legal (quatro meses) está devidamente fundamentada em face da existência de diversas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, como o elevado grau de culpabilidade, as circunstâncias em que foi praticado o ilícito (com premeditação), e as conseqüências do crime. Hipótese em que para se infirmar as conclusões a que chegou o v. acórdão **a quo** seria necessário o reexame de todo o arcabouço fático-probatório contido nos autos, o que se torna inviável nesta via eleita, ante o enunciado da Súmula n. 07-STJ.

III - Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados.

IV - A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

Embargos acolhidos para, afastada a prescrição e superada a prejudicialidade do recurso especial, dele não se conhecer"

(EDcl no EREsp n. 252.613/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, 16.06.2003).

No caso o que se percebe é que a recorrente se limitou a transcrever ementas sem proceder ao indispensável cotejo analítico, não demonstrando, assim, a similitude fática das situações.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, neste ponto nego provimento.

Passo à análise do recurso especial interposto em benefício de Paulo Alfredo de Souza e Jackson Maurer Ferreira.

Em primeiro lugar, no que se refere às alegativas da impossibilidade de caracterização de crime contra a ordem tributária sem a prévia constituição do crédito tributário e a pretendida reclassificação da conduta praticada pelos recorrentes para a prevista no art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 por não ter sido demonstrada a supressão ou redução de tributo, novamente para evitar tautologia adoto como razões de decidir os fundamentos expedidos quando da análise do recurso especial interposto em benefício de Teresinha Marroni.

Em segundo lugar, quanto à não-caracterização do delito previsto no art. 288 do Código Penal adoto, neste ponto as razões expedidas quando da apreciação do recurso interposto pelo réu Everardo Willig Medeiros Perello.

Em terceiro lugar, quanto ao duplo aumento da pena aplicado pelo egrégio Tribunal **a quo** em razão do concurso formal e do crime continuado, neste ponto, procede a pretensão recursal.

No que se refere à fixação da pena em relação aos ora recorrentes tem-se no édito condenatório:

> *1. Paulo Alfredo*
>
> *1.1. Sonegação por meio da empresa Sulriograndense*
>
> Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 Código Penal, verifico que o réu tinha plena consciência da ilicitude, razão pela qual sua *culpabilidade* revela-se acentuada; registra *antecedentes criminais*, fl. 1.262; não há nada digno de nota quanto à *personalidade e à conduta social; os motivos* são peculiares à espécie, lucro fácil; as *circunstâncias* são significativamente desfavoráveis, visto que, para a prática do crime de sonegação fiscal, foram utilizados instrumentos complexos, visando ludibriar a atividade fiscalizatória; *as conseqüências do crime*, como exposto acima, não serão consideradas, em virtude da iliquidez do valor sonegado; por fim, *o comportamento da vítima* em nada contribuiu para a prática do delito.

Tendo em vista a ocorrência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base, em relação ao crime de sonegação fiscal praticado por intermédio da empresa Sulriograndense, *em 02 (dois) anos e 05 (cinco) meses de reclusão.*

Não há qualquer circunstância atenuante ou agravante a ser considerada.

Aumento a pena privativa de liberdade, em virtude da incidência do art. 71 do Código Penal, no máximo legal, 2/3, pois o réu não recolheu *inúmeros tributos* durante o período de janeiro de 1990 a setembro de 1992. Fica estabelecida a pena, pois, em *04 (quatro) anos e 10 (dez) dias.*

Passo a dosar a *pena de multa* (arts. 49 e 60, **caput** e § 1º do CP). Fixo a pena de multa, considerando a situação econômica do réu, bem como as circunstâncias judiciais já examinadas, *em 100 (cem) dias-multa, arbitrado o valor do dia-multa à razão de 3 (três) salários mínimos vigentes ao tempo do fato (01/1990)*, devidamente atualizado, conforme recentes julgados do egrégio STJ.

1.2. Sonegação por meio da empresa RM

Tendo como base os elementos já examinados, que não apresentam qualquer peculiaridade em relação ao crime em epígrafe, fixo-lhe a pena em relação ao crime em epígrafe em *04 (quatro) anos e 10 (dez) dias e em 100 (cem) dias-multa, arbitrado o valor do dia-multa à razão de 3 (três) salários mínimos vigentes ao tempo do fato (08/1992).*

1.3. Crime de quadrilha

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu tinha plena consciência da ilicitude, razão pela qual sua *culpabilidade* revela-se acentuada; registra *antecedentes criminais*, fl. 1.262; não há nada digno de nota quanto à *personalidade e à conduta social*; os *motivos* são peculiares à espécie, lucro fácil; as *circunstâncias* são peculiares a uma estruturada organização criminosa; *as conseqüências do crime*, são desfavoráveis, já que houve a consumação de inúmeros delitos; por fim, o *comportamento da vítima* em nada contribuiu para a prática do delito.

Tendo em vista a ocorrência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base, em relação ao crime de quadrilha, em *01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão.*

Não havendo qualquer circunstância atenuante ou agravante a ser considerada, tampouco causas de aumento ou diminuição, torno a pena-base definitiva.

1.4. Concurso material

Como exposto acima, os três crimes devem ser aplicados, na forma prevista no art. 69 do Código Penal, em concurso material, ficando a pena total em *09 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, à razão de 3 salários mínimos o dia-multa*, calculados na forma prevista acima.

2. Jackson Ferreira

2.1. Sonegação por meio da empresa Sulriograndense

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu tinha plena consciência da ilicitude, razão pela qual sua *culpabilidade* revela-se acentuada; registra *antecedentes criminais*, fl. 1.263; não há nada digno de nota quanto à *personalidade e à conduta social*; *os motivos* são peculiares à espécie, lucro fácil; as *circunstâncias* são significativamente desfavoráveis, visto que, para a prática do crime de sonegação fiscal, foram utilizados instrumentos complexos, visando ludibriar a atividade fiscalizatória; *as conseqüências do crime*, como exposto acima, não serão consideradas, em virtude da iliquidez do valor sonegado; por fim, o *comportamento da vítima* em nada contribuiu para a prática do delito.

Tendo em vista a ocorrência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base, em relação ao crime de sonegação fiscal praticado por intermédio da empresa Sulriograndense, em *02 (dois) anos e 05 (cinco) meses de reclusão*.

Não há qualquer circunstância atenuante ou agravante a ser considerada.

Aumento a pena privativa de liberdade, em virtude da incidência do art. 71 do Código Penal, no máximo legal, 2/3, pois o réu não recolheu *inúmeros tributos* durante o período de janeiro de 1990 a setembro de 1992. Fica estabelecida a pena, pois, *em 04 (quatro) anos e 10 (dez) dias*.

Passo a dosar a pena de multa (arts. 49 e 60, **caput** e § 1º do CP). Fixo a pena de multa, considerando a situação econômica do réu, bem como as circunstâncias judiciais já examinadas, *em 100 (cem) dias-multa, arbitrado o valor do dia-multa à razão de 3 (três) salários mínimos vigentes ao tempo do fato (01/1990)*, devidamente atualizado, conforme recentes julgados do egrégio STJ.

2.2. Sonegação por meio da empresa RM

Tendo como base os elementos já examinados, que não apresentam qualquer peculiaridade em relação ao crime em epígrafe, fixo-lhe a pena em rela-

ção ao crime em epígrafe *em 04 (quatro) anos e 10 (dez) dias e em 100 (cem) dias-multa, arbitrado o valor do dia-multa à razão de 3 (três) salários mínimos vigentes ao tempo do fato (08/1992).*

2.3. Crime de quadrilha

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu tinha plena consciência da ilicitude, razão pela qual sua *culpabilidade* revela-se acentuada; registra *antecedentes criminais*, fl. 1.263; não há nada digno de nota quanto à *personalidade e à conduta social*; os motivos são peculiares à espécie, lucro fácil; as *circunstâncias* são peculiares a uma estruturada organização criminosa; as *conseqüências do crime*, são desfavoráveis, já que houve a consumação de inúmeros delitos; por fim, o *comportamento da vítima* em nada contribuiu para a prática do delito.

Tendo em vista a ocorrência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base, em relação ao crime de quadrilha, em *01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão.*

Não havendo qualquer circunstância atenuante ou agravante a ser considerada, tampouco causas de aumento ou diminuição, torno a pena-base definitiva.

2.4. Concurso material

Como exposto acima, os três crimes devem ser aplicados, na forma prevista no art. 69 do Código Penal, em concurso material, ficando a pena total em *09 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, à razão de 3 salários mínimos o dia-multa*, calculados na forma prevista acima" (fls. 1.637/1.640).

E, no atacado acórdão tem-se:

> "Por derradeiro, passo a examinar a dosagem das penas impostas.
>
> Saliente-se que a incidência de condutas delitivas nas penas do art. 1º, incisos I e II, do CP, implicam a ocorrência de concurso formal, porquanto as condutas subsumidas nesses dispositivos tendiam apenas à sonegação de impostos. Para tanto, ora valiam-se os Apelantes da omissão de informações, ora prestavam declaração falsa, a fim de iludir a fiscalização tributária. Por ser único o fim visado e praticando os agentes mais de um crime (uma vez que capitulada suas condutas em incisos diferentes) fica caracterizado o concurso formal, em detrimento do material.
>
> O fato de haver sido constituída mais de uma 'empresa-laranja', denota requinte no engendro criminoso, que deverá ser mais severamente punido. Assim, os réus que participaram de apenas uma etapa deverão

ter a pena um pouco menor do que aqueles que participaram de ambas. Não se pode considerar, entretanto, que a formalização de duas empresas constitua a prática de dois crimes, afastando-se o cúmulo material. A prática delitiva evoluiu, rebuscando a quadrilha as suas atividades, porquanto utilizadas empresas diferentes para a concretização do intento criminoso, com técnicas mais elaboradas. Como a ação perpetrou-se ao longo dos anos, com pequenas diferenças no **modus operandi**, que não vem a tornar a segunda etapa em crime distinto da primeira, mas somente mais elaborado, reputa-se a presença do crime continuado e não do concurso material. Por certo que o aumento da continuidade delitiva deverá considerar a participação em ambas as etapas, ou apenas numa, bem assim eventual prescrição de tributos devidos.

Assim, verifica-se a existência de concurso formal entre os crimes do art. 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137/1990. Estes foram, ainda, praticados em continuidade delitiva, somando-se a este resultado o crime de quadrilha em concurso material.

No que se refere a Paulo Alfredo, Jackson Ferreira, Everardo Perello e José Marcelino, há que se diminuir a pena-base aplicada, pois, tendo em vista os termos da decisão de fls. 1.665/1.666, os réus não possuem antecedentes.

Com relação a Paulo e Jackson, a pena-base, deve ser atenuada. Suas culpabilidades podem ser reputadas como desfavoráveis, tendo em vista que mais acentuadas, pois sabiam que assim agindo estariam sonegando impostos. Mesmo de posse dessas informações, valeram-se de seus conhecimentos técnicos para praticarem o crime, merecendo, com isso maior rechaço do ordenamento jurídico, devendo ser considerada desabonadora essa circunstância judicial, já que, diante de suas capacidades intelectuais, era exigível condutas diversas face ao conhecimento do ilícito. As circunstâncias do delito também são desfavoráveis, pois os réus formaram sociedade para seu intento, demonstrando a utilização de instrumentos sofisticados, conforme analisado em sentença 'para ludibriar a atividade fiscalizatória'.

De vez que são duas as operadoras judiciais que lhes desfavorecem, fixo a pena-base em 2 anos e 3 meses de reclusão, para ambos, em relação à sonegação via utilização da empresa Sulriograndense.

Aumento a pena em face do concurso formal, já que a fraude consistiu na subsunção dos fatos nos incisos I e II do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, com a

utilização de duas empresas laranjas, motivo pela qual elevo-a no patamar mínimo, ou seja, em 1/6, ficando a pena fixada em 2 anos, 7 meses e 15 dias.

No que atine à continuidade delitiva, a sentença reputou o não-recolhimento de inúmeros tributos durante o período de janeiro de 1990 a setembro de 1992. Todavia, operou-se a prescrição destes em relação àqueles que não foram recolhidos até dezembro de 1990. Até 27.12.1990, com a vigência da Lei n. 8.137/1990, a matéria era regulada pela Lei n. 4.729/1965, cujas sanções previstas em seu art. 1º variavam de 6 meses a 2 anos. Assim, de vez que a denúncia foi recebida em 10.03.1998 (fl. 02), já se encontra transcorrido o lapso temporal necessário para a extinção da punibilidade, consoante os termos dos arts. 109, V, 107, IV e 110, parágrafo primeiro, todos do CP.

Assim, prescritas as parcelas anteriores a dezembro de 1990, o patamar referente à continuidade delitiva deve ser atenuado de 2/3, para metade, já que remanescem parcelas do primeiro momento da trama (até o ano-base de 1992), além de todos os tributos referentes ao segundo momento. Afasta-se assim o cúmulo material, utilizando-se esse aumento de metade, de vez que reiteradas as práticas delitivas, inclusive com a utilização de duas empresas diferentes para a empreitada criminosa, ficando assim cominada em 3 anos, 11 meses e 7 dias.

Diante do crime de quadrilha, pequeno reparo deve ser realizado, diminuindo-se a pena, pelo não registro de antecedentes, para 1 ano e 2 meses, por desfavoráveis a culpabilidade e as circunstâncias do delito, conforme já aludido. Portanto, mantidas as conclusões da sentença, exceto no que toca aos antecedentes.

Face ao concurso material, fica a pena definitiva para Paulo Alfredo de Souza Silva e Jackson Maurer Ferreira arbitrada em 5 anos, 1 mês e 7 dias de reclusão.

Com relação à pena de multa, diante das operadoras do art. 59 do CP, reduzo-a para 50 dias-multa, mantendo-se, entretanto, o patamar de 3 salários mínimos para cada dia, conforme já determinado em sentença (fls. 1.637 e 1.639) a incidir duas vezes, uma para cada sonegação (primeiramente envolvendo a Sulriograndense e posteriormente envolvendo-se a RM).

Com relação ao réu Everardo Willig Medeiros Perello, a fundamentação para a aplicação da pena-base é a mesma já explicitada com relação a Paulo e Jackson, restando fixada em 2 anos e 3 meses de reclusão.

Aplica-se-lhe o aumento referente ao concurso formal, já que sua participação incidiu nas cominações dos incisos I e II do art. 1º da Lei n. 8.137/

1990, ficando a pena fixada em 2 anos, 7 meses e 15 dias. Frise-se que sua participação restringiu-se ao segundo momento da sonegação, com a utilização da empresa RM Consultoria. Assim, corrijo o erro material da sentença (fl. 1.643) que lhe imputou a prática de crime frente à Sulriograndense, determinando período de sonegação diverso ao efetivamente por ele levado a cabo.

O aumento em relação à continuidade deve ser menor do que aquele considerado em relação a Paulo e a Jackson, já que, quanto a Everardo, inexistem quaisquer débitos da primeira etapa criminosa, havendo obrado apenas na segunda parte do intento delituoso. Aumento sua pena, pois, em 1/3, arbitrando-a em 3 anos e 6 meses. Face ao crime de quadrilha, cuja pena fica diminuída em 2 meses, pois o réu não possui antecedentes que lhe desfavoreçam, comino a pena em 1 ano e 2 meses de reclusão, ficando definitivamente imposta a pena em relação a Everardo Willig Medeiros Perello, em 4 anos e 8 meses de reclusão.

Quanto à pena de multa, diminuo-a para 50 dias-multa, no patamar já fixado em sentença como valor arbitrado para cada dia-multa (fl. 1.643), por idêntica a situação em relação a Paulo e Jackson, porém a pena de multa será executada uma única vez, pois participou de apenas uma etapa do crime de sonegação, diferentemente dos demais, que se fizeram presentes nos dois momentos" (fls. 2.188 verso/2.190).

Com efeito, tal como ocorreu em relação ao co-réu Everardo Willig Medeiros Perello, o egrégio Tribunal **a quo** em clara violação ao princípio da **ne reformatio in pejus**, porquanto tratava-se de recurso exclusivo da defesa, aplicou sobre a pena-base um duplo aumento. Ocorre que, em relação aos co-réus Paulo Alfredo de Souza Silva e Jackson Maurer Ferreira, é de se verificar um pequena nuance em relação à dosimetria da pena imposta ao co-réu Everardo, haja vista que em primeiro grau aqueles foram condenados em relação ao delito de sonegação fiscal à pena de 8 (oito) anos e 20 (vinte) dias de reclusão porquanto dada diversidade do **modus operandi** empregado na prática delituosa em relação às empresas Sulriograndense de Consultoria Fiscal e Representações Comerciais e RM Consultoria Ltda foi reconhecido o concurso material entre tais delitos, todavia à falta de recurso por parte do *Parquet* fica esta Corte impedida, sob pena de nova violação ao princípio da **ne reformatio in pejus**, de aplicar o concurso material.

Feito esse breve intróito, cumpre salientar que, **in casu**, é de se afastar o aumento imposto em razão do concurso formal, razão pela qual mantida a pena-base em 2 (dois) anos e 3 (três) meses ao qual mantido o patamar de 1/2 (um meio) relacionado à continuidade delitiva resta definitivamente fixada, em relação ao

delito de sonegação fiscal, em 3 (três) anos 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias, mantida no mais o v. acórdão reprochado.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

Por fim, passo à análise do recurso interposto em benefício de José Marcelino da Silva.

Em primeiro lugar, sustenta o recorrente violação ao art. 41 do Código de Processo Penal, porquanto, segundo afirma, "analisando o aditamento (fls. 1.028/1.034), vê-se que não há qualquer referência à conduta que teria sido protagonizada por José Marcelino" (fl. 2.337).

Analisando a apelação criminal, disse o egrégio Tribunal **a quo**, pelo douto voto condutor:

> II) - Da inépcia da denúncia
>
> Da mesma forma, inexiste a inépcia da denúncia proclamada pelos Apelantes Everardo, Auro e José Marcelino (fls. 1.992/1.995, 2.066/2.075 e 2.123/2.124).
>
> A peça inaugural atende aos requisitos do art. 41 do CPP e, com relação a eles, narra, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crime em tese, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sem qualquer inviabilização desses direitos constitucionais.
>
> Descreveu a forma como Everardo participou da sociedade de fato (fl. 70), havendo assinado o contrato social da ACTA e apropriando-se de parte dos lucros. Quanto a Auro e José Marcelino (fl. 1.031), o aditamento da denúncia remete o detalhamento de suas condutas à peça inaugural (fls. 07/77). Aquele declarou-se responsável pelos débitos e responsável pela guarda dos documentos, referindo, no entanto, endereço inexistente onde poderia ser encontrado (fls. 15/16). Este último teria, na qualidade de contador da empresa Sulriograndense, efetivado a assinatura dos formulários da DIRPJs em branco (fls. 17/18).
>
> Aliás, face às suas peculiaridades, os crimes de autoria coletiva e os societários (com a quadrilha e a sonegação fiscal) podem ser denunciados sem a discriminação do comportamento individual dos agentes. Por certo que a denúncia não pode descrever detalhadamente a conduta delituosa atribuída a cada réu, de vez que a verificação dos pormenores fáticos somente podem ser alcançados quando da instrução processual, momento oportuno para a confrontação das teses acusatórias e defensivas. Ademais, os elementos narrados nessa peça não os impediram de, por intermédio de seus patronos, defenderem-se de modo pleno.

Assim, não há que se falar em inépcia da denúncia, porquanto a inicial acusatória relata de forma clara a conduta praticada pelos agentes, sendo dotada de razoabilidade e credibilidade suficientes à emissão de juízo valorativo, permitindo a defesa plena dos imputados, que não ficou comprometida com o teor ali constante" (fls. 2.176 verso/2.177).

Com efeito, se, por um lado, a imputação não pode ser, **ex vi** do art. 41 do CPP, vaga e genérica, por outro lado, em determinadas formas delituosas, entre as quais, nos crimes societários etc., tal exigência se apresenta como relativa. É simplesmente impossível, de regra, que aí se possa ter uma descrição minudente da conduta delituosa. Os crimes contra a ordem tributária, quando realizados na administração de sociedades, eles o são, a toda evidência, levados a efeito às ocultas. A denúncia deve apresentar uma **imputatio** concreta da qual o réu possa se defender e não exteriorizar, necessariamente, informações despiciendas que possam interessar a simples satisfação de curiosidades.

Como precedentes, desta Corte, indico:

"Penal e Processual Penal. Recurso especial. Apropriação indébita de contribuição previdenciária. Denúncia. Descrição pormenorizada da conduta dos agentes. Desnecessidade. Anistia. Tipo subjetivo. Especial fim de agir. Refis. Suspensão da pretensão punitiva. Prequestionamento. Ausência.

I - Em se tratando de crime societário, não há nulidade na denúncia que deixa de individualizar as condutas dos acusados, sendo prescindível a descrição pormenorizada da participação de cada um (precedentes).

II - A anistia prevista no art. 11 da Lei n. 9.639/1998 se limita aos beneficiários ali indicados. O parágrafo único do indicado dispositivo legal não tem qualquer validade jurídica visto que se trata de indevido acréscimo não aprovado.

III - O delito de apropriação indébita de contribuição previdenciária é omissivo puro, esgotando-se o seu tipo subjetivo no dolo, tornando despiciendo perquirir acerca de qualquer outro elemento subjetivo (Precedentes do STJ e do Pretório excelso).

IV - A instauração de ação penal contra os recorridos antes mesmo do início da vigência da Lei n. 9.964/2000 impede seja a eles deferido o benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado (art. 15), cujo pressuposto é exatamente a inclusão da pessoa jurídica no Refis antes do recebimento da denúncia.

V - Tópicos não exteriorizados no acórdão atacado desmerecem exame por ausência do oportuno prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 256 — STF).

Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, desprovido"

(REsp n. 565.514/SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 19.12.2003).

"Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Crime contra a economia popular e estelionato. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Inépcia da denúncia.

I - Não há inépcia da denúncia que, ao imputar a prática de delito societário ao acusados, deixa de individualizar pormenorizadamente a conduta de cada um deles, mas fornece dados suficientes à admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica (precedentes).

II - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie.

III - Não se pode discutir a ausência de justa causa para a propositura da ação penal, em sede de **habeas corpus**, se necessário um minucioso exame do conjunto fático-probatório em que sucedeu a infração.

Recurso desprovido"

(RHC n. 14.081/MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 08.09.2003).

Do *Pretório excelso*:

"**Habeas corpus**. Crime societário. Denúncia inepta. Descrição pormenorizada de condutas. Entendimento do STF. O STF tem jurisprudência a dizer da tolerância que se impõe à denúncia — nos crimes societários — sobre a eventual impossibilidade de não se encontrar o *Parquet* habilitado, desde o início, para individualizar culpas. *Em feitos desta natureza, a impunidade estaria assegurada se se reclamasse do Ministério Público, no momento da denúncia, a individualização de condutas, dada a maneira de se tomarem as decisões de que resulta a ação delituosa. Ordem denegada*"

(STF, HC n. 73.903/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 25.04.1997).

"Direito Penal e Processual Penal. Crime societário (artigos 7º, inciso III, e 10 da Lei n. 7.492/1986). Denúncia: descrição da conduta de cada um dos

denunciados. Inépcia. Ampla defesa. **Habeas corpus**. 1. Não é inepta a denúncia, só por não descrever a conduta individual de cada um dos sócios denunciados, se a todos, indistintamente, atribui a prática do delito societário, afirmando-lhes a condição de administradores que respondiam pelos atos a eles imputados, e estes, na impetração do *writ*, não o negam, podendo, em tal circunstância, apresentar ampla defesa no processo criminal. 2. Precedentes. 3. HC indeferido"

(STF, HC n. 74.813/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 29.08.1997).

Em segundo lugar, quanto à alegada violação ao art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 argumenta o recorrente que a materialidade do delito não restou demonstrada porquanto o auto de infração que embasou a exordial acusatória foi anulado e que *"o que não é aceitável, o que não pode ocorrer, é a edição de sentença sem que novo auto de lançamento tenha sido lavrado, permitindo a conseqüente impugnação (na forma do art. 145, inciso I, do CTN) e, fornecendo — caso julgado improcedente, ou parcialmente procedente o recurso — a liquidez indispensável para que se possa falar (aí, sim) em consumação de ilícito tributário"* (fl. 2.345).

Neste ponto, adoto como razões de decidir os argumentos apresentados quando da apreciação do apelo excepcional interposto em benefício de Teresinha Marroni.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo especial interposto em benefício de José Marcelino da Silva.

RECURSO ESPECIAL N. 691.751 — BA (2004/0141859-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Ministério Público do Estado da Bahia
Recorrido: Christian Chauveau
Advogados: Joaquim José Safe Carneiro e outro
Sustentação oral: Thaís Sofe Carneiro, pelo recorrido

EMENTA

Processual Penal. Atentado violento ao pudor. Art. 384 do CPP. Correlação entre denúncia e sentença. Existência.

1. Não há como dizer que a sentença condenatória condenou o Recorrido por fato diverso ao que lhe foi imputado na inicial acusatória,

porquanto foi clara quando imputou ao acusado a prática de ato libidinoso nos termos da denúncia.

2. Recurso conhecido e provido para afastar a preliminar reconhecida pelo Tribunal **a quo** e, por conseguinte, determinar o julgamento do mérito da apelação.

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, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 05 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente e Relatora

DJ de 02.05.2005

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado da Bahia com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal de Justiça local em sede de apelação, assim ementado, **in verbis**:

> "Condenação por atentado violento ao pudor. Réu denunciado pelo delito de estupro. Hipótese de **mutatio libeli**. Nulidade da sentença.
>
> — Nula é a decisão que, violando o princípio da correlação entre imputação e sentença — representativo da garantia constitucional da ampla defesa — condena, desde logo, o réu, por delito cuja circunstância elementar não se encontrava, explícita ou implicitamente, descrita na denúncia. Hipótese em que se deveria oportunizar ao acusado o procedimento previsto no art. 384, **caput**, do CPP." (fl. 284)

Sustenta o Recorrente, nas razões do especial, violação aos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal, diante da inexistência de "qualquer mácula ao princípio da correlação entre a acusação e a defesa" (fl. 302).

Contra-razões às fls. 311/343.

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos à apreciação desta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 356/359, opinando pelo provimento do recurso, em parecer assim ementado:

"Correlação entre a imputação e sentença. Ausência de nulidade."

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O cerne da insurgência está em saber se a conduta imputada ao Recorrido na denúncia coaduna-se com sua condenação.

Estes, na espécie, os exatos termos da denúncia, **in verbis**:

"Consta da peça de apuração anexa que no dia 13 de outubro de 2002, por volta das 23h40min, no bairro de Ondina, nesta Capital, o denunciado foi preso em flagrante, por policiais militares lotados no Esquadrão Águia, por constranger as crianças Michele Borges dos Santos, com 11 anos, e Maria Borges dos Santos, com 10 anos, a primeira a manter com ele conjunção carnal, e a segunda à prática de atos libidinosos consistentes em sexo oral e fricção do pênis entre as pernas da mesma." (Fl. 02)

Entendeu o Juízo monocrático por inocentar o Recorrido em relação ao crime de estupro, em face da ausência de exame de corpo de delito, o qual considerou essencial para comprovar a materialidade do delito, contudo, condenou-o pelo crime de atentado violento ao pudor, nos seguintes termos, **litteris**:

"As menores não quiseram submeter-se à perícia, mas é digno de nota que há crimes que não deixam vestígios, a exemplo do atentado violento ao pudor, na modalidade de sexo oral, muito embora para a comprovação da relação sexual vaginal seria absolutamente relevante que elas se submetessem ao exame, a fim de a perícia detectar, por exemplo, a presença de espermatozóides.

A materialidade, portanto, nos casos de atentado violento ao pudor, sobretudo em casos como o sob exame, é dispensável.

[...]

Apesar de ter o réu confessado a prática de relação sexual vagínica, não há prova da materialidade delitiva, para confirmar a ocorrência do crime de estupro, visto que, nesse caso, a prova pericial é essencial para a configuração do delito.

[...]

Os indícios são bastante claros, isto é, é óbvio que a criança que estava deitada com a cabeça no colo do acusado estava praticando sexo oral, até mesmo pela posição em que foi encontrada, sendo digno de registro que ela foi vista pela testemunha vestindo a blusa, além de que o réu saiu do veículo suspendendo as calças, observando-se que o banco do carro estava reclinado. Ninguém pára o carro em um local ermo, reclina o banco, e é encontrado com uma mulher (no caso era uma criança de apenas 10 ou 11 anos) em uma posição indicativa da prática de sexo oral, saindo do carro ainda vestindo as calças e a criança vestindo a blusa, tanto é que o próprio Romenil lhe perguntou se aquilo era local para estacionar com duas crianças praticando sexo, sendo imperioso ressaltar que ele chegou a dizer que não podia negar 'um negócio que estava evidente', confessando para os policiais a prática de abuso sexual.

[...]

As circunstâncias em que foi encontrado o réu eram tão evidentes de que praticava abuso sexual contra uma das garotas, que ele não teve outra alternativa a não ser a de confessar o delito.

A prova colhida nos autos, portanto, é inconteste quanto a ter o réu cometido o crime de atentado violento ao pudor contra uma das menores, a que foi encontrada em posição indicativa da prática de sexo oral, impondo-se a sua condenação.

Ante o exposto, julgo procedente, em parte, a denúncia, para absolver o réu Christian Chaveau da prática do crime previsto no art. 213 c.c. o art. 224, **a**, do CP e condená-lo nas penas do art. 214 c.c. o art. 224, a, do CP." (fls. 161/166)

Ainda que se entenda que a condenação não foi explícita em dizer qual das menores foi vítima dos atos libidinosos, não há como dizer que a sentença condenatória condenou o Recorrido por fato diverso ao que lhe foi imputado na inicial acusatória, porquanto foi clara quando estabeleceu "ter o réu cometido o crime de atentado violento ao pudor contra uma das menores, a que foi encontrada em posição indicativa da prática de sexo oral" (fl. 166), o que, obviamente, pela imputação da denúncia, era a menor Maria.

Portanto, sem maior inserção na via probatória, não há como manter o entendimento do acórdão recorrido, que não entendeu "como estivesse, explícita ou implicitamente, descrita, na denúncia, circunstância elementar do delito de atentado violento ao pudor em relação a *Michele Borges*" (fl. 290), em evidente equívoco.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso para afastar a preliminar reconhecida pelo Tribunal **a quo** e, por conseguinte, determinar o julgamento do mérito da apelação.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 704.938 — MT (2004/0142816-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Gilberto Luiz de Rezende
Advogados: Eduardo Fraga Filho e outro
Recorrente: Sinézio de Faria
Advogado: Antonio Pinheiro Espósito
Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Sustentação oral: Eduardo Fraga Filho, pelo recorrente

EMENTA

Recursos especiais. Processo Penal. Homicídio qualificado. Sentença de pronúncia. Primeiro recorrente: dissídio jurisprudencial não demonstrado. Art. 408 do Código de Processo Penal. Fundamentação excessiva. Inexistência. Segundo recorrente: pronúncia. Ausência de indícios de autoria. Reexame de matéria fático-probatória. Via imprópria. Súmula n. 7 do STJ

1. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

2. Na sentença de pronúncia deve o julgador explicitar os fundamentos de sua convicção a respeito da existência da justa causa penal e de dúvidas quanto à tese defensiva em observância do princípio **in dubio pro societate**, fazendo, conforme se deu na presente hipótese, em termos sóbrios e comedidos, exame perfunctório e restrito do conjunto probatório coligido.

3. Não se faz necessário um juízo de certeza na fase de pronúncia, onde serão admitidas todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência, bastando apenas restar caracterizada a existência de indícios suficientes de autoria, a teor do disposto no art. 408 do Código de Processo Penal.

4. De qualquer forma, **in casu**, a verificação quanto à insuficiência dos indícios de autoria implicaria, necessariamente, no reexame da matéria fático-probatória constante dos autos, o que, como é sabido, afigura-se impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto no Verbete Sumular n. 7 deste Tribunal Superior.

5. Recursos especiais não conhecidos.

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 dos recursos. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 05 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Presidente e Relatora

DJ de 02.05.2005

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Tratam-se de recursos especiais interpostos por Gilberto Luiz de Rezende, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal e por Sinézio de Faria, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso que negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto, nos termos da seguinte ementa, **litteris**:

> "Recurso em sentido estrito — Duplo homicídio — Duplamente qualificado — Mandante, executor e partícipe — Preliminares de nulidade rejeitadas — Pretendida impronúncia — Juízo de admissibilidade — Existência material do delito — Inexigência de certeza quanto às autorias — Aplicação do princípio do **in dubio pro societate** — Pedido para revogação da prisão preventiva — Inadmissibilidade — Evasão do distrito da culpa — Crime hediondo — Incabível a pretensão — Recurso improvido.
>
> Para a sentença de pronúncia não se exige a certeza necessária para a condenação, vigendo o princípio do **in dubio pro societate**, resolvendo-se em favor da sociedade as eventuais incertezas propiciadas pelas provas.

Restando comprovada a materialidade e havendo indícios suficientes de autoria, inadmissíveis são as impronúncias.

A evasão do distrito da culpa, bem como a gravidade do crime praticado, inclusive em razão da sentença de pronúncia, não dão aos réus o direito de aguardar em liberdade o julgamento pela Corte leiga." (fl. 1.608)

Sustenta o primeiro Recorrente, nas razões de seu especial, além de dissídio jurisprudencial, violação ao artigo 408 do Código de Processo Penal, tendo em vista o excesso na sentença de pronúncia, que adentrou indevidamente no mérito ao analisar as provas colhidas nos autos. Já o segundo Recorrente aduz, por seu turno, violação ao artigo 408 do Código de Processo Penal, em face da inexistência de indícios de autoria do crime para fundamentar a sentença de pronúncia.

Contra-razões às fls. 1.756/1.774.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 1.800/1.806, opinando pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, no tocante ao dissenso interpretativo, sustentado pelo primeiro Recorrente, há de se asseverar que, para alçar a admissibilidade do recurso especial pela alínea **c** do permissivo constitucional, é imprescindível a realização do cotejo analítico nos termos previstos nos artigos 541 do CPC, e 255 do RISTJ, com a transcrição de trechos dos acórdãos recorrido e paradigma, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não bastando a simples transcrição de ementas, conforme se deu na espécie.

Nesse contexto, descumpridas as exigências do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não comporta trânsito o recurso neste ponto.

No tocante à violação do artigo 408 do Código de Processo Penal, cumpre transcrever a sentença de pronúncia, na parte que interessa, **litteris**:

"Mérito.

O art. 408 do Código de Processo Penal dispõe que quando o Juiz convencer-se da existência do crime e de indícios de que os réus sejam os seus autores, pronunciará os denunciados, dando os motivos do seu convencimento, **verbis**:

'Pronúncia. Falta de fundamentação. Ainda que não necessite o Juiz, ao proferir decisão de pronúncia, fazer uma valoração aprofundada da prova, faz-se mister, no entanto, que indique os motivos de seu convencimento, dizendo das razões por que decide sujeitar o réu a julgamento e apontando os elementos de prova existentes' (RJTJERGS 145/83).

É cediço que essa decisão de pronúncia caracteriza-se com juízo de admissibilidade da acusação, com o escopo de encaminhar os réus a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri.

O primeiro requisito para que sejam pronunciados os acusados, refere-se ao convencimento judicial acerca da 'existência do crime', ou seja, que haja o convencimento de sua materialidade. No presente caso, a materialidade do homicídio está evidenciada pelos laudos de exame de necropsia: a) da vítima Marciana Siqueira Silva Souza às fls. 24/26, que faz referência a um projétil extraído da cabeça de Marciana; b) da vítima Ewando Carlos Satelis Barros às fls. 27/29, do laudo pericial do local do fato (fls. 17/21).

O boletim de ocorrência registra o fato relacionado ao duplo homicídio (fl. 09). Auto de apreensão de um projétil de arma de fogo encontrado no local do fato (fl. 10). Croqui do local do fato às fls. 61/62.

O segundo requisito consubstancia-se na existência de indícios suficientes da autoria, que indicam a probabilidade de os réus terem cometido o delito.

No caso versando, os réus Adeir e Sinézio negam a prática do crime a eles imputados, enquanto que o réu Gilberto reservou-se no direito de permanecer em silêncio quanto aos fatos.

Todavia, de acordo com as provas dos autos, há indícios suficientes de autoria dos três réus no cometimento do fato, senão vejamos:

João Miguel do Nascimento Sobrinho, a despeito de também ter se envolvido em atividades ilícitas no Estado, narrou o fato da forma com ouviu, cujo depoimento foi contextualizado por intermédio de outras provas, haja vista os documentos apreendidos e trasladados para o processo.

[...]

Quanto ao fato, testemunhou João Miguel que [...] A sogra de Gilberto me relatou que tinha sido Gilberto o mandante do crime de homicídio em desfavor de Marciana e Ewando.

[...]

A par do testemunho de João Miguel, tem-se o depoimento dos pais da vítima Marciana que asseveram que o mandante do crime foi o réu Gilberto, por causa do caso amoroso que Marciana estava mantendo com Evandro.

Além disso, a testemunha presencial do fato, Srª. Margarida da Silva, que reside na frente do n. 66, onde aconteceu o delito e local onde estava estacionado o Fiat Pálio, conta que: [...] Vi um rapaz subindo a rua, era moreno, com uma perna meio cambota, com um boné que tampava o rosto, sendo que eu vi somente o queixo dele. Não dava para ver se tinha óculos porque o boné tampava seu rosto. Quando essa pessoa chegou próximo ao carro, do lado do rapaz, pôs as mãos na parte superior do carro e abaixou seu corpo e atirou na moça primeiro. Andou um pouquinho como se fosse embora e voltou um pouquinho e atirou no rapaz.

[...]

A testemunha Margarida no momento do reconhecimento em Juízo, em 28.06.2002, pode afirmar: 'que a cor do filho é mais clara, mas que quando ele andou com as pernas mais abertas, que é do jeito cambota que me referi, ela andou igualzinho e fez o mesmo movimento com a perna e mesmo jeito da bunda do rapaz daquele dia [...]

As testemunhas Joelma e Margarida disseram: Joelma afirmou que o rapaz que desceu da camionete andou e correu normalmente, e não percebeu que esse réu fosse cambota, quando percorreu o trajeto da rua perpendicular à que deu acesso à rua do local do crime; Margarida percebeu que o rapaz andava cambota e reconheceu o seu jeito de andar quando subia a rua do local do crime, vindo em direção ao Fiat Pálio e depois retornando à rua perpendicular onde ouviu o barulho da arrancada de um veículo.

Assim, todos os depoimentos dos autos, principalmente os acima mencionados, fornecem indícios suficientes de autoria em relação aos réus denunciados (mandante, executor e partícipe).

[...]

Desse modo, não há como acolher a tese das defesas no sentido de impronunciar os réus, haja vista o convencimento judicial acerca da existência do crime e de indícios suficientes de que os réus sejam seus autores, conforme preceitua o art. 408 do Código de Processo Penal.

Posto isto e considerando o que consta dos autos, pronuncio os réus, a fim de encaminhá-los a julgamento pelo Tribunal do Júri." (fls. 1.383/1.405).

Quanto à alegada incursão no mérito probatório, assevere-se que o Juízo deve proferir a sentença de pronúncia explicitando suficientemente os fundamentos que levaram à sua convicção (princípio da persuasão racional do juiz) e examinar as questões jurídicas argüidas pelas partes — rechaçando ou acatando-as —, impossibilitando, assim, futura argüição de nulidade por violação ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

A teor do disposto nos arts. 408 e 411, do Código de Processo Penal, faz-se necessário a exposição detida das razões de convencimento do juiz processante a respeito da materialidade e dos indícios de autoria da conduta delitiva (justa causa) e, também, sobre a existência ou não de excludente de antijuridicidade que justifique, de pronto, a absolvição sumária do acusado.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

"Processual Penal. Homicídio duplamente qualificado. Pronúncia. Excesso de linguagem. Não-ocorrência.

1. Na pronúncia, deve o Magistrado, de forma comedida, apresentar a devida fundamentação a justificar o seu convencimento sobre a comprovação da materialidade delitiva e a existência de indícios de autoria.

2. Pedido de **habeas corpus** conhecido, mas indeferido." (HC n. 20.288/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 29.04.2002.)

"**Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Recurso em sentido estrito. Termos excessivos. Sentença de pronúncia. Nulidade. Inexistência.

1. Em guardando a motivação do acórdão que preserva a pronúncia correspondência com a fundamentação do recurso em sentido estrito do réu, não há falar em termos ou expressões excessivas, mas, sim, em fundamentação necessária e em cumprimento da regra constitucional insculpida na Constituição da República (artigo 93, inciso IX).

2. Ordem denegada." (HC n. 9.974/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 29.05.2000.)

"HC. Homicídio. Nulidade da pronúncia. Inocorrência de fundamentação excessiva. Pedido de reconstituição de crime. Não-conhecimento. Ordem conhecida em parte e denegada.

I - Tem-se como descabido o reconhecimento de nulidade da sentença de pronúncia que não incorre em fundamentação excessiva, mas, ao contrário, motiva adequadamente a necessidade de levar o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri e a impropriedade de sua absolvição **in limine**.

II - Não se conhece de pedido de reconstituição formulado apenas no juízo monocrático e sequer ventilado perante o Tribunal **a quo**, sob pena de indevida supressão de instância.

III - Ordem parcialmente conhecida e, nessa, denegada." (HC n. 8.965/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 08.11.1999.)

Logo, as considerações expendidas pelo julgador, na sentença de pronúncia, são conseqüências da necessidade de justificar o envio do réu ao julgamento pelo Tribunal do Júri, em atendimento ao princípio norteador do **in dubio pro societate**, e a impossibilidade da absolvição **in limine**. Se assim não fizesse, estaria nula a sentença por incontornável falta de fundamentação (art. 93, inciso IX, da CF/1988).

De outro lado, quanto ao segundo recurso, interposto por Sinézio de Faria, no qual alega inexistir indícios de autoria para a sua pronúncia, tenho que também não merece acolhimento.

Segundo a lição de **Mirabete**, sobre os pressupostos da pronúncia:

"Para que o juiz profira uma sentença de pronúncia, é necessário, em primeiro lugar, que esteja convencido da 'existência do crime'. Não se exige, portanto, prova incontroversa da existência do crime, mas de que o juiz se convença de sua materialidade. Por isso já se tem decidido que não exclui a possibilidade de pronúncia eventual deficiência do laudo pericial ou a existência de mero corpo de delito indireto, embora se exija que o juiz esteja convencido da existência do fato delituoso. É necessário, também, que existam 'indícios suficientes de autoria', ou seja, elementos probatórios que indiquem a probabilidade de ter o acusado praticado o crime. Não é indispensável, portanto, confissão do acusado, depoimentos de testemunhas presenciais etc. como juízo de admissibilidade, não é necessário à pronúncia que exista a certeza sobre a autoria que se exige para a condenação. Daí que não vige o princípio do **in dubio pro reo**, mas se resolvem em favor da sociedade as eventuais incertezas propiciadas pela prova (**in dubio pro societate**). O juiz, porém, está obrigado a dar os motivos de seu convencimento, apreciando a prova existente nos autos, embora não deva valorá-los subjetivamente. Cumpre-lhe limitar-se única e tão-somente, em termos sóbrios e comedidos, a apontar a prova do crime e os indícios da autoria, para não exercer influência no ânimo dos jurados, que serão competentes para o exame aprofundado da matéria." (**In** "Código de Processo Penal Interpretado", décima edição, p. 1.084)

Portanto, nesta fase não se faz necessário um juízo de certeza, devendo apenas estar caracterizado a ocorrência de um crime e existir indícios suficientes de auto-

ria, onde serão admitidas todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência, a teor do disposto no art. 408 do Código de Processo Penal. Caberá, assim, ao Tribunal do Júri, diante dos elementos probatórios a serem produzidos, julgar se o Recorrente é culpado ou inocente dos indícios de autoria que ora se apresentam contra si.

No mesmo sentido:

"Criminal. HC. Homicídio qualificado. Sentença de pronúncia. Mero juízo de suspeita. Reconhecimento de qualificadora. Falta de fundamentação. Inocorrência. Legalidade do **decisum**. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso desprovido.

I - Não há qualquer ilegalidade na decisão monocrática de pronúncia, que expôs, nos exatos termos da lei, um mero juízo de admissibilidade da acusação.

II - Somente quando evidente a inexistência de crime ou a ausência de indícios de autoria — em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e estreme de dúvidas — pode o juiz julgar improcedente a pretensão punitiva, deixando de pronunciar o réu, sendo que eventuais dúvidas sobre tais circunstâncias deverão ser dirimidas apenas pelo Tribunal do Júri.

III - [...]

IV - [...]

V - Recurso desprovido." (RHC n. 15.886/ES, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.08.2004)

"Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 121, § 2º, I, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal. Recurso em sentido estrito já julgado. Excesso de prazo. Alegação superada. Pronúncia. Falta de fundamentação. Inocorrência. Prisão cautelar mantida pela sentença de pronúncia.

I - [...]

II - Motivação objetiva, nos limites do **iudicium accusationis**, abordando-se os aspectos da existência do delito e de indícios de autoria, não pode ser considerada como insuficiente a ensejar nulidade da pronúncia.

III - **In casu**, verifica-se que para afastar a autoria do paciente, seria necessário se proceder ao aprofundado exame das provas, o que não encontra espaço na via estreita do **habeas corpus**.

IV - [...]

Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegado." (HC n. 21.409/BA, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 28.10.2003)

Ademais, a verificação quanto à insuficiência dos indícios de autoria, conforme pleiteado pelo Recorrente, implicaria, necessariamente, no reexame da matéria fático-probatória constante dos autos, impossível, como se sabe, na via estreita do recurso especial, a teor do disposto no Verbete Sumular n. 7 deste Tribunal Superior.

Ante o exposto, *não conheço* dos recursos especiais interpostos.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.182 — SP (1999/0083883-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Impetrado: Juízo de Direito da Vara do Júri de Campinas — SP
Recorrido: Marinelson Fernandes de Oliveira
Advogado: Heitor Teixeira Penteado — Defensor Público

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Homicídio ocorrido antes da vigência da Lei n. 9.721/1996, que alterou a redação do art. 366 do CPP. Norma de caráter dúplice: Penal e Processual Penal. Inadmissibilidade de cisão. Irretroatividade. Precedentes.

1. Tendo em vista o disposto no art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, o recurso em mandado de segurança, por possuir natureza similar ao da apelação, naturalmente devolve a este Tribunal o conhecimento pleno da matéria impugnada, que restou, pelo indeferimento do **mandamus** na instância de origem, perpetuando, dessa forma, o ato coator. Preliminar de não-conhecimento não acolhida.

2. Inexiste, de outro lado, qualquer óbice à utilização da via mandamental para impugnar decisão que, em casos como o dos autos, suspende o processo sem suspender o prazo prescricional. De fato, esta Corte tem entendimento pacificado no sentido da irretroatividade do art.

366 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.271/1996, aos réus revéis que tenham praticado o delito antes da sua entrada em vigor, uma vez que não se admite a cisão da referida norma que dispõe a respeito de regra de direito processual — suspensão do processo — e de direito material — suspensão da prescrição — já que a aplicação desta importaria em prejuízo ao réu.

3. Recurso provido para, cassando o despacho do Juízo de primeiro grau, determinar o regular prosseguimento do processo e do prazo prescricional, afastada a incidência retroativa do art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 9.721/1996.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 13.09.2004

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Eis a narrativa dos fatos trazida no parecer ministerial, **in verbis**:

"Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Ministério Público de São Paulo contra decisão proferida pela egrégia Sexta Câmara Criminal de Janeiro/1999, do Tribunal de Justiça daquele Estado, que julgou o impetrante carecedor da ação, declarando extinto o Mandado de Segurança n. 268.614.3/9, sem apreciação do mérito, invocando a Súmula n. 267 do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

'Não se coloca em dúvida o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal e a legitimidade **ad causam** do Dr. Promotor de Justiça para impetrá-lo, inclusive, perante os Tribunais, até porque a matéria já se tornou pacífica e não merece maiores comentários.

Todavia, nesse caso, o impetrante é carecedor da segurança por outros fundamentos.

É que se cuida de ato judicial que, por seu conteúdo, estaria sujeito a uma Correição Parcial.

Isto porque, a r. decisão atacada, considerando que a Lei n. 9.271 que deu nova redação ao art. 366 do CPP, tinha aplicação imediata, decidiu pela suspensão do processo, cujo fato admitido como delituoso se deu em 17 de fevereiro de 1995, anterior portanto à ela, sem contudo suspender o curso prescricional.

Contudo, a suspensão do andamento do processo geraria, necessariamente, a do curso da prescrição. Entendimento contrário, contribuiria para instalação de generalizado clima de impunidade, pois os criminosos, para escaparem dos rigores da Lei Penal, desapareceriam, provocando citações editalícias, não constituiriam defensores e ficariam tranqüilamente aguardando, enquanto paralisado o processo, o decurso do lapso prescricional'.

Marinelson Fernandes de Oliveira foi denunciado por ter, agindo com **animus necandi**, utilizando-se de uma arma de fogo, tirado a vida de Manoel Pinheiro de Souza, restando, assim, incurso nas sanções do artigo 121, **caput**, do Código Penal. (Fls. 07/08).

Em 12 de agosto de 1998, o MM. Juízo de Direito da Vara do Júri de Campinas proferiu despacho (fls. 47/53), valendo destacar os seguintes trechos:

A suspensão do processo (norma processual) é obrigatória, **in casu**, com fundamento na parte inicial do artigo 366 do CPP, porque assim determina o princípio **tempus regit actum**, albergado pelo artigo 2º do CPP.

Assim, não aplicar tal norma processual imediatamente implica violar frontalmente o princípio constitucional garantidor do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Por outro lado, a norma que determina a suspensão da prescrição não pode ser aplicada na espécie, porque, por ser de caráter penal, não retroage, ora seja, não alcança fatos ocorridos antes de sua vigência, como dispõe o princípio garantidor previsto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Como se vê, trata-se de dois princípios constitucionais, um de caráter penal e outro processual, que não podem ser olvidados nem desprezados simplesmente porque as duas normas, penal e processual, foram positivadas em um único dispositivo de lei.

Não há confundir, **data venia**, o dispositivo de lei e as normas que ele contém.

Este juízo apenas cindiu o dispositivo formal positivado, para aplicar normas distintas, em obediência a princípios constitucionais garantidores'.

Contra esse r. despacho, o Ministério Público do Estado de São Paulo impetrou mandado de segurança (fls. 02/06), alegando que o direito pleiteado é líqüido e certo, requerendo a correta aplicação da Lei n. 9.271/1996, reformando o r. despacho, suspendendo o processo e o decurso do prazo prescricional.

Extinto o **mandamus**, sem julgamento do mérito, sobreveio o presente recurso ordinário.

Alega o recorrente que 'a decisão hostilizada apresenta conteúdo decisório no que pertine ao procedimento (decisão interlocutória simples), tratando-se, pois, **error in judicando**, e não de **error in procedendo**, passível, portanto, de ser atacada pela via do mandado de segurança ante a inexistência de recurso previsto para combatê-la.'

Requer, por fim, a reforma do acórdão recorrido, afastando-se a incidência da Lei n. 9.271/1996 à espécie.

Contra-razões à fl. 128." (fls. 153/156)

O Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 153/159, opinando nos termos da seguinte ementa:

"Recurso em mandado de segurança. Suspensão do processo. Lapso prescricional. Não se pode dissociar as disposições do artigo 366 do CPP, com a nova redação da Lei n. 9.271/1996, para se aplicar, em relação a fatos pretéritos, tão-somente a suspensão do processo, deixando-se de fazê-la em relação ao lapso prescricional.

Parecer pelo provimento do recurso." (Fl. 153)

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, afasto a argüida preliminar de não-conhecimento do mérito da impetração originária, erigida em contra-razões, em face da extinção do *writ* pelo Tribunal **a quo**. Com efeito, tendo em vista o disposto no art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, o recurso em mandado de

segurança, por possuir natureza similar ao da apelação, naturalmente devolve a este Tribunal o conhecimento pleno da matéria impugnada, que restou, pelo indeferimento do **mandamus** na instância de origem, ratificada, perpetuando, dessa forma, o ato coator.

Inexiste, de outro lado, qualquer óbice à utilização da via mandamental para impugnar decisão que, em casos como o dos autos, suspende o processo sem suspender o prazo prescricional. De fato, a questão já foi objeto de inúmeros julgados deste Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento no sentido da irretroatividade do art. 366 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.271/1996, aos réus revéis que tenham praticado o delito antes da sua entrada em vigor, uma vez que não se admite a cisão da referida norma que dispõe a respeito de regra de direito processual — suspensão do processo — e de direito material — suspensão da prescrição — já que a aplicação desta importaria em prejuízo ao réu.

A propósito:

> "Penal e Processual Penal. ROMS. Art. 366 do CPP e Lei n. 9.271/1996. Delito anterior à vigência da lei. Irretroatividade total e impossibilidade de cisão da norma. Recurso provido.
>
> I - As disposições do art. 366 do CPP, já com a sua nova redação, versando sobre direito processual (suspensão do processo) e material (suspensão da prescrição), não podem ser cindidas, sendo inaplicáveis a réus revéis que tenham cometido delitos em data anterior à sua vigência.
>
> II - Recurso provido para cassar o despacho que determinou a suspensão do processo, afastando a incidência do art. 366 do CPP, com as alterações dadas pela Lei n. 9.721/1996 e determinando o prosseguimento normal do processo e do prazo prescricional." (ROMS n. 9.324/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 05.06.2000.)

Por oportuno, reproduzo o parecer ministerial da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Jair Brandão de Souza Meira, que, arrimado em precedentes desta Corte, corrobora esse entendimento, **in verbis**:

> "Com efeito, a Súmula n. 267 do Supremo Tribunal Federal determina que 'não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição'.
>
> Sucede que partindo-se do pressuposto de que a correição parcial teria a abrangência para atacar a decisão impetrada, ainda assim, admitir-se-ia, na hipótese, a propositura da ação mandamental.

É que, verifica-se, **in casu**, a existência de insofismável ilegalidade ou abuso de poder contra direito líquido e certo apurável sem qualquer dilação probatória, cujo dano se mostra iminente.

No mérito, há de ser ressaltado primeiramente que não vejo óbice algum à sua análise nesta oportunidade. É que o v. acórdão recorrido manifestou-se acerca do tema, não havendo que se falar em supressão de instância, nos seguintes termos:

> Outrossim, o artigo 366 do CPP, com a atual redação, é mais gravoso que o ordenamento anterior, quando determina a suspensão do curso da prescrição ao lado da suspensão do processo. Tratando-se de **novatio legis in pejus**, já que o dispositivo não pode ser cindido em sua aplicação, não há retroagir a fatos praticados antes de sua vigência (nesse sentido, HC n. 74.695/SP do colendo STF).

Ora, resume-se a questão quanto à correta aplicação da Lei n. 9.271/1996 em ação penal instaurada contra o acusado revel Marinelson Fernandes de Oliveira, cujo teor determina a suspensão do processo, sem contudo suspender o fluxo do lapso prescricional, cindindo a norma prevista no art. 366 do Código de Processo Penal, alterada pela Lei n. 9.271/1996.

A disposição mais favorável ao réu não pode ser obtida através da combinação da lei mais antiga com a lei mais nova, buscando-se nelas somente as partes mais benignas ao acusado. Estar-se-ia, assim, criando uma terceira norma, o que não é permitido no direito pátrio.

Afastada a possibilidade de inovação normativa, através da fusão de normas, passa-se à aplicabilidade ou não da Lei n. 9.271/1996 ao caso presente nos autos.

Inobstante a lei da revelia tenha alterado expressamente dispositivos do Código de Processo Penal, trata-se, na verdade, de norma de natureza mista: processual, no tocante à suspensão do processo, e material, no que diz respeito ao prazo prescricional.

O juiz, nos termos da nova legislação, sobrestando o processo, provoca automaticamente a suspensão do lapso prescricional, proibindo que o feito se dirija à extinção da punibilidade. Ora, diante da impossibilidade de dissociar as duas formas de suspensão, a do processo e a da prescrição, não se pode aplicar de forma imediata a Lei n. 9.271/1996, como determina o art. 2º do Código de Processo Penal aos casos pretéritos à sua vigência.

A prescrição é forma de extinção da punibilidade e a sua suspensão, sem dúvida alguma, prejudica o recorrido, razão pela qual a Lei n. 9.271/1996 não deve ser aplicada às infrações penais cometidas antes da sua entrada em vigor, incidindo, na hipótese, o princípio da irretroatividade da lei mais severa.

A propósito do tema, vale destacar o seguinte precedente dessa egrégia Corte, **in verbis**:

> Recurso em mandado de segurança. Penal. Produção antecipada de prova testemunhal. Réu revel. Artigo 366 do CPP. Lei n. 9.271/1996.
>
> 1. O tempo é determinante da produção antecipada da prova testemunhal, na letra da própria lei e na força de sua natureza, porque, com ele, se exaure a memória dos fatos.
>
> 2. A Lei n. 9.271/1996 não se aplica aos crimes praticados em data anterior a sua vigência, por conter norma de natureza penal mais gravosa ao acusado, em face da suspensão do prazo prescricional.
>
> Recurso provido.
>
> (ROMS n. 8.869/SP — Rel. Sr. Ministro Hamilton Carvalhido — DJ de 05.02.2001 — P. 126)
>
> Processual Penal. Revelia. Art. 366 da Lei n. 9.271/1996. Irretroatividade total.
>
> I - A suspensão do processo, prevista no art. 366 da Lei n. 9.271/1996, só pode ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional.
>
> II - É inadmissível a cisão de texto legal que evidencia, claramente, sob pena de restar sem conteúdo e finalidade, a necessidade de sua obrigatória incidência unificada.
>
> Recurso provido.
>
> (ROMS n. 10.595/GO — Rel. Sr. Ministro Félix Fischer — DJ 21.06.1999 — P. 179)." (Fls. 156/159)

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso para, cassando o despacho do Juízo de primeiro grau, determinar o regular prosseguimento do processo e do prazo prescricional, afastada a incidência retroativa do art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 9.721/1996.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.476 — BA (2002/0141662-6)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrentes: Lourival Evangelista Costa e outros
Advogado: José Leão Carneiro
T. origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Impetrado: Presidente da Assembléia Legislativa do Estado da Bahia
Recorrida: Assembléia Legislativa do Estado da Bahia
Procuradores: Thyers Novais Filho e outros

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Ex-deputados estaduais. Postulação de pagamento de 13º salário. Inocorrência de relação de trabalho com o Poder Público. Inviabilidade. Deputado estadual, não mantendo com o Estado, como é da natureza do cargo eletivo, relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência, não pode ser considerado como trabalhador ou servidor público, tal como dimana da Constituição Federal (arts. 7º, inciso VIII, e 39, § 3º), para o fim de se lhe estender a percepção da gratificação natalina.

Recurso a que se nega 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 12.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Adoto como relatório parte da decisão do ilustre Desembargador Jafeth Eustáquio da Silva, às fls. 107/108:

"Lourival Evangelista Costa e outros, por seu patrono legalmente constituído, impetrou mandado de segurança preventivo contra o Presidente da Assembléia Legislativa do Estado da Bahia.

Afirmam os impetrantes à exceção das três últimas, postulantes na qualidade de dependentes da ex-Deputada Estadual Ana Oliveira, que eram segurados da Caixa de Previdência dos Parlamentares (Leis ns. 2.436/1967, art. 3º; 3.957/1981, art. 3º; e 4.274/1984, art. 3º). Nesta condição e amparados nestes diplomas legais, tornaram-se pensionistas desta instituição.

Acrescentam que com a promulgação da Lei Estadual n. 7.244/1997, a Assembléia Legislativa do Estado sucedeu à Caixa, fazendo com que, a partir de 1º de fevereiro de 1999, os impetrantes passassem a receber suas pensões através da Superintendência de Recursos Humanos do Poder Legislativo Estadual.

Alegam que nem no ano de 1999, nem em 2000 foi efetuado o pagamento de décimo terceiro salário dos impetrantes, tampouco nos anos anteriores.

Assim, por entenderem que o direito de perceberem o 13º salário decorre do § 6º do art. 201 da Constituição Federal e que a gratificação natalina representa alimentos, gerando para o seu devedor a obrigação de pagá-lo, e ao argumento da desnecessidade de indicação de fonte de custeio para o seu pagamento, e, também, por acharem que o não-pagamento da gratificação mencionada importa em afronta ao princípio da isonomia, requerem a concessão da segurança, para ser reconhecido o direito dos autores ao recebimento do décimo terceiro salário, a partir de dezembro/1988."

Não logrando êxito, interpõem o presente recurso ordinário. Contra-razões de fls. 193/197.

Nesta instância, o *Parquet* Federal propugna pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca(Relator): Em resumo, funda-se a irresignação recursal:

a) os agentes políticos são espécie do gênero agente público, e se o são têm direito à gratificação natalina;

b) a norma constitucional que garante o direito ao 13º salário não faz distinção entre vínculo de natureza profissional ou política, qual o fez o aresto recorrido, consoante o art. 201, § 6º, e a legislação infraconstitucional (Lei n.

4.090, de 13.07.1962; Lei n. 4.749, de 12.08.1965; Decreto n. 57.155, 03.11.1965 e o Decreto n. 63.192, de 26.12.1968;

c) "as leis estaduais que disciplinam o direito dos recorrentes como pensionistas da Caixa de Previdência dos Parlamentares silenciam";

d) a concessão do 13º salário independe de lei infraconstitucional;

e) o seu pagamento não depende de fonte específica de custeio, nos termos da orientação do STF (RTJ, 150/955).

f) a lei reconhece a qualidade de pensionistas dos impetrantes;

g) o Deputado Estadual é trabalhador na acepção do Direito Administrativo e Previdenciário.

Decidiu a Corte **a quo** (fls. 145/146):

"Mandado de segurança. Ex-deputados estaduais. Agentes políticos. Pretensão ao pagamento de décimo terceiro salário. Ausência de trabalho de natureza profissional. Improcedência da ação.

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos Vices, os auxiliares imediatos dos chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores.

Não podem os impetrantes ser enquadrados na categoria de trabalhadores ou até mesmo servidores públicos, dado a ausência de trabalho de natureza profissional. Deputado Estadual não é trabalhador ou servidor público na acepção do direito administrativo ou previdenciário, para fins de aferição, nessa qualidade, de benefícios àqueles outorgados pela Carta Magna ou pelas leis infraconstitucionais."

Por sua vez, a autoridade impetrada ressalta às fls. 127/131:

Em se tratando de dinheiro público, não se pode cogitar do subjetivismo de ser justo ou injusto o pagamento de determinado encargo, como compreendeu a parte impetrante.

Veja-se, a propósito, os comandos insculpidos no art. 63, c.c o art. 75, I, da Lei n. 4.320/1964, que condicionam o agente responsável pela liquidação da despesa pública a aferir a sua origem legal ou contratual, segundo a Lei de Meios.

No caso, a Lei n. 7.244/1997, cujo diploma sub-rogou à impetrada os direitos e obrigações oriundos da extinta Caixa de Previdência dos Parlamentares, não dispõe de qualquer preceito normativo que autorize o pagamento do "décimo terceiro salário" pretendido pelos impetrantes, razão pela qual não há como se justificar a pretensão deduzida na vestibular.

Impera, desse modo, o princípio da legalidade, de patamar constitucional, como se depreende do texto do art. 37, **caput**, da Constituição Republicana.

E essa verdade insuperável é de tal ordem que faz com que os impetrantes busquem de uma interpretação, **maxima venia**, equivocada e míope do § 6º do art. 201 da Magna Carta, para efeito de uma pretensa motivação legal da causa de pedir do **mandamus** *of writ*.

Entretanto, fácil é detectar que a norma da Carta da República está voltada para um contexto absolutamente dissociado daquele no qual se encontram os impetrantes.

Jamais poderiam ser enquadrados os impetrantes na condição de aposentados ou pensionistas, discriminados no texto constitucional em espécie, mesmo porque nunca integraram a categoria de trabalhadores ou até mesmo de servidores públicos, para efeito de serem beneficiários dos estipêndios em tela.

Bem é de ver que os impetrantes se qualificaram como ex-Deputados Estaduais ou dependentes econômicos desses, cuja categoria sob nenhum enfoque pode ser abstraída daquela apontada no Texto Constitucional.

Deputado Estadual não é trabalhador ou servidor público na acepção do Direito Administrativo ou Previdenciário, para efeito de auferirem como tais os benefícios àqueles outorgados pela Magna Carta ou leis infraconstitucionais.

E a analogia pretendida pelos impetrantes, no caso no Direito Administrativo, é impertinente, para efeito de se extrair de um conceito jurídico já cristalizado um resultado distinto daquele que o legislador não quis.

Com efeito, a doutrina de forma uníssona compreende que deputados se enquadram na categoria de agentes políticos, a qual, pela sua própria natureza, se distingue da dos trabalhadores ou servidores públicos.

Nesse passo, os impetrantes não podem ser equiparados aos servidores públicos ou aos trabalhadores, visto como a relação que mantiveram com a Administração foi na forma de agentes políticos, conforme, aliás, compreende a doutrina e jurisprudência pátrias.

"Agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido estrito, não se sujeitando ao regime estatutário comum. Têm processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativas." ("Direito Administrativo Brasileiro" — **Hely Lopes Meirelles** — Revista do Tribunais — 4ª edição p. 56).

Também, **Mário Flávio R. Gonçalves**, Chefe da Consultoria Jurídica do Instituto Brasileiro de Administração Municipal, no artigo "Os Secretários Municipais como Agentes Políticos", publicado na Revista de Administração Municipal n. 196, ano XXVII, pp. 28/35, sobre o tema, esclarece:

'Os agentes políticos não possuem vínculo permanente com o Poder Público; sua ligação se mantém enquanto a autoridade máxima (o Chefe do Poder Executivo) assim o desejar. Sua relação, por conseguinte, é no dizer de **Bandeira de Melo** 'de natureza política'. Não se confundem com os servidores, estes também da categoria dos agentes públicos, porém diferenciados dos agentes políticos porque, entre outras coisas, mantêm com o Poder Público uma relação de trabalho, vinculado ao regime estatutário ou da consolidação das leis do trabalho, sempre em caráter permanente.

Os agentes políticos podem ser eleitos ou nomeados. São exemplos de agentes políticos eleitos o Presidente da República, o Governador de Estado e o Prefeito, no Poder Executivo, e os Senadores, *os Deputados Federais e Estaduais*, e, ainda, os Vereadores, no âmbito do Poder Legislativo.

São ainda exemplos de agentes políticos os Ministros de Estado, os Secretários Estaduais e os Secretários Municipais. Esta é a tranqüila opinião da maioria dos doutrinadores que, ao referir-se ou conceituar os agentes políticos, sempre inclui os Secretários Municipais nessa qualidade.'

Daí que os Deputados sequer podem ser equiparados a servidores públicos, dada a natureza política do cargo que ocupam perante Poder Público, não se lhes aplicando, por conseguinte, as normas próprias voltadas para categoria aludida.

Sintonizada com essa realidade jurídica a jurisprudência vem se manifestando, à luz do que dispõe o Texto Constitucional referenciado, no seguinte sentido, que se aplica, **mutatis mutandis**, ao Deputado Estadual:

> 'Prefeito Municipal — Agente político — Pagamento de 13º salário e férias — Necessidade de lei municipal reguladora para autorizar o acolhimento da pretensão — Embargos rejeitados. Voto vencido.' (TJRS, Processo n. 70.598193 — Segunda Câmara Cível — Relator Desembargador João Carlos Branco Cardoso, j. 22.09.2000).

Portanto, inaplicável é a norma do § 6º do art. 201 da Constituição Federal no caso presente.

Conscientes da inconsistência das suas alegações é que os impetrantes buscam emprestar foros de legitimidade às declarações subscritas pela ilustre Superintendente de Recursos Humanos como se elas fossem capazes de constituir ou modificar direitos.

Decerto que os pensionistas da extinta Caixa de Previdência dos Parlamentares não fazem jus a "décimo terceiro salário", como bem consignados nas declarações de fls. 68/71/73/76/78/80/86 e outras, oriundas da Superintendência de Recursos Humanos, haja vista que somente empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho é que podem ser destinatários desse benefício.

Já os servidores públicos, consoante doutrina remansosa, percebem como contrapartida dos serviços prestados à Administração Pública verba designada sob a nomenclatura "remuneração", "vencimento" ou "vencimentos" (**Hely Lopes Meirelles**, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 431).

No caso dos agentes políticos, tais como os impetrantes, a contrapartida auferida se dá na forma de "subsídios", as outrora denominadas, também, remunerações (CF, art.).

Os pensionistas, nessa linha de raciocínio, devem auferir pensões, jamais salários, remunerações, subsídios ou vencimentos.

Das declarações reportadas não é possível se extrair alguma utilidade em prol da tese industriada pelos impetrantes, porque ainda que terminologicamente fosse correta a afirmação ali contida acerca da natureza jurídica dos estipêndios aos quais não fazem jus os impetrantes, não se prestariam elas como atos constitutivos de direito a contrapartida pecuniária não prevista em lei.

Em outro giro verbal, mesmo que afirmassem as declarações terem direito os impetrantes a uma suposta décima terceira pensão ainda assim não se

encontrariam eles legitimados a pretenderem tal pagamento dos cofres públicos, ante a ausência de uma norma jurídica que autorizasse à Administração a assim proceder.

Não dissente o ora informante sobre deter caráter alimentar a pensão pretendida, caso fosse ela daquela natureza concebida pelo legislador constituinte; todavia, a pretensa décima terceira pensão assim não pode ser compreendida, porque inexistente no ordenamento jurídico, razão pela qual não se prestaria o argumento, a justificar possível **periculum in mora**.

Sobre a necessidade da correspondente fonte de custeio os impetrantes são reticentes, pontuando eventual decisão tribunalícia sobre o tema.

Conforme antes discorrido, a Fazenda Pública estadual, através da Assembléia Legislativa, foi sub-rogada nas obrigações, consistentes ao pagamento das pensões devidas pela extinta Caixa de Previdência dos Parlamentares. Essa situação, entretanto, não teve o condão de travestir ou transmutar a Caixa de Previdência dos Parlamentares em entidade de Previdência Social de caráter geral, daí porque aos respectivos pensionistas não se aplica o § 6º do art. 201 da CF.

Caso, por hipótese absurda, se entendesse que já agora integram os expensionistas da CPP a mesma categoria dos servidores públicos do Estado para efeitos previdenciários, mesmo assim juridicamente impossível seria o pagamento das pretendidas décimas terceiras pensões, visto como nunca existiu a correspondente fonte de custeio de tais benefícios, a propósito do § 5º do art. 195 da Constituição Federal, cuja violação de logo se faz prequestionada.

A fonte de custeio, aliás, já então, à luz da Emenda n. 20, se constitui em paradigma imprescindível para efeito do pagamento de qualquer vantagem ao segurado da Previdência Social, uma vez que todo sistema se orienta em função da natureza atuarial do respectivo benefício. Ou seja, nenhuma contrapartida pode ser garantida sem que, anteriormente, para tanto, tenha contribuído o beneficiário.

Sobre a afronta ao princípio da isonomia, cogitada na vestibular, maior atenção não se deve debruçar sobre a questão, haja vista ser impossível equiparar-se ex-deputados a servidores públicos ou trabalhadores celetistas, cônsono antes exaustivamente discorrido.

Também soa, **data venia**, impertinente se equiparar os proventos percebidos por desembargadores ou outros agentes do Poder Judiciário às pensões auferidas pelos impetrantes da extinta Caixa de Previdência dos Parla-

mentares, hoje cofre público estadual, que se submeteram ao Regime Geral de Previdência dos servidores públicos estaduais."

Qual referido, os recorrentes ex-Deputados Estaduais, à exceção de Carla Acrux Miranda, Cristiane Acrux Miranda e Maria das Graças Oliveira, dependentes da ex-Deputada Ana Oliveira, buscam-lhes seja estendida, na condição de pensionistas da Caixa de Previdência dos Parlamentares e, posteriormente, da Superintendência de Recursos Humanos do Poder Legislativo Estadual, pelo exercício de mandato eletivo, a gratificação de Natal.

De logo, convém ressaltar que o só fato de não mais exercerem o mandato e passarem a pensionista não faz incidir o 13º, com base no art. 201, §§ 5º e 6º, da Constituição Federal. É que, se na ativa não faziam jus à vantagem, como se verá, não se altera essa situação com a passagem para a aposentadoria, eis que a disciplina desta é específica, no caso.

Dispõe o art. 7º, VIII, da Lei Magna:

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

I (...)

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria."

E o art. 39, § 3º:

"§ 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir."

Inquestionável que, por força do art. 7º, VIII, c.c. o art. 39, § 3º, a gratificação natalina somente se aplica aos servidores ocupantes de cargo público.

E sobre o conceito de servidor público tal como dimana da Constituição, assim pontifica o ilustre publicista **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

"8. Servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência."

Compreendem as seguintes espécies:

"a) servidores titulares de cargos públicos no Estado (anteriormente denominados funcionários públicos), nas autarquias e fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo;

b) servidores empregados das pessoas supra-referidas..." ("Curso de Direito Administrativo" — 14ª ed, Malheiros, p. 223/224)

No mesmo sentido, o ilustre constitucionalista **José Afonso da Silva**, com remissão a **Celso Antônio Bandeira de Mello**, **Hely Lopes Meirelles** e **Carmem Lúcia Antunes Rocha**, asseverando:

"O elemento subjetivo do órgão público — o titular — denomina-se genericamente agente público, que, dada a diferença de natureza das competências e atribuições a ele cometidas, se distingue em: agentes políticos, titulares de cargos que compõem a estrutura fundamental do governo, e agentes administrativos, titulares de cargo, emprego ou função pública, compreendendo todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, não eventual, sob vínculo de dependência, caracterizando-se, assim pela profissionalidade e relação de subordinação hierárquica" ("Curso de Direito Constitucional Positivo", Malheiros, 22ª ed., p. 658)

Desse modo, a aplicabilidade de direitos sociais, arrolados no art. 7º da Magna Carta, nomeadamente, no caso, o 13º salário, aos agentes públicos, somente tem cabida se expressamente autorizada pelo Texto Constitucional, qual o refere o § 3º, do art. 39.

"O exame da Constituição Federal, com as alterações da EC n. 19, em especial do art. 37 e seus incisos X, XI, XII, XIII e XV e do art. 39, § 1º, demonstra que há um sistema remuneratório para os ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, para os membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para os detentores de mandato eletivo e para os demais agentes políticos..."

("Direito Administrativo Brasileiro", **Hely Lopes Meirelles**, 28ª ed., Malheiros, p. 448).

Insista-se, sem previsão constitucional, não há como estender aos autores-recorrentes a gratificação natalina.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Jurisprudência da Sexta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 636.940 — PE (2004/0151696-0)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Agravante: Município do Recife
Procuradores: Gustavo Santos Barbosa e outros
Agravada: Suzete Franco da Silva
Advogado: João Baptista da Silva Araújo

EMENTA

Agravo regimental no agravo de instrumento. Data do protocolo da petição de recurso especial ilegível. Impossibilidade de comprovação ulterior. Agravo improvido.

1. A correta formação do agravo de instrumento é ônus do agravante, sob pena de não-conhecimento.

2. Se a máquina de protocolo ou a fotocopiadora do Tribunal de origem, por má qualidade, não permitirem a leitura do carimbo do protocolo, cumpre ao agravante providenciar certidão atestando a data em que a petição do recurso especial foi protocolizada na Corte **a quo**.

3. O recurso especial está sujeito ao duplo juízo de admissibilidade, de modo que o exame dos requisitos de admissibilidade realizado pelo tribunal **a quo** não vincula este Superior Tribunal de Justiça, a quem compete processar e julgar o especial, cabendo-lhe, por conseguinte, o juízo definitivo de admissibilidade.

4. Não se admite, na instância especial, a juntada tardia de peças obrigatórias para a formação do agravo de instrumento, nem a conversão do julgamento em diligência ou abertura de prazo para sanar eventual irregularidade. De fato, com a interposição do recurso, ocorre a preclusão consumativa, não sendo possível suprir eventual irregularidade posteriormente.

5. Precedentes.

6. 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, na confor-

midade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 07.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de agravo regimental interposto em face de decisão que não conheceu de agravo de instrumento, em razão da impossibilidade de se aferir a tempestividade do recurso especial, ante a ilegibilidade da data do carimbo do protocolo.

Aduz o agravante, em suma, que a) apresentou todas as peças obrigatórias para a formação do instrumento do agravo, alegando, para tanto, que não é previsto em lei o requisito da prova da tempestividade do recurso especial ou do protocolo legível; b) é impossível ao Superior Tribunal de Justiça não conhecer de agravo de instrumento pela ausência da prova da tempestividade do recurso especial, se o Tribunal de origem o inadmitiu por outros motivos; c) as exigências não contidas em lei constituem apego ao formalismo inútil.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Não assiste razão ao agravante.

De início, cumpre salientar que é firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça de que a correta formação do agravo de instrumento é ônus do agravante, sob pena de não-conhecimento.

Com efeito, a tempestividade do recurso especial é imprescindível ao julgamento do agravo de instrumento, tendo em vista que este recurso visa justamente comprovar a presença dos requisitos de admissibilidade daquele. Assim, sendo a tempestividade um dos requisitos de admissibilidade do recurso especial, a possibilidade de sua aferição apresenta-se indispensável ao conhecimento do agravo de instrumento.

De igual forma, a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em recurso especial, nos termos do artigo 544, § 3º, do Código de Processo Civil,

requer estejam presentes todas as peças necessárias ao julgamento, cabendo ao agravante a formação completa do instrumento.

Ademais, se a máquina de protocolo ou a fotocopiadora do Tribunal de origem, por má qualidade, não permitirem a leitura do carimbo do protocolo, cumpre ao agravante providenciar certidão atestando a data em que a petição do recurso especial foi protocolizada na Corte **a quo**.

A propósito, insta asseverar que o recurso especial está sujeito ao duplo juízo de admissibilidade, de modo que o exame dos requisitos de admissibilidade realizado pelo Tribunal **a quo** não vincula este Superior Tribunal de Justiça, a quem compete processar e julgar o especial, cabendo-lhe, por conseguinte, o juízo definitivo de admissibilidade. Impende trazer a lume a preleção de **Nelson Nery Junior**:

> "A competência para o juízo de admissibilidade dos recursos é do órgão **ad quem**. Ao Tribunal destinatário cabe, portanto, o exame definitivo sobre a admissibilidade do recurso. Ocorre que, para facilitar os trâmites procedimentais, em atendimento ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade é normalmente diferido ao juízo **a quo** para, num primeiro momento, decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso. De qualquer sorte, essa decisão do juízo **a quo** poderá ser modificada pelo Tribunal, a quem compete, definitivamente, proferir o juízo de admissibilidade recursal, não se lhe podendo retirar essa competência". (**Nery Junior, Nelson**. "Teoria Geral dos Recursos". 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 255)

Há de se ter sob mira, por oportuno, que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em não admitir, na instância especial, a juntada tardia de peças obrigatórias para a formação do agravo de instrumento, nem a conversão do julgamento em diligência ou abertura de prazo para sanar eventual irregularidade. De fato, com a interposição do recurso, ocorre a preclusão consumativa, não sendo possível suprir eventual irregularidade posteriormente.

Nessa linha, vale colacionar o entendimento de **Bernardo Pimentel Souza**:

> "Por fim, não é demais lembrar que compete ao agravante apresentar de uma só vez todas as fotocópias necessárias à formação do instrumento do agravo. Como regra, qualquer irregularidade conduz à prolação de juízo negativo de admissibilidade pelo Ministro designado Relator. Realmente, o § 1º do artigo 544 esclarece que a incompleta formação do instrumento conduz ao imediato "não-conhecimento" do agravo. Nem há permissão de conversão do julgamento em diligência para correção do defeito. Além do mais, o sistema recursal cível é norteado pelo princípio da consumação. Daí a impossibilidade de o agravante

juntar peça obrigatória ou necessária após a interposição do agravo de instrumento. Não bastasse o instituto da preclusão consumativa, também o da preclusão temporal proíbe a apresentação da peça ausente com a interposição de posterior agravo interno". (**Pimentel Souza, Bernardo**. "Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória". 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 453)

Nesse sentido, proclama a jurisprudência:

"Processual Civil. Agravo. Falta da certidão de intimação do acórdão dos embargos. Fundamentação inatacada. Súmula n. 182-STJ. Recurso especial. Carimbo de protocolo ilegível. Tempestividade. Aferição impossível. Juntada de peça. Impossibilidade. Agravo regimental desprovido.

I - Se o carimbo de protocolo de recebimento do recurso especial não permite a aferição da tempestividade, cabe ao interessado obter certidão sanando o vício ainda na instância **a quo**, antes da subida do recurso. Não o fazendo, torna-se impossível o conhecimento do agravo.

II - A vigilância na formação do instrumento é dever da parte, sendo irrelevante a alegação de que a intempestividade não foi decretada pelo Tribunal de origem. No STJ, novo juízo de admissibilidade é exercido.

III - Não é possível a juntada em sede regimental, uma vez que já operou a preclusão consumativa no ato da interposição do recurso.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag n. 593.380, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 13.12.2004)

"Processual Civil. Agravo regimental. Inexistência nos autos de protocolo de recebimento ou certidão atestando a data da interposição do recurso especial. Impossibilidade de verificação da tempestividade. Correta instrução do instrumento. Ônus do agravante.

1. Constitui peça obrigatória, na formação do instrumento do agravo, a data de protocolização do recurso especial, a fim de que se demonstre a tempestividade do recurso especial. Aplicação da Súmula n. 639 do STF.

2. Compete ao Agravante a correta formação do instrumento.

3. A aferição da tempestividade no juízo de admissibilidade do recurso especial pela instância **a quo** não vincula este Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag n. 602.908, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.12.2004)

"Processual Civil. Agravo de instrumento. Recurso especial. Protocolo ilegível. Deficiência na formação do instrumento. Ônus. Agravante. Regular

formação. Juntada extemporânea de documento. Impossibilidade. Preclusão consumativa. Agravo interno desprovido.

I - **In casu**, no presente instrumento encontra-se ilegível a data do protocolo do recurso especial obstaculizado, impossibilitando, assim, a aferição da tempestividade do mesmo.

II - A regular formação do instrumento, cabe ressaltar, é ônus exclusivo do agravante.

III - Conforme cediça jurisprudência, o momento adequado para a perfeita formação do instrumento ocorre quando da sua interposição. A juntada de peça, em sede de agravo interno, não produz o efeito de suprir a irregularidade decorrente da não-adoção dessa providência no tempo oportuno. Incidência da preclusão consumativa.

IV - Agravo interno desprovido." (AgRg no Ag n. 618.817, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 29.11.2004)

2. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 24.974 — MG (2002/0135873-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais
Advogada: Francis de Oliveira Rabelo Coutinho — Defensora Pública
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Paciente: Márcio Alves Correia

EMENTA

Habeas corpus. Réu condenado por tráfico de entorpecentes. Conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia designação de audiência do sentenciado. Impossibilidade. Ordem concedida.

1. Em consonância com o que dispõe o artigo 44, § 4º, do Código Penal, e em obediência ao princípio constitucional da ampla defesa, não pode o Juiz das Execuções determinar a conversão automática de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia ouvida do

sentenciado, quando lhe será dada a oportunidade de justificar o descumprimento das medidas impostas.

2. **Habeas corpus** concedido para, anulando a decisão de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, determinar que o Juízo das Execuções designe audiência prévia para a oitiva do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 05.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado pela Drª. Francis de Oliveira Rabelo Coutinho, Defensora Pública, em favor de Márcio Alves Correia contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O paciente foi condenado pela prática de tráfico de entorpecentes a 3 anos de reclusão, no regime integralmente fechado, pena substituída por prestação de serviços à comunidade e multa. O magistrado de primeiro grau, invocando o não-cumprimento das obrigações impostas ao condenado, determinou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, sustentando a impetração a ilegalidade desse provimento à falta de audiência prévia do paciente.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Tem razão a impetrante.

Assim dispõe o artigo 44, § 4º, primeira parte, do Código Penal:

"A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta."

Ora, o magistrado antes de proceder à dita conversão deve estar convencido de que o descumprimento das obrigações estabelecidas como pena restritiva de direitos não se operou por circunstâncias alheias à vontade do apenado, mas sim injustificadamente, isto é, sem motivo razoável.

Assim, para verificação dessa circunstância, faz-se necessário, em obediência ao princípio da ampla defesa, que se dê oportunidade ao condenado de justificar seu comportamento, sem o que é manifesto o constrangimento decorrente da prematura conversão.

Há precedentes:

A - "Processual Penal. Recurso ordinário de **habeas corpus**. Condenação à pena restritiva de direitos. Descumprimento. Conversão da pena restritiva em privativa de liberdade. Ausência de oitiva do condenado para possível justificação. Necessidade. Descabimento do mandado de prisão.

I - Convertida a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia oitiva do condenado, e sendo expedido mandado de prisão, restou configurado o constrangimento ilegal.

II - Reconhecida pelo Tribunal **a quo** a ilegalidade da decisão que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a oitiva do condenado, não há que se manter o mandado de prisão expedido contra o paciente até que este tenha oportunidade de ser ouvido.

Recurso ordinário de **habeas corpus** provido para que o mandado de prisão expedido contra o paciente seja cassado."

(RHC n. 11.822/MG, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 04.02.2002)

B - "Prestação de serviços. Conversão. Pena privativa de liberdade. Necessidade. Ampla defesa prévia. Descabimento. Exame. Provas. **Habeas corpus**.

I - É necessário possibilitar a ampla defesa ao condenado antes de converter a pena de prestação de serviços em privativa de liberdade.

II - Não cabe exame de provas em sede de **habeas corpus**.

III - Recurso conhecido e improvido."

(RHC n. 5.579/SC, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 23.09.1996)

Na hipótese em exame, verifica-se que não houve a audiência prévia do sentenciado, tendo o Juízo das Execuções, a requerimento do Ministério Público, de-

terminando de pronto a conversão (fl. 19), não levando em conta o pedido da defesa de designação de audiência para a oitiva do paciente.

Diante do exposto, concedo o **habeas corpus** para, anulando a decisão de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, determinar que o Juízo das Execuções designe audiência prévia de ouvida do paciente.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 26.895 — RJ (2003/0018357-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

impetrantes: Ana Maria Mauro — Defensora Pública e outro

Impetrada: Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Ronaldo Lisboa (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Fixação da pena-base. Mau antecedente. Inexistência.

Comprovada documentalmente a inexistência de mau antecedente considerado como negativo para a exacerbação da pena-base, impõe-se a concessão da ordem de **habeas corpus**, com decote da majoração dele decorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 09 de março de 2004 (data do Julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 19.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A Defensora Pública Ana Maria Mauro e o Estagiário de Direito Sylvio de Barros Imbassahy impetram **habeas corpus** em favor de Ronaldo Lisboa, condenado pelos crimes definidos nos arts. 10, § 3º, da Lei n. 9.437/1997, e 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, desafiando acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim ementado:

> "Tráfico. Associação. Porte de armas. Concurso material.
>
> Os crimes previstos nos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976 são autônomos, justificando o concurso material.
>
> A redução pela menoridade é discricionária, pois o Código Penal não estipula o quantitativo a ser observado.
>
> A constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, e sua não-revogação pelo art. 1º, §, 7º, da Lei n. 9.455/1997 são questões hoje despiciendas, frente à jurisprudência harmônica de nossa Corte Maior.
>
> Sucumbência impõe condenação em custas, ante a norma do art. 804 do CPP.
>
> Provimento parcial do apelo ministerial e desprovimento dos defensivos." (fls. 77/78)

Alegam os impetrantes existir erro na dosimetria da pena-base imposta ao paciente, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, pois teria sido considerado como antecedente negativo ação penal na qual foi absolvido.

A Subprocuradoria Geral da República opina pela concessão do **habeas corpus**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A ordem realmente deve ser concedida.

Ao fixar a pena-base relativamente ao paciente, o Juiz sentenciante, no tocante ao delito do artigo 12 da Lei n. 6.368/1976, fls. 35/36, destes autos, assentou:

> "Em relação ao tráfico, reitera-se o que dissemos em relação ao acusado Jerônimo (item 1.2), no que tange ao tipo e quantidade de droga apreendida. Cabe considerar também, à luz do art. 59, os antecedentes do acusado.
>
> Ronaldo conta em sua folha de antecedentes criminais, à fl. 296, com uma condenação por tentativa do roubo transitada em julgado. Não há noticia do cumprimento ou não da pena, nem mesmo de reabilitação, pelo que, observando a data do trânsito em 20.05.1992, e a possibilidade de se ter

afastada a reincidência, valoro a anotação como mau antecedente, exacerbando a pena-base."

Mencionada folha de antecedentes foi trazida a este processo, fl. 93, sendo possível verificar que se trata da fl. 296 da ação penal de que se cuida, dela constando expressamente que o paciente foi absolvido e não condenado por tentativa de roubo, ressaltando daí o equívoco que levou ao aumento de seis meses da pena-base, revelando-se manifesto, como observado no parecer do Ministério Público Federal, o constrangimento ilegal a que ele se encontra submetido.

O Tribunal de origem, no entanto, manteve a fixação da pena-base, para o tráfico, em 4 anos de reclusão, observando:

> "Prosseguindo, combatem os apelantes as penas-base fixadas, sustentando que, sendo primários e de bons antecedentes, as mesmas deveriam ter sido estabelecidas no mínimo legal. Ressaltam que o MM. Juiz sentenciante equivocadamente atribuiu a Ronaldo a reincidência (na verdade valorada como mau antecedente), pois sua FAC revela que o mesmo foi absolvido do crime de roubo tentado (fl. 96).
>
> Realmente, a FAC do apelante Ronaldo demonstra que o mesmo foi absolvido da citada imputação, sendo, assim, os dois recorrentes primários. Contudo, a primariedade e os bons antecedentes não impõem a fixação da pena-base no mínimo legal, devendo ser levadas também em consideração as demais circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, entre elas as circunstâncias e conseqüências dos crimes, que são totalmente desfavoráveis aos apelantes, justificando a fixação das penas-base no patamar estabelecido na sentença recorrida." (fl. 88).

Ora, sem específico recurso da acusação, não poderia o acórdão modificar a pena-base adotada pela sentença, já que reconheceu o equívoco em que ela incorreu, não se mostrando razoável que tivesse procurado corrigi-lo com a afirmação de que as circunstâncias e conseqüências do crime eram desfavoráveis ao paciente.

Diante deste quadro, não havendo dúvida que o acréscimo de seis meses da pena-base fixada para o paciente, no que diz com o tráfico de entorpecentes, resultou de circunstância inexistente, impõe-se seu afastamento da sanção imposta.

Assim, concedo a ordem para, quanto ao crime do artigo 12 da Lei n. 6.368/1976, fixar a pena-base de Ronaldo Lisboa, na ação penal já mencionada, em 3 anos e 6 meses de reclusão, mantidos no mais a sentença e o acórdão.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 27.702 — GO (2003/0049776-9)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Pedro Paulo Guerra de Medeiros

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: Gustavo de Moraes Tavares

EMENTA

Habeas corpus. Processo Penal. Juizado Especial. Lei n. 9.099/1995. Citação. Réu não encontrado. Remessa dos autos à Justiça Comum. Possibilidade. Citação editalícia.

1. Não sendo encontrado o autor do fato delituoso, após efetuadas diversas diligências, os respectivos elementos de prova remetidos ao Juizado Especial devem ser encaminhados à Justiça Criminal Comum, nos termos do parágrafo único do artigo 66 da Lei n. 9.099/1995.

2. A citação por edital é perfeitamente válida, se esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu.

3. **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 19 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 05.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: O Dr. Pedro Paulo Guerra de Medeiros impetra **habeas corpus** em favor de Gustavo de Moraes Tavares, denunciado como incur-

so no art. 129 do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Goiás que denegou o *writ* ali manejado, dispondo o respectivo resumo:

"Ementa: **Habeas Corpus**. Crime de menor potencial ofensivo. Recebimento da denúncia. Nulidade da citação editalícia.

1. Dispõe expressamente o artigo 66 da Lei n. 9.099/1995 que, não encontrado o acusado para ser citado e não comparecendo à audiência preliminar no Juizado Especial Criminal, serão os autos remetidos à Justiça Comum para que se receba a denúncia e determine-se a citação por edital.

2. É legítima a citação editalícia, nos termos do artigo 361 do Código de Processo Penal, desde que não se obteve êxito em localizar o acusado em nenhum de seus prováveis endereços, ainda que esgotados todos os meios para a efetivação do chamamento pessoal.

Ordem denegada." (Fl. 158)

Daí o presente **habeas corpus**, no qual o impetrante requer a nulidade do processo a que foi submetido o paciente, desde a citação editalícia, alegando que não teriam sido esgotados todos os meios para se obter a citação pessoal, não obstante as informações constantes dos autos. Alternativamente, postula a invalidação do feito, a partir do recebimento da denúncia, em razão de não ter sido observado o disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, apesar de presentes os requisitos objetivos para a concessão do benefício da suspensão do processo.

Prestadas as informações de estilo, os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, que proferiu parecer no sentido de se denegar a ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não há como abrigar a irresignação.

Não há qualquer constrangimento a ser aqui sanado, por terem sido encaminhados, pelo Juizado Especial, à Justiça Criminal Comum os elementos de prova relativos à prática de lesão corporal de natureza leve, se restaram infrutíferas as diligências efetuadas para citar o autor do fato, tanto em Goiânia como em Anápolis, nos exatos termos do parágrafo único do artigo 66 da Lei n. 9.099/1995, **in verbis**:

"Art. 66. (...).

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei."

Nesse sentido:

"Processual Penal. Juizado Especial Criminal. Citação pessoal. Impossibilidade. Esquiva da ré. Remessa dos autos ao juízo comum. Art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995. Constrangimento ilegal. Inexistência.

1. Se a ré esquiva-se em receber a citação pessoal, não resta outra alternativa ao magistrado senão remeter o feito ao juízo comum, nos exatos termos do parágrafo único do art. 66 do CPP (**sic**). Contra esta decisão, se cabe recurso, certamente não terá efeito suspensivo, razão pela qual inexiste constrangimento ilegal na efetiva remessa, de pronto, dos autos que, no juízo destinatário, deve seguir seu rito normal.

2. Ordem denegada."

(HC n. 9.416/PR, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 06.09.1999)

Ademais, a citação por edital é perfeitamente válida, se esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu, como no caso, em que ele foi procurado nas duas cidades em que possui residência, conforme se extrai das certidões juntadas às fls. 55 e 123.

Veja-se:

"Criminal. RHC. Estupro. Devolução de prazo para apelar. Nulidade da intimação por edital. Inocorrência. Meios possíveis esgotados. Réu em lugar incerto e não sabido. Apelação em liberdade. Pedido prejudicado. Recurso desprovido.

Não se acolhe alegação de nulidade da citação por edital, se foram esgotados todos os meios à disposição do juízo, que determinou a realização de diligências para a localização do paciente com base nos endereços constantes dos autos, a fim de promover a citação por mandado.

Pertence ao acusado o ônus da devida comunicação de mudança de endereço nos autos de cada feito a que responde.

Pedido de aguardar em liberdade o julgamento de recurso de apelação prejudicado, em função do não-reconhecimento da nulidade apontada.

Recurso desprovido."

(RHC n. 15.108/SP, Relator o Ministro **Gilson Dipp**, DJ de 25.02.2004)

Nessa linha o parecer da Subprocuradoria Geral da República, **verbis,** no que interessa:

"5. Segundo os autos a audiência preliminar onde seria apresentada a proposta de suspensão do processo não fora realizada, em face de não ter sido encontrado o paciente, conforme certidões dos Oficiais de Justiça, em face das diligências procedidas, nas Comarcas de Goiânia — GO e Anápolis — GO, respectivamente, **verbis**:

> 'Certifico e dou fé que em cumprimento ao presente mandado anexo, diligenciando nesta Capital, dirigi-me à Rua 09, n. 545, Setor Oeste, e aí sendo, no dia 02.03.2001, às 12h30min deixei de proceder à intimação do Sr. Gustavo de Moraes Tavares pelo fato de o mesmo não se encontrar presente no momento; segundo fui informado pela Srª. Maria Elizabete de Moraes Tavares (mãe), a qual disse ainda que o filho *reside atualmente na Cidade de Anápolis — GO*, onde o mesmo cursa a Faculdade. Sendo assim, para constar, lavrei a presente certidão. Goiânia 02 de março de 2001. (Fl. 55)
>
> Certifico e dou fé que, em cumprimento ao presente mandado, em diligências nesta Comarca, dirigi-me ao endereço acima especificado, e aí sendo deixei de citar e intimar o acusado, em virtude de não encontrá-lo em sua residência, pois fui informado pela síndica do prédio a Srª. Ivone, que o mesmo está participando de um Congresso (**sic**) na Cidade de Goiânia, *onde também reside*, e que em Anápolis ele vem só para a Faculdade onde estuda, e a Srª. Ivone não soube dizer quando ele voltará, assim sendo, devolvo o mandado na Central por ter esgotado o prazo para cumprimento. Obs.: O acusado está em Goiânia há mais de uma semana, segundo informação da síndica. Anápolis, 1º de outubro de 2002. (Fl. 123)

6. Verifica-se que, mesmo admitida a hipótese do duplo domicílio, foram realizadas diligências para encontrar o acusado, tanto no endereço que forneceu, como no que resultou dos esforços para localizá-lo, impondo-se, desse modo, a remessa dos autos para o Juízo comum, perante o qual se deu lugar a citação por edital, já que, para tanto, estavam presentes os pressupostos do art. 361 do CPP.

7. Desse modo, não há falar em nulidade, pois a não-localização do acusado para ser citado enseja a **declinatória fori** para a Justiça Comum (art. 66 da Lei n. 9.099/1995), embora a competência **ratione materiae** fosse, inicialmente, do Juizado Especial, como tem entendido esse egrégio Tribunal:

'Lei dos juizados especiais. Citação pessoal. Paciente não encontrado citação por edital — procedimento do CPP. — O impetrante pretende seja anulada toda a ação penal, desde o recebimento da denúncia, por inobservância do rito especial de procedimento previsto na lei dos Juizados Especiais. No caso, o réu não foi encontrado para a intimação da audiência preliminar. Na falta de sua localização para citação pessoal, o procedimento passa a ser o do Código de Processo Penal (art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995). A lei dos juizados especiais criminais pressupõe a presença do autor do fato. Sem essa presença, a aplicação da lei perde seu sentido e finalidade. — Destarte, inexiste a nulidade apontada.

(STJ, Quinta Turma; Recurso de Habeas Corpus n. 9.860/SP; Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 20.08.2001; p. 489).'

8. **In casu**, esgotados os meios de encontrar o paciente para a audiência preliminar, foram os autos remetidos à Justiça Comum, onde se procedeu regularmente à citação por edital, sem comprometimento da possibilidade de suspensão do processo." (fls. 181/182)

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 31.411 — PR (2003/0194886-9)

Relator: Ministro Paulo Medina
Impetrante: Wagner de Oliveira Barros
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: Marcos Aparecido da Silva

EMENTA

Penal e Processual. Homicídio. Prisão preventiva. Decretação e revogação. Fundamentação. Ausência.

A prisão preventiva é medida excepcional de cautela processual, cabível quando presentes, objetiva e concretamente, suas hipóteses autorizadoras (art. 312, do CPP).

Carece de fundamentação concreta e objetiva a decisão que assenta genericamente na gravidade da infração para presumir periculosidade e evasão, sem indicar, de modo concreto, os motivos da custódia.

Não atenta contra a instrução criminal nem procura elidir a eventual aplicação da lei penal quem comparece espontaneamente ao interrogatório, mesmo ciente da expedição, contra si, de mandado de prisão preventiva.

Expressões subjetivas de temor, suscitado em razão de percepção íntima da testemunha, extraída de sua acepção particular em face do comportamento do suposto autor do delito, sem justificação objetiva, não traduzem ameaça idônea, bastante para autorizar a segregação cautelar.

Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva de Aguinaldo Campos Soares, Marcos Aparecido da Silva e Sandi Fernandes Moraes, se por outro motivo não estiverem presos, mediante compromisso, expresso em termo apropriado, de comparecerem a todos os atos processuais.

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, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 26 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 1º.07.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de dois **habeas corpus** impetrados em favor de Aguinaldo Campos Soares, Marcos Aparecido da Silva e Sandi Fernandes Moraes, contra acórdãos da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Autos ns. 135.910-2, fls. 70/74 e 136.031-0, fls. 160/164).

No dia 18 de julho de 2002, nas dependências do Centro Social Urbano de Tamarana — PR, faleceu Josemar Muniz, que momentos antes estivera na companhia de Aguinaldo, Marcos Aparecido e Sandi Fernandes Moraes.

Instaurou-se inquérito policial para apurar hipótese de homicídio, conquanto cogitem os envolvidos de morte acidental, à custa da prática de "roleta russa" (fls. 39/40).

Referem declaração médica que entendem sugestiva desta conclusão (fl. 104).

Em 31 de julho de 2002 o Juiz da 5ª Vara Criminal de Londrina decretou a prisão temporária dos acusados por 30 dias (fl. 41, HC n. 31.411/PR).

Após determinar sua prisão temporária por trinta dias, em atenção à representação do Ministério Público, o Magistrado decretou-lhes a prisão preventiva em 30 de agosto de 2002, para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

O *Parquet* ofereceu denúncia contra os três em 06 de setembro seguinte, imputando-lhes a conduta tipificada no art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Sandi Fernandes Moraes foi denunciado também por receptação e porte ilegal da arma utilizada naquele sinistro, porque havida por furto.

Aguinaldo e Sandi foram interrogados em 20 de setembro de 2002, enquanto que Marcos Aparecido, ora paciente, foi interrogado em 02 de outubro seguinte.

Após cada interrogatório, o Juiz da causa determinou a soltura de todos os denunciados (fls. 42 — HC n. 31.411/PR e 48/49 — HC n. 31.412/PR).

Contra estas decisões, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, providos pela Corte Estadual.

Daí o ajuizamento destes dois **habeas corpus**, cujo apensamento determinei, para propiciar julgamento unificado, de vez que se cuida do mesmo fato, com os mesmos supostos agentes, em que são comuns o pedido e a causa de pedir.

Alega o impetrante que não há indícios de autoria suficientes para embasar a prisão preventiva, porque a vítima não foi assassinada, visto que, ao praticar "roleta russa", acabou por ferir-se fatalmente (fl. 14).

Sustenta inexistente o **animus necandi**, comprovado pelo socorro que o paciente e demais denunciados prestaram a Josemar.

Afirma ausentes os requisitos para a custódia cautelar, porque o paciente não está a comprometer a ordem pública, pois tem endereço fixo, vida social harmônica, é primário, está sob tratamento médico e sua liberdade não representa risco, pois não se contrapõe "a qualquer chamado ou medida que vise esclarecer o ocorrido".

Argúi que não há perigo para a instrução criminal porque "os elementos de prova da materialidade já foram recolhidos e nada autoriza afirmar que o paciente

pretende interferir na marcha processual, quer para destruir as provas, quer para intimidar testemunhas" (fls. 26/27).

Assevera que o paciente entregou-se livre e espontaneamente à autoridade policial, compareceu em Juízo para ser interrogado e não está comprovado seu intuito de evadir, porquanto pretende exercer seu direito de defesa (fl. 25).

Infere que "não se pode confundir a figura do imputado com a figura do acusado nem, tampouco esquecer que o fato se deu quando presentes outros três personagens, incluindo o vitimado" (fl. 28).

Requer, liminarmente a revogação da decisão que decretou seu recolhimento preventivo ao cárcere.

Indeferi o pedido liminar (fls. 139/140).

Determinei a reunião dos processos, para ensejar unidade de julgamento (art. 79 do CPP).

Opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Trata-se, com efeito, de evento fatal, do qual resultou a morte de Josemar Muniz, em circunstâncias até então veladas, que deverão, contudo, ser esclarecidas no curso da ação penal.

O que se discute é a necessidade da custódia cautelar, determinada pela Corte Estadual, nos seguintes termos, quanto a Marcos Aparecido (fls. 163/164 — HC n. 31.411/PR):

> "Ora, no caso, verifica-se que após motivação bastante a emprestar apoio para a prisão preventiva do acusado (fls. 103/104) o Dr. Juiz **a quo** culminou revogando-a no despacho de equivocada concessão da liberdade provisória, atendendo reclamo oral do defensor do Réu em audiência (fls. 137), onde argumentou simplesmente o seguinte: *'Diante do interrogatório do Réu acima nominado, e do requerimento feito pela defesa, determino que seja expedido Alvará de Soltura em nome do acusado Marcos Aparecido da Silva, se por 'al não estiver preso', mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, e sob pena de revogação do benefício concedido ao mesmo.'*
>
> Daí a não se conhecer exatamente as razões da mudança de rumo tão significativa, inclusive na implicância do cancelamento do que havia argumentado para sustento da preventiva, particularmente na referência com a periculosidade do agente ...

Da omissão, evidentemente, impossível ao recorrente combater o que somente poderia imaginar em termos de fundamentação; então, com prejuízo do exame do mérito, a conclusão para a acolhida da preliminar a efeito de pronunciar a invalidade do despacho exarado, restabelecendo-se a prisão do recorrido."

Com relação aos co-réus Aguinaldo e Sandi, adotando o parecer do Ministério Público, decidiu aquela Corte (fls. 75/78 (HC n. 31.412/PR):

"Na matéria de fundo, como igualmente bem destacado pelo representante do *Parquet* em segundo grau, Dr. João Gualberto Fonseca Caldas, a segregação cautelar dos recorridos é de rigor.

[...]

De fato, se nota que os ora recorridos são acusados de delitos de extrema gravidade, um deles classificado como hediondo, indicando que acabaram por infundir sentimento de intranqüilidade na pequena comunidade local.

Mesmo a primariedade e bons antecedentes ostentada pelos recorridos não obsta a segregação cautelar...

[...]

Destarte, a conclusão pelo provimento do recurso para cassar a decisão objurgada, restabelecendo-se então a prisão preventiva daqueles dois acusados."

Como se vê de ambos arestos, foi restabelecida a prisão preventiva, à custa da gravidade do crime, de intranqüilidade da urbe e à falta de fundamentação para sua revogação.

Não obstante, a prisão preventiva é medida excepcional de cautela processual, cabível quando presentes, objetiva e concretamente, suas hipóteses autorizadoras.

Os acusados compareceram espontaneamente ao interrogatório, mesmo sabedores da expedição de mandado de prisão preventiva, razão pela qual foram postos em liberdade, em juízo de retratação, pelo mesmo Juiz que lhes coarctara a liberdade.

Penso que a decisão concessiva de liberdade, ainda que não conte com fundamentação exteriorizada, pondera — porque o Juiz é criterioso, responsável e merece crédito — que tal comportamento indica, de forma clara, que não estão determinados a comprometer a ordem pública ou obstruir a instrução criminal e, na medida em que se sujeitam à prisão, demonstram estar conformes à eventual aplicação da lei penal.

De outra parte, o decreto prisional, revogado pelo próprio Magistrado, também carece de fundamentação concreta e objetiva, pois assenta genericamente na gravidade da infração para presumir periculosidade e evasão, além de referir, sem identificar seus autores, ameaças que teriam sido feitas pelos acusados contra testemunhas oculares.

Tais ameaças — que não foram analisadas pelo Tribunal —, conforme consigna o *Parquet* na petição recursal, teriam sido noticiadas por Mário Muniz, pai da vítima, Paulo Francisco Nunes e Marcelo de Figueiredo.

Os relatos, todavia, não são idôneos, para o fim de autorizar a custódia antecipada.

Mário Muniz, pai da vítima, afirma apenas que (fl. 64):

> "... as pessoas suspeitas de matarem o seu filho estão andando livremente na cidade e aquelas que ligaram para a residência do declarante têm medo de prestar depoimento porque os assassinos estão soltos..."

Paulo Francisco, por sua vez, afirmou (fl. 64):

> "... o depoente e Marcelo viram eles com a vítima segundos antes desta morrer, e por isso fazem questão de olhar o depoente e Marcelo com olhares ameaçadores, como procurando fazer com que o depoente e seu colega não comentassem o que viram naquela noite..."

Marcelo, a seu turno, declarou (fl. 65):

> "... que Naldão, Sandi e Marcos estão olhando ele e Paulo de forma estranha e o depoente está com medo de ser morto [...] viram eles com a vítima em frente ao predinho do Chanan, local onde Josemar foi morto, e por isso esses três olham de forma ameaçadora para o depoente e Paulo, com objetivo de intimidá-los..."

A meu sentir, não passam de expressões subjetivas de temor, objetivamente injustificado, suscitado tão-somente em razão de percepção íntima de cada um, extraída de sua acepção particular acerca do olhar dos acusados, que foi reputado ameaçador.

A percepção subjetiva, enquanto único fundamento da ameaça, não é bastante sequer para configurar o crime, quanto mais para autorizar a prisão preventiva de alguém que, concretamente, nada fez para coagir testemunhas.

Alberto Silva Franco, apropriadamente consigna:

> "Mas a sensibilidade do sujeito passivo à ameaça não é dado por critério subjetivo e sim objetivo. Deve ter-se em vista não o ameaçado, mas a generali-

dade, a normalidade dos homens, pois os valentes ou intrépidos e os pulsilânimes ou poltrões são extremos, entre os quais se coloca o homem comum ou normal. Mesmo em Códigos diversos do nosso, como o suíço, não faltam vozes que chamam a atenção para este ponto: *ainda que a vítima pretenda ter sido alarmada ou atemorizada, o juiz não deverá condenar, senão quando houver ameaça grave, isto é, promessa de um mal de certa gravidade objetiva.*"

(**Alberto Silva Franco et al**, "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", Vol. 1, Tomo II, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 2.296)

Para além disso, nada há nos autos que aponte qualquer ação empreendida pelos pacientes, no sentido de, efetiva e objetivamente, justificar sua prisão cautelar.

Sem embasamento concreto, descabe a prisão preventiva.

A propósito, recolho os seguintes precedentes desta Turma:

"**Habeas corpus**. Processual Penal. Concussão e quadrilha ou bando. Inobservância do artigo 514 do Código de Processo Penal. Irrelevância. Instauração de inquérito policial e concurso material de delitos. Prisão preventiva. Fundamentação insuficiente. Ordem concedida.

Omissis.

4. A toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

5. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação, não raramente, com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

6. A prisão preventiva, embora não conflitante com o ordenamento constitucional, não pode decorrer de juízos abstratos e considerações infundadas, de modo que a própria lei processual, em seu artigo 312, definiu com exatidão os requisitos e pressupostos para a sua imposição.

7. A condição profissional do acusado não pode repercutir na privação do seu direito de responder solto a eventuais processos criminais, mormente quando fundada em meras presunções de reiteração delituosa.

8. *Ameaças no curso do processo, quer contra testemunhas, quer contra a própria autoridade policial, somente justificam a custódia cautelar, como garantia da instrução criminal, quando acompanhadas de indícios mínimos de sua existência.*

9. Ordem concedida para revogar a custódia do paciente."

(HC n. 20.887/SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 10.03.2003, p. 526)

"**Habeas corpus**. Prisão preventiva. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional e a ordem tributária nacional. Conveniência da instrução criminal. Atemorização de testemunhas.

1. A atemorização de testemunhas para justificar a prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal, segundo o entendimento pretoriano, deve ter por base 'dados sólidos' e não meras conjecturas.

2. Carece, nestas circunstâncias, de fundamentação o decreto de prisão que não traz demonstração objetiva de que a conduta do paciente é apta a ensejar o seu afastamento do convívio social, mesmo porque na fase do inquérito, a prova oral já foi devidamente ministrada, sem que as testemunhas, segundo consta, por ele intimidadas, se omitissem em prestar informações reputadas necessárias ao esclarecimento do busílis.

3. Estas testemunhas, por outro lado, em outras esferas, litigam contra o paciente e os fatos em apuração se relacionam mais com a prova documental, sendo a testemunhal de caráter meramente ancilar.

4. Ordem concedida."

(HC n. 13.921/CE, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 23.04.2001, p. 187)

O Supremo Tribunal Federal não discrepa deste orientar, como se vê do seguinte julgado, a seguir transcrito:

"Ementa:

I - Recurso ordinário de **habeas corpus** (ou **habeas corpus** originário que o substitua): liberdade de fundamentação. Não se impondo o requisito do prequestionamento — peculiar aos recursos extraordinário e especial — ao recurso de denegação de **habeas corpus** — que é ordinário (CF, arts. 102, II, **a** e 105, II, **a** — nem, **a fortiori**, à impe-

tração originária que a substitua, uma vez mantida a identidade do pedido, é lícito ao recorrente ou impetrante aditar novos argumentos à fundamentação originária.

II - Prisão preventiva: fundamentação inadequada. Não constituem fundamentos idôneos, por si sós, à prisão preventiva: a) o chamado clamor popular provocado pelo fato atribuído ao réu, mormente quando confundido, como é freqüente, com a sua repercussão nos veículos de comunicação de massa; b) a consideração de que, interrogado, o acusado não haja demonstrado 'interesse em colaborar com a Justiça'; ao indiciado não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar — que é todo dos organismos estatais da repressão penal; c) *a afirmação a ser o acusado capaz de interferir nas provas e influir em testemunhas, quando despida de qualquer base empírica*; d) o subtrair-se o acusado, escondendo-se, ao cumprimento de decreto anterior de prisão processual."

(HC n. 79.781/SP, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 09.06.2000, p. 22)

O exame dos autos demonstra que inexistem motivos de cautela processual suficientes para autorizar a prisão preventiva dos pacientes.

São réus primários, de bons antecedentes, com residência fixa e ocupação lícita, que se apresentaram espontaneamente à autoridade judicial, ainda que cientes da expedição, em seu desfavor, de mandado de prisão.

Se tais condições não são capazes de impedir a prisão preventiva, não podem, desmotivadamente, ser desprezadas como írritas.

Porque oportuno, destaco o seguinte precedente deste Tribunal:

"Processual Penal. Prisão preventiva. Motivação. Necessidade. Pessoa e crime.

A crueldade de um crime não constitui, por si só, motivo para decretar-se a prisão preventiva de quem é primário, tem bons antecedentes, profissão definida exercida regularmente na Comarca, e que se apresentou de livre vontade à autoridade policial.

Quem está em julgamento é a pessoa humana e não o delito.

A motivação do ato deve ter em conta fatos concretos atribuíveis ao réu que autorizem a constrição, sendo insuficiente repetir os termos legais.

Há necessidade de se demonstrar de forma concreta, por exemplo, que a ordem pública ou a instrução criminal ficarão comprometidas permanecendo o réu livre.

(RHC n. 4.696/PR, Relator o Ministro Jesus Costa Lima, DJ de 28.08.1995, p. 26.644)

No confronto entre decisões antagônicas, ambas carentes de fundamentação, há de prevalecer, por coerência jurídica, aquela que, à luz da presunção constitucional de não-culpabilidade, prestigia a liberdade, posto que regra sadia de convivência social, condizente com o Estado Democrático de Direito.

Posto isso, *concedo* a ordem para revogar a prisão preventiva de Aguinaldo Campos Soares, Marcos Aparecido da Silva e Sandi Fernandes Moraes, se por outro motivo não estiverem presos, mediante compromisso, expresso em termo apropriado, de comparecerem a todos os atos processuais.

HABEAS CORPUS N. 31.614 — SP (2003/0201384-0)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: José Osmando Feitoza

Impetrada: Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Edson Rocha Gabriel (preso)

EMENTA

Penal. Estupro simples. Crime hediondo configurado. Regime prisional. Progressão. Impossibilidade.

O estupro e o atentado violento ao pudor ainda que praticados na forma simples, seja com violência real ou presumida, configuram crimes hediondos.

Na espécie, a prática delituosa esteve amparada por ameaça e violência reais, traduzidas no emprego de faca, sob promessa de morte, visando constranger a vítima.

A Lei n. 9.455/1997 dispõe exclusivamente sobre crimes de tortura, sendo descabida estender seus efeitos aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional.

Precedentes desta Corte e do STF.

Ordem denegada.

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, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** em causa própria, com pedido liminar, contra acórdão da Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatado nos autos da Apelação Criminal n. 299.972-3/3 (Processo n. 487/1998 — 2ª Vara Criminal de Taubaté — SP).

O paciente foi condenado a cumprir 11 anos e 8 meses de reclusão em regime integral fechado, por infração ao artigo 213, c.c. o art. 224, alínea **a** e 226, incisos II e III, na forma do artigo 71, todos do Código Penal.

Alega o impetrante/paciente constrangimento ilegal que advém da imposição do regime prisional integralmente fechado, por entender que não se cuida, na espécie, de crime hediondo, uma vez que "não houve lesão grave, nem morte" (fl. 7).

Afirma ter havido violência presumida e não real.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem, para que cumpra a reprimenda corporal em regime inicial fechado.

O Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atendendo a pedido de informações, fez juntar cópias das principais peças do processo (fls. 28/75).

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem, ante a impossibilidade, em crime hediondo, de progressão de regime prisional (fls. 77/79).

Prestadas as informações, opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): o paciente foi condenado como incurso nas penas do artigo 213, c.c. o art. 224, alínea **a** e 226, incisos II e III na forma do art. 71 (por reiteradas vezes), todos do Código Penal, porque (fl. 35):

> "... de diversas feitas, agindo em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, em diferentes horários, em interstício iniciado no ano de 1994 e que se prolongou até recentemente, no interior da residência sita na Avenida Anastácia n. 22, Jardim Gurilândia, nesta Cidade e Comarca, constrangeu, mediante violência ficta, a menor Priscila Tatiane de Jesus Oliveira, sua enteada e registrada como filha, então menor de quatorze anos de idade, à conjunção carnal."

A questão posta em causa diz respeito à equiparação estupro simples como crime hediondo, a teor do art. 1º da Lei n. 8.072/1990, para efeito de progressão do regime prisional, também a teor do que dispõe a Lei n. 9.455/1997.

O texto legal supracitado traduz a compreensão de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor constituem crimes hediondos quando deles resulta lesão corporal de natureza grave ou morte, conforme dispõe o artigo 224, **caput**, e parágrafo único do Código Penal.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 81.288/SC, em que foi Relator o Ministro Maurício Corrêa, decidiu que o estupro e o atentado violento ao pudor, tanto em suas formas simples quanto qualificadas, configuram crime hediondo, alcançados pela Lei n. 8.072/1990, aplicando-se-lhes, por conseguinte, regime fechado integral de cumprimento da pena.

Recolho, neste particular, os seguintes julgados:

> "Ementa: **habeas corpus**. Penal. Processual Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Crimes hediondos.
>
> O Plenário deste Tribunal decidiu que os crimes capitulados nos arts. 213 e 214 do CP são hediondos, independente da natureza das lesões corporais deles decorrentes. (HC n. 81.288, Redator para o acórdão Ministro Velloso). Inviável, portanto, a desclassificação. **Habeas** indeferido."
>
> HC n. 81.891/SP, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 21.06.2002)
>
> "Recurso ordinário em **habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Crime hediondo. Regime prisional integralmente fechado.
>
> O Plenário desta Corte, ao julgar o HC n. 81.288, Rel. p/o acórdão o Ministro Carlos Velloso (Sessão de 17.12.2001), firmou o entendimento de que

o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI da Lei n. 8.072/1990. O cumprimento da respectiva pena, assim, deve se dar no regime integralmente fechado, sem direito à progressão. Recurso ordinário improvido."

(RHC n. 82.098/PR, Relatora a Min. Ellen Gracie, DJ de 29.11.2002)

Do mesmo modo vem decidindo esta Corte, como se pode ver dos seguintes precedentes, **in verbis**:

"**Habeas corpus**. Estupro e atentado violento ao pudor. Forma simples. Violência real ou presumida. Crimes hediondos. Progressão de regime prisional. Incabimento. Ordem denegada.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou-se no entendimento de que a natureza hedionda comunica-se a todas as formas de estupro e atentado violento ao pudor, e não apenas às suas formas qualificadas (artigo 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/1990).

2. Ordem denegada."

(HC n. 25.635/SP, Relator o Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 17.03.2003)

"Execução penal — Estupro e atentado violento ao pudor — Crime hediondo — Progressão de regime prisional — Impossibilidade.

— Nos delitos previstos na Lei de Crimes Hediondos — aqui inseridos o estupro e atentado violento ao pudor — o regime de cumprimento de pena é o fechado, vedada a progressão.

— Precedentes.

— Ordem denegada."

(HC n. 24.568/SP, Relator o Min. Jorge Scartezzini, DJ de 24.03.2003)

De outra parte, a Lei n. 9.455/1977 dispõe unicamente sobre crimes de tortura, de sorte que seus efeitos não alcança os delitos capitulados como hediondos, a teor da Lei n. 8.072/1990.

A propósito, confira-se:

"Criminal. RHC. Tráfico de entorpecentes. Execução. Progressão. Regime integralmente fechado. Lei n. 8.072/1990. Vedação legal à progressão. Lei n. 9.455/1997. Exclusividade dos crimes de tortura. Recurso desprovido.

As condenações por tráfico de entorpecentes, delito equiparado a hediondo pela Lei n. 8.072/1990, devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional. Precedentes.

Recurso desprovido."

Portanto, não se visualiza a alegada coação ilegal, suscetível de correção por **habeas corpus**.

Posto isso, *denego* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 31.692 — PE (2003/0204632-9)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrantes: Fernando José Alves de Souza e outro

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: Pedro Ricardo de Araújo (preso)

EMENTA

Penal e Processual. Homicídio. Prisão preventiva. Requisitos. Fundamentação. Gravidade do crime. Crime hediondo. Clamor público. Periculosidade.

As decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade art. 93, IX, CRFB).

A prisão preventiva é medida excepcional de cautela, cabível apenas quando comprovados objetiva e concretamente, com motivação atual, seus requisitos autorizadores.

A gravidade do delito e a periculosidade do agente, ainda que em hipótese de crime hediondo, se consideradas de modo genérico e presumidas de maneira divorciada de fundamentação fática objetiva e atual, não são capazes de, **per se**, autorizar a custódia cautelar.

O clamor público, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não é bastante, por si só, de fazer presente o **periculum libertatis** e de justificar a prisão preventiva.

Precedentes.

Ordem concedida.

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, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 06 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 03.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar, contra acórdão denegatório da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, assim ementado (fl. 141):

> "Ementa: Penal/Processual Penal — **Habeas Corpus** — Homicídio qualificado — Prisão preventiva — Falta de fundamentação — Não-ocorrência — Ordem denegada — Unânime.
>
> Prisão preventiva. Motivação convincente. Revogação parcial. Não há ilegalidade no despacho do juiz que, com base em elementos dos autos, revoga o decreto constritivo em relação a réu, cuja partição no fato, dito criminoso, é duvidosa, e mantém a medida coercitiva contra acusado sobre quem pesa a autoria do delito."

Por fato ocorrido na madrugada do dia 06 de maio de 2002, o paciente, juntamente com outros quatro indivíduos, foi denunciado, em 20 de setembro de 2002, ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Garanhuns — PE, como incurso na sanção do artigo 121, § 2º, incisos II e IV, com a agravante do artigo 61, c.c. o art. 29, todos do Código Penal.

Consta dos autos que, naquele dia 06 de maio o paciente, durante o desenrolar de uma festa carnavalesca — produzida por si e pelo denunciado Luciano José Souto Almeida — em meio a um tumulto, seguido de espancamento, terá atirado em Ricardo Alexandre Barros Dantas, o qual veio a falecer no hospital para onde foi levado.

Todos os denunciados prestaram depoimento no dia 27 de junho de 2002 (fls. 53/65), ocasião em que o paciente negou a imputação que lhe fizera o *Parquet*.

O relatório da autoridade policial, confeccionado em 04 de julho de 2002, concluiu pela participação dos denunciados e de Wellington Batista Lins no delito sem, contudo, representar por sua prisão preventiva (fls. 66/78).

O magistrado recebeu a denúncia em 24 de setembro de 2002 e, atendendo à representação do Ministério Público (102/103), decretou a prisão preventiva dos denunciados em face da periculosidade demonstrada pelo criminoso (fl. 104).

Em 06 de outubro de 2002 o Juiz da causa marcou o interrogatório dos acusados para o dia 21 de março de 2003 (fl. 87), data em que todos os denunciados foram ouvidos, mediante precatória, pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de Recife (fls. 89/98).

Carta precatória de 10 de abril de 2003 deprecou a intimação dos réus para a audição das testemunhas, marcada para o dia 17 de junho de 2003.

Em 30 de maio de 2003 o Juízo da 1ª Vara do Júri da Comarca de Recife encaminhou ao Delegado de Polícia Civil da Capital, para cumprimento, os mandados de prisão preventiva (fl. 100).

Pedido de revogação da prisão preventiva (fls. 109/115), seguido de manifestação do Ministério Público (fls. 117/118v.) foi indeferido em 16 de junho de 2003 (fls. 119/121).

Novo interrogatório dos réus foi marcado em 05 de agosto, para realizar-se em 14 de agosto de 2003 (fl. 107).

As testemunhas foram inquiridas em 21 de agosto de 2003 (fls. 122/134)

Narra o impetrante que requereu **habeas corpus** perante a Corte Estadual, pleiteando a revogação da prisão preventiva, alegando que o decreto carece de fundamentação.

Alega que ninguém reconheceu os acusados em três oportunidades distintas e que a decisão que resultou na decretação da custódia cautelar não ostenta suporte fático-jurídico para legitimar a segregação.

Afirma que a ordem pública não está conturbada e inexiste qualquer temor de que a instrução criminal poderá sofrer transtornos porque as diligências da fase inquisitorial realizaram-se na mais absoluta normalidade.

Assevera que, ao contrário, o paciente colaborou com a justiça, inclusive apresentando-se espontaneamente em juízo para o primeiro interrogatório, mesmo sabendo da existência de mandado de prisão (fl. 10).

Reporta que o paciente somente foi recolhido por ocasião de seu segundo interrogatório, para o qual compareceu voluntariamente, até porque é cidadão primário, que tem família constituída e profissão definida (fl. 8).

Infere ausentes os requisitos da custódia cautelar e, ainda, que a decisão, mantida pela autoridade impetrada, carece de fundamentação, tal qual exige o art. 93, inciso IX, da CRFB.

Argúi que, à exceção do paciente, todos os demais acusados estão soltos e, por serem idênticas as situações fático-jurídicas, invoca o princípio da isonomia para, na forma do art. 580 do CPP, concluir adequada a extensão do benefício da liberdade provisória ao paciente.

Requer, liminarmente, a revogação da prisão preventiva, com imediata expedição de alvará de soltura.

Porque satisfativo, indeferi o pedido liminar (fls. 147/148).

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem, sob o argumento de que "a gravidade do delito e a periculosidade do agente podem ser suficientes para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública" (fls. 150/153).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Sr. Presidente, Sr. Ministro Paulo Gallotti, o crime imputado ao paciente ocorreu em 06 de maio de 2002.

A denúncia foi recebida em setembro, após haverem os denunciados comparecido à delegacia em junho, para prestar depoimento.

Naquela ocasião, decidiu o Juiz decretar a prisão preventiva de todos os acusados, nos seguintes termos (fl. 105):

> "Ao crime imputado aos acusados é cominada pena de reclusão de doze a trinta anos, o que, em princípio, consoante o teor do art. 313 do Código de Processo Penal, recomenda a decretação da prisão preventiva, quando houver

prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, além do que tal delito é insusceptível de fiança e liberdade provisória pelo **quantum** da pena e pelo **modus operandi**.

No caso, a materialidade está devidamente comprovada pelo Auto de Exame Tanatoscópico e os indícios de autoria, já conforme mencionado, estão presentes.

A jurisprudência é farta em decisões no sentido de que a prisão preventiva pode ser decretada em face da periculosidade demonstrada pelo criminoso, o que é o caso dos presentes autos, onde as circunstâncias demonstram frieza e perversidade dos executores do nefasto crime, pessoas que deveriam levar tranqüilidade aos foliões e que se utilizavam da função que exerciam para massacrar um jovem que apenas transitava em um bloco carnavalesco.

[...]

Ressalte-se que a ordem pública está lesionada, necessitando, urgente, de medidas de proteção que levem segurança à sociedade como um todo, o que vem levando a jurisprudência a ter como recomendável a custódia preventiva:

[...]

Oportuno lembrar que o art. 2º da Lei n. 8.072/1990 prescreve serem os crimes hediondos insusceptíveis de fiança e liberdade provisória.

Do exposto, verificam-se presentes o **periculum in mora** e o **fumus boni iuris**, elementos ensejadores da decretação da custódia cautelar."

Ao indeferir o pedido de revogação da prisão preventiva, assim expendeu o Magistrado seu convencimento (fl. 120):

"A vítima não se encontrava sozinha, estando no momento fatal acompanhada de seus amigos, e terceiros viram os supostos acusados momentos depois do disparo.

Dos acusados, os quatro primeiros foram reconhecidos na Delegacia de Polícia, apenas o acusado Ivan Martiniano de Oliveira, não foi.

Este crime em apuração teve uma imensa repercussão nesta comunidade, chegando a cogitar o fim deste evento, fato debatido na imprensa local e na Câmara de Vereadores.

Apesar do comparecimento dos acusados ao interrogatório ocorrido na cidade de Recife — PE, entendo que os elementos que basearam a decisão da decretação da prisão preventiva persistem em relação aos quatro primeiros acusados. (Grifei)

Assim, indefiro o pedido da defesa e mantenho a decisão de fls. 161/163 em relação aos acusados Shirleno Francisco de Souza, Pedro Ricardo de Araújo e Luiz Wilker do Nascimento."

A questão foi submetida ao Tribunal de Justiça pernambucano que, por sua Primeira Câmara Criminal, estribado na decisão de primeiro grau, denegou a ordem ali impetrada, com o seguinte convencimento (fls. 137/138):

"No ato do recebimento da denúncia, a Juíza processante decretou a prisão preventiva de todos os acusados, fls. 62/64, despacho datado de 24.09.2002.

Em 16.06.2003, atendendo pleito da defesa, o Juiz Márcio Bastos Sá Barreto, em exercício cumulativo, revogou a preventiva dos acusados Luciano José Souto Almeida e Ivan Martiniano de Oliveira, mantendo-a quanto aos pacientes, despacho de fls. 94/96.

Pelo Ofício n. 748/2003, de 15.08.2003, fl. 136, informa o Juízo coator que o paciente Pedro Ricardo de Araújo, então em liberdade, foi recolhido ao Presídio de Pesqueira e que revogou a preventiva do paciente Luiz Wilker do Nascimento.

Alegam os impetrantes falta de fundamentação da preventiva.

A preventiva foi decretada a requerimento do Ministério Público, fls. 60/61, expressando a autoridade impetrada, em redação razoável, as razões da conveniência e necessidade da custódia cautelar. Tenho, por válido, o despacho.

[...]

Em resumo, a preventiva está em vigor, apenas, contra os réus Shirleno Francisco de Souza e Pedro Ricardo de Araújo, ambos presos, sobre os quais, na ótica dos juízes de primeiro grau que despacharam no processo, incide a autoria do fato, dito criminoso, pelo menos até o momento.

Posto isso, nego a ordem para manter a prisão preventiva de Shirleno Francisco de Souza e Pedro Ricardo de Araújo, declarando prejudicado o pedido em relação ao paciente Luiz Wilker do Nascimento."

Tenho que a Câmara Criminal coatora, ao declarar válido o despacho monocrático, sem expender as considerações requeridas pelo impetrante, atinentes à ausência de fundamentação daquele despacho, não entregou prestação jurisdicional adequada.

De outra parte, o decreto de prisão preventiva, proferido em uma única oportunidade com relação a todos os co-réus, não refere nenhum ato ou fato concreto

pelo qual todos os denunciados estariam a conturbar a ordem pública, comprometer a instrução criminal ou, enfim, elidir a aplicação da lei penal.

O desenvolver do processo demonstra efetivamente o contrário, posto que nenhuma notícia há sobre nova infração eventualmente praticada pelos denunciados, os quais prestaram depoimento perante a autoridade policial e compareceram ao interrogatório em duas oportunidades sucessivas, quando já havia sido determinada sua custódia cautelar.

O juízo expendido sobre a gravidade do homicídio é correto, posto que a vida é o bem maior que, juntamente com a liberdade, é assegurado pelo direito pátrio.

Entretanto, não justifica inferir periculosidade sem a necessária motivação, fundamentada objetiva e concretamente, para fins de coarctar a liberdade do cidadão.

Neste sentido, confira-se:

> "Processo Penal — Prisão preventiva — Homicídio — Gravidade do delito — Fundamentação — Argumentação genérica.
>
> — A prisão preventiva, consoante uníssona doutrina e jurisprudência, deve ser calcada em sua extrema necessidade, fazendo-se mister, além da materialidade e indícios de autoria, a presença concreta de circunstâncias que a recomendem, lastreada nas hipóteses previstas no art. 312 do CPP. Destarte, a gravidade do delito, considerada isoladamente, não enseja o decreto constritivo antecipado.
>
> — Precedentes do STJ e STF.
>
> — Recurso provido para revogar a prisão preventiva decretada acerca destes fatos, ressalvada a necessidade de decretação de sua custódia por motivo superveniente."
>
> (RHC n. 14.496/CE, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 19.12.2003, p. 499)

Nem mesmo o disposto no art. 2º da Lei n. 8.072/1990, autoriza, em qualquer caso, a prisão processual obrigatória, como reiteradamente tem sido a orientação deste Tribunal.

A propósito, destaco o seguinte precedente:

> **Habeas corpus**. Processual Penal. Prisão cautelar. Crimes de homicídio qualificado consumado e tentado. Sentença de pronúncia que adota como fundamento os motivos exarados no decreto de prisão preventiva. Ausência de fundamentação legal. Alegação genérica do clamor público e conveniência da instrução criminal. Precedentes do STF e do STJ.

1. Sendo a prisão cautelar uma medida extrema e excepcional, que implica em sacrifício à liberdade individual, é imprescindível, em face do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva.

2. O clamor público, dissociado de qualquer outro elemento concreto e individualizado, não tem, por si só, o condão de justificar a prisão cautelar. Precedentes do STJ.

3. Segundo reiterado posicionamento dos Tribunais Superiores, não obstante os pacientes terem sido pronunciados por crime hediondo, faz-se imprescindível, para a manutenção da segregação cautelar, a justificativa cabal de sua imposição, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ.

4. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para revogar a prisão cautelar decretada em desfavor dos pacientes, sem prejuízo de nova decretação de custódia cautelar devidamente motivada."

(RHC n. 14.496/CE, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 19.12.2003, p. 499)

Do mesmo modo, tem sido reiterada a orientação deste Tribunal Superior acerca da insuficiência do clamor público para autorizar a prisão preventiva, de vez que, tomado isoladamente não é capaz de infletir no **status libertatis**.

Colaciono, no particular, o seguinte precedente:

"**Habeas corpus**. Prisão preventiva. Clamor público.

O clamor público, no sentido de a comunidade revoltar-se contra o acusado, retratando indignação popular, no mais das vezes, isoladamente, não autoriza a prisão preventiva, porque não se confunde com a ordem pública, cujo resguardo legal tem por finalidade impedir a prática de novos delitos.

Precedentes do STJ e STF.

Ordem concedida."

(HC n. 26.668/BA, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 25.02.2003, p. 384)

Por fim, no que pertine à alegada periculosidade do autor do delito, há que se ponderar tratar-se de fato isolado que, por si só, não conduz à ilação de que esteja presente, na espécie, o **periculum libertatis**, o que se comprova pelo natural curso da instrução criminal.

Ressalto, neste ponto, o seguinte julgado, de minha relatoria:

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Requisitos. Artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, espécie do gênero prisão cautelar, é medida excepcional, dada a relevância do princípio constitucional da presunção de inocência, devendo ser decretada tão-somente nos estritos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

O risco à garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal deve estar amparado em elementos concretos e objetivos, não atendendo às exigências legal e constitucional a prisão preventiva embasada em repercussão e clamor sociais e no temor abstrato das testemunhas em sofrer retaliações.

Impõe-se a revogação da prisão preventiva tendo em vista a inexistência dos requisitos autorizadores previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, relevando, ainda, em favor dos pacientes, a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a ocupação lícita.

Ordem concedida."

(HC n. 29.098/PB, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 03.11.2003, p. 353)

Na espécie, para além da gravidade do homicídio e do aventado clamor que o fato suscitou na comunidade de Garanhuns, não indicam a decisão de primeira instância e o acórdão impugnado, fatos ou circunstâncias concretas e objetivas pelos quais o paciente estaria a comprometer a ordem pública, obstar a instrução criminal ou furtar-se da aplicação da lei penal.

Noticiam os autos que todos os demais co-réus foram postos em liberdade e a prisão do paciente, efetivada mais de um ano depois do fato, após regular instrução criminal, para a qual colaborou, não logra amparo no disposto no artigo 312 do CPP.

Posto isso, *concedo* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 35.648 — SP (2004/0071026-1)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Impetrantes: Sandy Pedro da Silva e outro
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Marcos Aurélio de Araújo

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Crime de responsabilidade de ex-prefeito. Desvio de verbas públicas e fraude em licitação. Convênio firmado entre o Ministério da Saúde e o Município. Participação da União na compra de equipamento hospitalar para o SUS. Fiscalização do TCU. Competência da Justiça Federal. Súmula n. 208 do STJ. Nulidade configurada.

1. O Enunciado n. 208 da súmula desta Corte Superior determina que "compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal";

2. As verbas para compra do equipamento possuíam origens diversas: uma grande parte pertencente à União e o restante à Municipalidade; a União tinha o dever de supervisionar execução do convênio; o Município tinha o dever de prestar contas; na hipótese de não-execução do convênio, deveriam os recursos repassados ser reembolsados à União;

3. Não houve incorporação ao patrimônio do Municípios da verba destinada à compra do equipamento especificado, fato que, aliado à necessária prestação de contas perante órgão da União Federal, determina ser a Justiça Federal a competente para processar e julgar o feito;

4. Ordem parcialmente concedida.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 04.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Marcos Aurélio Araújo, contra

decisão da Décima Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

Narra a impetração que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 1º, inciso III, e § 2º, do Decreto-Lei n. 201/1967 e artigo 96, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

O Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Piraju proferiu decisão afirmando sua incompetência para o processamento e julgamento do feito, determinando sua remessa ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nos autos da Ação Penal Originária n. 432.635.3/4, a Segunda Vice-Presidência daquela Corte, declinando de sua competência, remeteu os autos ao juízo de origem, ante a declaração, pelo órgão especial, da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 10.628/2002.

Pugnou, então, o paciente, ver reconhecida a incompetência do juiz singular para processar e julgar a causa; a exceção foi rejeitada (fls. 124/127-STJ).

Houve a impetração de **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça paulista, para que fosse declarada a incompetência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento do feito, com a conseqüente nulidade da ação penal instaurada. A Décima Quinta Câmara do TACrim/SP, não conhecendo da ordem, determinou o seu envio a esta Corte de Justiça (fls. 155/162-SP).

Informações prestadas (fls. 178/220-STJ); o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 223/228-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Com razão o representante ministerial.

2. Diz o Enunciado n. 208 da Súmula desta Corte Superior que "compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal."

Os precedentes que levaram ao enunciado são claros o bastante para o deslinde da **quaestio** que ora se apresenta. Observe-se:

> "Esta Corte tem entendido pela competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar ação penal, em que se discute o desvio de verbas federais destinadas a Município, mediante convênio, por integrar o patrimônio da Municipalidade.

Entretanto, na hipótese dos autos o ex-prefeito estava obrigado a prestar contas perante o Ministério da Agricultura, razão pela qual resta configurado o interesse da União a ser resguardado." (CC n. 18.517/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 26.05.1997, grifei).

"Com efeito, verba transferida pela União Federal a Município, incorpora-se ao patrimônio deste. Caso seja ilicitamente aplicada, o prejuízo é do Município.

Em conseqüência, a competência para processar e julgar eventual ação criminal relativa a crime que teve como objeto material aquela verba é do Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, estabelece distinção e conclui ser da competência da Justiça Federal quando o Município deve prestar contas ao Tribunal de Contas da União sobre o emprego daquela verba." (CC n. 14.061-7/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 12.05.1997, grifei).

3. Não se olvida que esta Corte, **a contrario sensu**, também elaborou enunciado determinando ser competente a Justiça Comum Estadual para processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

A competência, em síntese, será determinada, pois, pela incorporação ou não da verba ao patrimônio municipal, isto é, a verba repassada, ainda que federal, deverá ser reunida ao restante da verba municipal, sem que haja qualquer vinculação em relação à sua utilização ou, ainda, que não haja específica prestação de contas em relação ao montante repassado, perante órgão federal.

4. Após essas rápidas considerações, percebo, no caso **sub examine**, que o convênio firmado entre a União Federal, por meio do Ministério da Saúde, e a Prefeitura Municipal de Timburi — SP (Convênio n. 163/2000, cuja cópia se encontra às pp. 21/28-STJ) tem por objeto "dar apoio financeiro para equipamento para Unidade de Saúde do SUS — Timburi — SP, visando ao fornecimento do Sistema Único de Saúde — SUS."

Ressalto, inicialmente, que o valor dos recursos financeiros envolvidos atingiu a cifra de R$ 48.000,00, dos quais R$ 40.000,00 foram repassados pela União.

Destaco, ainda, que o concedente, nos termos da cláusula segunda do convênio firmado, deveria *acompanhar, supervisionar, coordenar, fiscalizar e prestar assistência técnica na execução deste convênio, diretamente ou através de seus órgãos e entidades*, além de *analisar e aprovar as prestações de contas dos seus próprios recursos alocados ao convênio*.

Em relação ao convenente, a mesma cláusula segunda determinava uma série de obrigações, dentre as quais a de *aplicar os recursos do concedente exclusivamente na consecução do objeto pactuado, prestar contas dos recursos alocados pela União e dos rendimentos das aplicações financeiras, apresentar ao concedente relatórios da execução do convênio* e *restituir o valor transferido, com acréscimos legais, quando não for executado o objeto da avença, na falta de prestação de contas no prazo estabelecido* ou *quando os recurso forem utilizados em finalidade diversa.*

5. Algumas conclusões merecem realce: a) as verbas para compra do equipamento possuíam origens diversas: uma grande parte pertencente à União e o restante à Municipalidade; b) a União tinha o dever de supervisionar execução do convênio; c) o Município tinha o dever de prestar contas; por fim, mas não menos importante, d) na hipótese de não-execução do convênio, deveriam os recursos repassados ser reembolsados à União.

Portanto, dessume-se que não houve incorporação ao patrimônio do Município da verba destinada à compra do equipamento especificado, fato que, aliado à necessária prestação de contas perante órgão da União Federal, determina ser a Justiça Federal a competente para processar e julgar o feito.

Assim, também, o representante ministerial, **verbis**:

> "Na espécie, os autos referem-se à investigação da malversação de verbas públicas provenientes de Convênio firmado entre o Ministério da Saúde e o Município de Timburi, visando à aquisição de equipamento hospitalar para o fortalecimento do Sistema Único de Saúde — SUS, mediante expresso compromisso de prestação de contas, na forma exigida pelo Tribunal de Contas da União.
>
> Sendo assim, vislumbra-se que a competência para o julgamento do pleito é da Justiça Federal da 3ª Região, porquanto o que se busca é apurar possível desvio de verbas públicas federais, sujeitas à fiscalização de órgãos federais e à prestação de contas ao TCU, sobressaindo efetivo interesse da União Federal em controlar o emprego de recursos federais repassados por força de convênio para a prestação de serviços de saúde." (Fl. 226/STJ)

6. Dessarte, forte nas razões acima apresentadas, *concedo parcialmente* a ordem para determinar a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, com a respectiva remessa dos autos, devendo a autoridade federal competente determinar a ratificação dos atos decisórios já praticados ou declarar-lhes a nulidade.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 36.182 — SP (2004/0083539-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Ana Luiza Zimmermann Lopes Simões — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrada: Décima Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Anderson Luiz Ribeiro Matos (preso)

EMENTA

Roubo. Figura qualificada (emprego de arma). Apreensão da arma (não-ocorrência). Prova do emprego e da eficácia da arma (ausência). Ônus da prova (acusação). Regime de cumprimento da pena. **Habeas corpus** concedido.

1. Se a arma não foi apreendida, a palavra da vítima, por mais respeitada que seja, não é suficiente para se ter, exclusivamente com base nela, por caracterizada a qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal (posição do Relator vencida).

2. A qualificadora supõe a apreensão, até porque é recomendável seja a arma submetida à perícia. A arma há de ter eficácia, e, a esse respeito, o ônus da prova não é da defesa, e sim da acusação (posição do Relator vencida).

3. Segundo os votos vencedores, "é dispensável a apreensão da arma de fogo, se existem elementos outros, aptos a comprovar a efetiva utilização daquele instrumento" (HC n. 13.983, DJ de 20.11.2000).

4. A gravidade do crime não justifica por si só a adoção de regime mais gravoso. Precedentes do STJ.

5. O condenado não-reincidente cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos deverá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

6. Ordem de **habeas corpus** concedida em parte (vencido o Relator quanto à qualificadora).

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, retificando

decisão proferida na sessão do dia 18.11.2004 e prosseguindo o julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que concedeu parcialmente a ordem de **habeas corpus**, e os votos dos Srs. Ministros Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa no mesmo sentido, por unanimidade, conceder em parte a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 21.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi o **habeas corpus** requerido pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em favor de Anderson Luiz Ribeiro Matos. Apontou estes fatos:

> "O Paciente foi processado pela Justiça Pública, perante a 7ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital, nos autos do Processo n. 050.02.094534-5, Controle n. 15/2003, por infração ao artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal (doc. 01/02).
>
> Ao final, foi condenado às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa (doc. 03/08).
>
> Inconformado com a decisão, o paciente apelou almejando a absolvição e, em caso de ser mantida a condenação, pleiteou o afastamento da qualificadora pelo uso de arma, bem como o regime inicial fosse modificado para o semiaberto.
>
> O egrégio Tribunal de Alçada Criminal, por venerando acórdão proferido pela Décima Quarta Câmara, nos autos da Apelação n. 1.414.313/6, à unanimidade de votos, negaram provimento ao apelo, mantendo inalterada a r. sentença recorrida (doc. 09/15)."

Pede o seguinte:

> "... aguardando o conhecimento e seguimento deste petitório, com o conseqüente acolhimento do pedido, para o fim de ver concedida a ordem de **habeas corpus**, que tem por escopo a outorga do regime prisional semi-

aberto para desconto inicial da pena privativa de liberdade e o afastamento da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I, parágrafo 2º, do artigo 157, do Código Penal."

O parecer é pela denegação da ordem, com esta ementa:

"— Muito embora a gravidade do delito, por si só, não justifique a imposição de regime mais gravoso, é razoável a imposição do mesmo quando as circunstâncias judiciais não forem favoráveis ao paciente.

— Não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se devidamente comprovado a ocorrência da majorante.

— Pela denegação da ordem."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): De acordo com as notícias da sentença e do acórdão, a violência foi exercida com emprego de arma. Alega, no entanto, a Procuradoria Geral do Estado "que a arma supostamente utilizada para a prática do crime em apreço não foi apreendida para que fosse submetida a exame pericial e se constatasse sua eficácia, bem como seu potencial lesivo".

Disse a sentença que a qualificadora decorre "da prova até aqui analisada, consubstanciada precipuamente na valiosa palavra da vítima". Disse mais que a prova da ineficácia da arma é ônus do réu, "não tendo ele feito prova em tal sentido".

Por seu turno, o acórdão enfatizou o seguinte: (I) "a apreensão da arma não é indispensável ao reconhecimento da qualificadora prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, que se demonstra também por outros meios de prova, já que a razão de ser da causa especial de aumento reside na intimidação da vítima, não na eficácia do instrumento"; (II) "na espécie, a vítima referiu-se, desde o primeiro momento (fls. 08, 11, 58), ao emprego de arma pelo assaltante, não havendo motivo para duvidar de sua palavra"; e (III) "para afastar a incidência da qualificadora reconhecida, cumpria à defesa fazer prova da suposta ineficiência da arma empregada, pois partiu dela a alegação".

2. De minha parte, confesso que tenho dificuldade em dar por conhecida a qualificadora em causa. De um lado, porque arma alguma foi apreendida, parecendo-me de pouca prova ou de prova jamais tão valiosa assim a palavra da vítima, simplesmente. Simplesmente e simplesmente, porque aos autos não veio, concre-

tamente, outra prova. Além disso, não sei como se pode reconhecer o emprego de algo de que não se tem notícia. A mim se me afigura que a qualificadora supõe a apreensão da arma. De outro lado, o ônus da prova não é da defesa, e sim da acusação. Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda prova de sua proposta de acusação, aí figurando o ônus de provar a qualificadora — no presente caso, o emprego de arma e, ao que eu entendo, a sua eficácia. Ora, arma sem eficácia não é arma, seria como um canivete ao qual faltassem a lâmina movediça e o cabo. As coisas são o que são, sob pena de abstração da sua realidade. Quando vagamos, a realidade não nos acompanha, e isso não é bom para a dogmática penal. Arma há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida.

Dou razão, portanto, à impetrante.

3. Abonado depois pelo acórdão, o regime prisional fechado, que se estabeleceu em primeiro grau, foi justificado pelo Juiz de Direito em sua sentença, referindo-se ao réu, "por apresentar-se como a resposta mais adequada à sua conduta, em função da gravidade do crime, marcado pelo emprego de arma de fogo, a revelar sua periculosidade".

Há precedentes do Superior Tribunal — e a parecerista não deixou de reconhecer esse aspecto, como se viu do pronunciamento do Ministério Público — segundo os quais o regime mais gravoso não se justifica pela gravidade do delito. Ora, no caso em comento, a pena de reclusão foi a mínima, isto é, 4 (quatro) anos, isso em atenção ao disposto no art. 59, tanto que o magistrado disse o seguinte: "Por conseguinte, o acusado é primário e, embora registre processos em andamento por crimes de roubo, não se pode dizê-lo possuidor de maus antecedentes (fls. 64, 65, 67), na esteira do melhor entendimento jurisprudencial (JTACrimSP 34/493, 39/194, 78/14, 84/421; RT 418/286, 690/390; 754/652 etc.), aliás consentâneo com o postula (**sic**) constitucional da presunção de inocência. E agiu com dolo normal". De mais a mais, estou repelindo a qualificadora.

Portanto, nesse ponto, também assiste razão à impetrante. E mais: o regime há de ser o aberto. Confiram-se o § 2º, letra **c**, e o § 3º, ambos do art. 33 do Código Penal.

Ementei o HC n. 36.112 (DJ de 16.08.2004, sessão de 25.06.2004) desta maneira:

> "Pena privativa de liberdade (cumprimento). Regimes (fechado/semiaberto). Roubo (figuras qualificadas).
>
> *1.* Quando da fixação da pena, o juiz estabelecerá o regime inicial de cumprimento da pena, levando em conta, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, as circunstâncias previstas no art. 59.

2. Quando as circunstâncias forem favoráveis ao réu, não é lícito ao juiz estabelecer regime pior, tomando em consideração a natureza do crime praticado.

3. Tratando-se de réu primário e de bons antecedentes, daí ter o próprio juiz fixado a pena no seu mínimo, tem o condenado direito a iniciar o cumprimento da pena no regime legalmente adequado.

4. Precedentes do STJ.

5. **Habeas corpus** deferido."

4. Voto pela concessão da ordem de **habeas corpus** a fim de, primeiro, ter por não-configurada a qualificadora do emprego de arma; segundo, estabelecer o regime aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, **habeas corpus** contra a Décima Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, improvendo o apelo interposto por Anderson Luiz Ribeiro Matos, preservou-lhe a condenação, pela prática do delito tipificado no artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal, às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa.

Alega-se que a "(...) arma supostamente utilizada para a prática do crime em apreço não foi apreendida para que fosse submetida a exame pericial e se constatasse sua eficácia, bem como seu potencial lesivo." (Fl. 4)

Sustenta-se, de outro lado, ausência de fundamentação para a fixação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva, com base apenas na gravidade abstrata do crime de roubo.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem.

O Ministro Nilson Naves, Relator, concedeu a ordem de **habeas corpus** para afastar a causa de aumento relativa à arma de fogo e modificar o regime prisional, fixando-se o semi-aberto como inicial do seu cumprimento.

Pedi vista para melhor examinar a questão da causa de aumento de pena, acompanhando o Relator, desde logo, no que se refere à modificação do regime prisional, por ressentir-se o **decisum** de fundamentação a ensejar a fixação do regime mais gravoso.

Tenho entendido que o poder vulnerante da arma de fogo informa a razão de ser da causa de aumento de pena em exame, a nosso ver, na dupla perspectiva da integridade física e da liberdade da vítima.

De qualquer modo, quando se queira insular a majorante da pena na sua dimensão puramente objetiva, ainda assim a apreensão da arma só será indispensável para o juízo positivo do aumento da resposta penal, se alegar a parte que à arma utilizada faltava potencialidade ofensiva, que lhe é essencial e presumível **juris tantum**, não se prestando a questão a debate abstrato, porque é matéria de prova e, certamente, o seu ônus não incumbe à acusação pública, mas, sim, a quem faz a alegação.

Gize-se, em acréscimo, que a causa especial de aumento de pena tipificada na lei penal é a de emprego de arma e, não, emprego de arma apreendida.

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

"Penal e Processual. Roubo. Arma de fogo. Emprego. Apreensão. Pena. Causa de aumento. Incidência. Matéria probatória.

Diante de prova robusta do emprego de arma de fogo potencialmente lesiva, aferida mediante livre convencimento fundamentado, descabe exigir sua apreensão, para fins de incidência da causa especial de aumento, prevista no inciso I do art. 157, § 2º, do Código Penal. Desborda do **habeas corpus** o deslinde de questões que não se resolvem sem dilação probatória, porque incabível em ação constitucional de rito célere, marcada por cognição sumária e indene ao contraditório. Ordem denegada." (HC n. 30.896/SP, Relator Ministro Paulo Medina, **in** DJ de 25.10.2004)

"Penal. Roubo. Emprego de arma de fogo. Apreensão. Inexistência. Caracterização da causa especial de aumento.

1. Para a caracterização da causa especial de aumento do § 2º, inciso I, do art. 157 do CP, é dispensável a apreensão da arma de fogo, se existem elementos outros, aptos a comprovar a efetiva utilização daquele instrumento. Precedentes desta Corte.

2. Ordem denegada." (HC n. 13.983/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ de 20.11.2000)

"EDcl no HC. Omissão. Falta de apreciação de dois pontos da impetração. Acolhimento. Emprego de *arma*. *Apreensão* prescindível. Circunstância anotada por outros dados. Coexistência de mais de uma qualificadora. Percentual acima do mínimo. Conjugação com a personalidade do agente. Critério coerente. Mantida a denegação da ordem.

Restando omisso o acórdão quanto a dois pontos da impetração, devem ser os aclaratórios acolhidos para o fim de apreciá-los.

Segundo a orientação firme desta Corte, a circunstância de aumento por uso de arma de fogo independe da apreensão do instrumento, situação que pode ser averiguada por outros dados de prova constantes do processo.

A coexistência de mais de uma circunstância especial de aumento da pena, por si só, não autoriza o acréscimo acima do patamar de 1/3, porém, se acorrem motivos afins, tais como, a periculosidade do réu e seus maus antecedentes, a exasperação de 3/8 afigura-se coerente frente aos critérios legais.

Embargos acolhidos sem efeito modificativo." (EDcl no HC n. 30.463/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 02.08.2004 — nossos os grifos).

"**Habeas corpus**. Penal. Roubo qualificado. Emprego de arma de fogo. Não-apreensão da arma. Dispensabilidade para a caracterização da causa especial de aumento, quando provada a sua utilização por outros meios.

1. É dispensável a apreensão da arma de fogo para a caracterização da causa especial de aumento, prevista no § 2º, inciso I, do art. 157 do Código Penal, quando existentes outros meios aptos a comprovar a sua efetiva utilização no crime, o que ocorreu **in casu** com o depoimento da vítima. Precedentes do STJ.

2. Ordem denegada." (HC n. 28.294/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, **in** DJ de 05.04.2004)

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem para estabelecer o regime semiaberto como inicial do cumprimento da pena reclusiva do paciente, divergindo do Relator na parte em que afastou a incidência da causa de aumento de pena descrita no inciso I do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 37.857 — RS (2004/0119887-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Fernanda Trajano de Cristo e outros

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul

Paciente: Luis Fernando da Silva Soares Júnior (preso)

EMENTA

Substâncias entorpecentes (Leis ns. 6.368/1976 e 8.072/1990). Associação (art. 14). Pena privativa de liberdade (aplicação). Regime de cumprimento (progressão).

1. No caso da norma penal primária do art. 14 da Lei n. 6.368/1976, a relativa sanção (norma secundária) não é a que lá se encontra prevista, e sim a que prevista se acha no art. 8º da Lei n. 8.072/1990.

2. Em tal caso, também a pena privativa de liberdade há de ser executada em forma progressiva (Lei n. 7.210/1984, art. 112), isto é, a ele não se aplica o que tristemente se lê no tão citado § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072, de modo que, na espécie, o regime, *inicialmente*, será o fechado.

3. Precedentes do Superior Tribunal.

4. **Habeas corpus** deferido em parte.

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, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus** com extensão aos coréus, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Sustentou oralmente a Drª. Fernanda Trajano de Cristo, pelo paciente.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 07.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O **habeas corpus** indica coação proveniente da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que estatuiu o seguinte quando do julgamento das apelações (da acusação e da defesa), ao ver da ementa escrita para o acórdão:

> "A denúncia, atendendo ao disposto do art. 41 do CPP, especificou a conduta de cada um dos réus, que agiam em conjunção de vontades e comunhão de esforços.

O tráfico restou sobejamente demonstrado por intermédio da apreensão da substância tóxica e documentos, precedida de investigação policial, escuta telefônica, autorizada judicialmente, oportunizando a prova da ligação havida entre os réus para o cometimento do delito.

Dosimetria da pena.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal deveu-se à reconhecida maior reprovabilidade social.

Associação (delito do art. 14 da Lei n. 6.368/1976).

Comprovada através dos contatos telefônicos e demais elementos dos autos, configurando reunião permanente relativamente a três dos réus.

Associação (art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976).

A reunião, no que concerne a um dos réus, ficou no campo da ocasionalidade. No entanto, a pena deve ser aumentada de metade, haja vista a reunião, ainda que ocasional, ter sido junto a uma organização preestabelecida e estruturada.

Atenuante da confissão espontânea.

A atenuante da confissão espontânea deve ser afastada, não podendo ser realizada parcialmente, apenas quanto à posse da substância tóxica. A associação restou comprovada no decorrer da instrução processual.

Regime de cumprimento de pena.

Integralmente fechado (art. 2º, § 1º, Lei n. 8.072/1990), não afastando a concessão de benefícios no decorrer do cumprimento da pena, como livramento condicional e serviço externo.

Substituição da pena privativa de liberdade. Inaplicabilidade.

Inaplicabilidade da Lei n. 9.714/1998, que modificou o Código Penal quanto à substituição da pena restritiva de liberdade para restritivas de direito, porque se trata de delito punido com maior severidade, tendo em vista a característica de hediondez do delito praticado.

Preliminar rejeitada.

Apelos defensivos desprovidos.

Apelo ministerial parcialmente provido."

As impetrantes formularam estes pedidos em favor do paciente (a ação penal foi instaurada contra quatro pessoas):

"a) se declare nula a pena imposta acima do máximo legal no que tange ao artigo 14 da Lei n. 6.368/1976, procedendo-se nova dosimetria da pena, observando-se o **quantum** estabelecido no artigo 8º da Lei n. 8.072/1990 (de 03 a 06 anos);

b) se determine o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena imposta pelo delito previsto no artigo 14 da Lei n. 6.368/1976 (associação para o tráfico);

c) se reconheça a ilegalidade operada em sede de apelação com a fixação do regime integralmente fechado para os delitos tipificados nos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, tendo em vista afronta à coisa julgada material e ao princípio constitucional do **ne reformatio in pejus**, determinando-se o regime inicial de cumprimento de pena pelos aludidos delitos como sendo o inicial fechado."

Foi parecerista, em nome do Ministério Público Federal, o Subprocurador-Geral Mendes Sousa, cuja opinião foi pela concessão em parte da ordem. Eis a ementa do parecer:

"A Lei n. 8.072/1990, em seu art. 2º, apenas equiparou a hediondo o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, sendo defeso ao julgador dar interpretação extensiva ao dispositivo para abranger o tipo penal descrito no art. 14 da Lei Antitóxicos, notadamente por ser mais gravoso ao réu (precedentes do STF e do STJ).

Segundo tem entendido o Supremo Tribunal Federal, cuja orientação vem sendo seguida por esse Colegiado, o art. 14 da Lei n. 6.368/1976 deve ser aplicado em conjugação com o art. 8º da Lei n. 8.072/1990, servindo, o primeiro, para definir o tipo penal e, o segundo, para fixação da pena.

Não procede a alegação de **reformatio in pejus** da sentença pelo v. acórdão recorrido relativamente ao cumprimento da pena, quando determinou expressamente o regime integral fechado, mesmo porque, não produziu qualquer alteração no édito condenatório, de vez que este, no seu bojo, concluiu por determinar aos quatro réus '... cumprir a totalidade dessas penas em regime fechado, regime assim estabelecido com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990'.

Parecer pela concessão parcial da ordem para fixar o regime inicial fechado em relação ao crime previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976, bem assim, fazer retornar os autos ao Juízo de primeiro grau para adequar a pena para o crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecente, ao que dispõe

o artigo 8º da Lei n. 8.072/1990, se não entender essa colenda Turma por fazê-lo, estendendo a decisão aos demais co-réus."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Inicia-se o parecer com o exame do pedido sob a letra **b**, indo-se, após, aos dois outros nestes termos:

"No mérito, assiste razão, em parte, aos impetrantes, porquanto o art. 2º da Lei n. 8.072/1990, ao elencar os crimes equiparados aos hediondos, não faz qualquer alusão à associação para a traficância, crime autônomo previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976, referindo-se apenas, no que respeita à Lei Antitóxicos, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Assim, em atenção ao princípio da reserva legal em matéria penal, não pode o intérprete alargar a incidência da norma em prejuízo para o réu.

Reiterada tem sido a jurisprudência dessa augusta Corte neste sentido, conforme julgados adiante transcritos:

(...)

Com razão, ainda, os Impetrantes quanto ao equívoco da Corte Estadual que confirmou a pena imposta ao paciente pelo cometimento do delito previsto no artigo 14 da Lei n. 6.368/1976, sem a observância dos limites estabelecidos no artigo 8º da Lei n. 8.072/1990, cuja pena máxima não poderia ter ultrapassado os 06 (seis) anos de reclusão, tendo a fixação da pena, na hipótese dos autos, alcançado o patamar dos 09 (nove) anos de reclusão, ferindo a legislação vigente.

É que, segundo tem entendido o Supremo Tribunal Federal, cuja orientação vem sendo seguida por esse Colegiado, o art. 14 da Lei n. 6.368/1976 deve ser aplicado em conjugação com o art. 8º da Lei n. 8.072/1990, servindo, o primeiro, para definir o tipo penal e, o segundo, para fixação da pena.

(...)

Não procede, todavia, a alegação de **reformatio in pejus** da sentença pelo v. acórdão recorrido relativamente ao cumprimento da pena, quando determinou expressamente o regime integral fechado, mesmo porque, não produziu qualquer alteração na sentença condenatória, de vez que esta, no seu bojo, concluiu por determinar aos quatro reús '... cumprir a totalidade dessas penas em regime fechado, regime assim estabelecido com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8072/1990...

(...)

Em razão do exposto, opina-se pela concessão parcial da ordem para reformar, em parte, o acórdão e, conseqüentemente, a sentença condenatória, apenas para fixar o regime inicial fechado em relação ao crime previsto no art. 14, da Lei n. 6.368/1976, de modo a permitir a progressão, bem assim, fazer retornar os autos ao Juízo de primeiro grau, para adequar a pena para o crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecente, ao que dispõe o artigo 8º da Lei n. 8.072/1990, se não entender essa colenda Turma por fazê-lo, estendendo a decisão aos demais co-réus."

Estou de acordo com o parecerista. De fato, não procede a alegação de que teria havido, da parte do acórdão, reforma para pior, porquanto, no indigitado aspecto, a sentença por si só já fora bastante clara ao estabelecer o regime fechado, e o estabeleceu de forma integral, ei-la em tal momento: "... todos os quatro réus devendo cumprir a totalidade dessas penas em regime fechado, regime assim estabelecido com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990...". Bem ou mal, eis aí o aspecto da sentença de que estamos cuidando. Para uns, não se trata de boa opção; para outros, até de má; a mim a opção não agrada, mas isso não é agora objeto de cogitações, estamos a cogitar da **reformatio in pejus**. Sucede que, nesse ponto, bem ou mal, repita-se, a sentença, ao aludir ao referido § 1º, estabeleceu que a pena "será cumprida integralmente em regime fechado".

Procede, no entanto, quanto ao mais, o pedido formulado pelas impetrantes. Sentenciou-se assim, e assim foi confirmado pelo acórdão:

"Na ausência de outras circunstâncias modificadoras, ficam todos os quatro réus, cada qual, condenado pelo crime do art. 12 da Lei de Tóxicos a uma pena de nove anos de reclusão, e ficam os réus Luís Fernando (de apelido Júnior'), Gustavo e Isaura, cada qual, condenados pelo crime do art. 14 da Lei de Tóxicos a outra pena de nove anos de reclusão, penas essas a serem cumpridas em concurso material na forma do art. 69 do Código Penal. Nesses termos, ficam os réus Luís Fernando (de apelido Júnior'), Gustavo e Isaura, cada qual, condenados a um total de dezoito (18) anos de reclusão, e fica o réu Wagner condenado a uma única pena total de doze (12) anos de reclusão."

Como se vê, foram os réus também sentenciados pelo crime previsto no art. 14, e o foram a 9 (nove) anos de reclusão, o que então fez crer que, a propósito, elegeu-se a reclusão da Lei n. 6.368, de 3 (três) a 10 (dez) anos, sucedendo, todavia, ao ver da jurisprudência, que, no caso de associação para o tráfico de entorpecentes, a pena (ou as penas) não é a indicada originalmente, mas a do art. 8º da Lei n. 8.072: "Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código

Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo." Nesse ponto, por conseguinte, a fixação da pena há de ser alterada.

De mais a mais, dúvida não existe quanto a que é admissível a progressão respeitante ao art. 14. É da nossa jurisprudência: (I) "a regra proibitiva da progressão de regime prisional, prevista no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, refere-se tão-somente ao tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei n. 6.368/1976), não alcançando, portanto, o delito de associação, tipificado no art. 14 da Lei de Tóxicos" (RHC-15.443, Ministro José Arnaldo, DJ de 12.04.2004); (II) "o crime de associação para fins de tráfico de entorpecente é delito autônomo, não sendo equiparado para os efeitos da lei a crime hediondo, podendo, por isso, aplicar-se àquele a progressão de regime e a substituição da pena. Precedentes jurisprudenciais" (HC n. 26.257, Ministro Paulo Medina, DJ de 02.06.2003).

Em conclusão, deixo de logo estabelecido que, quanto ao art. 14 da Lei n. 6.368, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade inicialmente é o fechado (autorizando, por isso, a progressão) e determino que, na origem, a pena (ou as penas), também em referência ao mesmo art. 14, seja ajustada ao que reza o art. 8º da Lei n. 8.072. É para esse fim que estou concedendo a ordem, estendendo-a aos co-réus.

HABEAS CORPUS N. 38.047 — RJ (2004/0125331-0)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: Isabella Maria de Paula Borba — Defensora Pública

Impetrada: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: B. D. P. (internado)

EMENTA

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes. Medida de semiliberdade. Atividades externas. Visitas familiares. Controle judicial. Possibilidade. Ausência do laudo definitivo de exame da substância apreendida. Materialidade delitiva não comprovada. Ordem parcialmente concedida.

1. O disposto no art. 120 da Lei n. 8.069/1990 não afasta o controle e a fiscalização, pelo Magistrado de primeiro grau, das atividades externas realizadas pelo menor, quando sujeito à medida de semiliberdade.

2. Evadindo-se o menor do estabelecimento em que cumpria medida socioeducativa de semiliberdade, resta prejudicado o **habeas corpus** que impugnava a imposição de restrições às suas atividades externas.

3. É indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade de infração equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes.

4. Ordem parcialmente concedida.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 11.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de B. D. P., contra acórdão proferido pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Narra o impetrante que o paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao tipo penal descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/1976; após permanecer internado provisoriamente por trinta dias, foi aplicada medida sócio-educativa de semiliberdade, sem que tivesse sido juntado aos autos o laudo definitivo da substância apreendida. Ao aplicar a medida, o magistrado de primeiro grau restringiu as saídas do menor nos finais de semana.

Irresignado, impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal **a quo**, que denegou a ordem pretendida.

No presente *writ*, pretende-se o reconhecimento de inexistência de prova de materialidade delitiva, extinguindo-se a medida sócio-educativa aplicada; subsidiariamente, pugna-se pela declaração de nulidade da sentença na parte que restringiu as saídas do paciente nos finais de semana.

Informações prestadas (fls. 46/53-STJ); o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 55/63-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Com razão o *Parquet* Federal.

2. Os autos noticiam que foi imposta ao paciente medida sócio-educativa de semiliberdade, pelo cometimento de ato infracional análogo ao delito descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Todavia, na fixação da medida, o magistrado de primeiro grau estabeleceu restrições às saídas do menor para visita familiar, nos finais de semana. Assim se pronunciou o julgador monocrático (fls. 48/49-STJ):

> "(...) A visita à família será progressiva e condicionada ao bom comportamento do adolescente, tolerando-se a sua concessão por dois dias de cada vez, até o máximo de 14 (quatorze) dias por trimestre."

Negado pelo Tribunal **a quo** o remédio heróico impetrado em face da sobredita decisão, a defesa se insurge, no presente *writ*, sustentando que a restrição imposta fere o art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, **in verbis**:

> "O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial."

Ocorre que o Juiz menorista, ao impor restrições às saídas do menor, durante o cumprimento da medida socioeducativa aplicada, não contrariou o disposto no artigo acima transcrito, porquanto afirmou, expressamente, a possibilidade de visitas à família, condicionadas, todavia, ao bom comportamento do menor e à forma progressiva, de modo que não se pode falar, a esse respeito, em constrangimento ilegal a ser reparado pelo **mandamus**.

A norma sob comento, ao dispor sobre a possibilidade de realização de atividades externas, "independente de autorização judicial", como bem disse a ilustre Subprocuradora-Geral da República (fls. 55/63):

> "... não retira do Juiz da Vara da Infância e da Juventude o poder de controlar a realização, pelo adolescente infrator, de atividades externas. É que a medida sócio-educativa tem por finalidade precípua a reinserção do menor ao

convívio social; assim, entendendo necessário, o Magistrado deve controlar e fiscalizar essa reinserção buscando que seja ela efetiva."

Assim, a fixação de restrições às visitas familiares, condicionadas ao bom comportamento do adolescente, não contraria o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que ao Magistrado de primeira instância cabe o controle e a fiscalização da medida sócio-educativa, adequando-a às peculiaridades do menor, bem como do ato infracional por ele praticado, para que, devidamente reabilitado, possa, de forma progressiva, ser reinserido no convívio social.

3. De outra parte, impende sublinhar que, segundo informações prestadas pela autoridade tida como coatora, o paciente, desde 20 de outubro de 2002, encontra-se evadido, já que, em visita familiar, não mais retornou ao estabelecimento onde cumpria a medida, o que elide o objeto da presente ordem, tornando-a prejudicada.

Caso análogo à espécie dos autos já foi apreciado por esta Sexta Turma, quando do julgamento do HC n. 24.263/RJ, da relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, restando assim ementado:

"**Habeas corpus**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida de semiliberdade. Restrição às atividades externas. Evasão do menor. *Writ* prejudicado.

1. Conquanto o artigo 120 da Lei n. 8.069/1990 dispense autorização do juiz para a realização de atividades externas pelo menor sujeito à medida sócio-educativa de semiliberdade, tal não implica a exoneração do magistrado do seu dever legal de presidir o bom cumprimento do comando da sentença, adequando a medida sócio-educativa às peculiaridades do menor e ao próprio ato infracional por ele perpetrado (precedentes da Corte).

2. A evasão do menor do estabelecimento em que cumpria medida socioeducativa de semiliberdade torna prejudicado o **habeas corpus** que impugnava a imposição de restrições às suas atividades externas.

3. *Writ* prejudicado." (HC n. 24.263/RJ; Sexta Turma; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; DJ de 22.04.2003)

4. Já no que toca à ilegalidade da aplicação de medida sócio-educativa, sem que houvesse sido juntado o laudo toxicológico definitivo, tenho que merece prosperar a argumentação do impetrante. Impõe-se a transcrição do seguinte excerto do voto proferido pelo Relator do acórdão proferido na instância anterior (fl. 52-STJ):

"Logo, de acordo com essa finalidade ressocializadora da Justiça da Infância e da Juventude, determinadas formalidades, tal como a presença de um laudo toxicológico definitivo, passam a ser desnecessárias caso haja provas

suficiente (**sic**) da ocorrência do ato infracional e, sobretudo, da necessidade em se impor determinada medida para a recuperação do menor."

5. Ocorre que, se tratando de imposição de medida sócio-educativa a menor que responde pela prática de ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecente, é imprescindível a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo da substância apreendida, sob pena de não restar provada a materialidade delitiva.

Para a lavratura do auto de apreensão em flagrante, bem como para o oferecimento de representação em face do menor, basta o laudo de constatação preliminar (art. 22, § 1º, da Lei n. 6.368/1976; art. 28, § 1º, da Lei n. 10.409/2002).

Na hipótese em exame, constatado o laudo prévio se tratar de substância entorpecente, o adolescente foi preso, e permaneceu internado provisoriamente durante a instrução processual.

Contudo, ao impor ao paciente a medida sócio-educativa de semiliberdade, o julgador menorista o fez sem que tivesse sido juntado aos autos o laudo de exame toxicológico definitivo da substância apreendida, ofuscando, assim o princípio da ampla defesa.

Não é possível, pois, a prolação do decreto condenatório ou a aplicação de medida restritiva à liberdade do adolescente, sem que haja prova suficiente da ocorrência do ato infracional, representada pela juntada aos autos do laudo definitivo, a teor do disposto na Lei de Tóxicos. Destaco a respeito o seguinte precedente desta Corte:

> **Habeas corpus**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Regime de semiliberdade. Visita a familiares. Limitação. Ausência de laudo definitivo
>
> I - O direito do paciente em visitar seus familiares pode ser limitado à forma progressiva e condicionado ao comportamento do menor, não configurando tal restrição em constrangimento ilegal.
>
> (Precedentes).
>
> II - É indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade de infração equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes. (Precedentes)
>
> Ordem parcialmente concedida. (HC n. 35.259/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 06.12.2004)
>
> **Habeas corpus**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao tráfico ilícito de entorpecentes. Confissão. Homologação da desistência de produção de outras provas. Cerceamento do direito de defesa confi-

gurado. Direito indisponível. Ausência de laudo toxicológico definitivo. Materialidade delitiva não comprovada. Precedentes do STF e do STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o direito de defesa, consagrado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é irrenunciável, ou seja, as partes litigantes não podem dele dispor.

2. O respeito aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa interessa também ao Estado, representado na figura do Ministério Público, na busca do esclarecimento dos fatos e da verdade real. Assim, o juízo menorista, ao homologar a desistência das partes de produzirem provas durante a realização da audiência de instrução, feriu diametralmente o direito constitucional da ampla defesa assegurado ao paciente.

3. É absoluta a nulidade consistente na prolação de sentença condenatória sem a juntada do laudo toxicológico definitivo, do que dispõe o art. 25 da Lei n. 6.368/1976.

4. Precedentes do STF e do STJ.

5. Ordem concedida para determinar a anulação do **decisum** que julgou procedente a representação ministerial oferecida contra o paciente, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, devendo, por fim, o menor aguardar em liberdade assistida o desfecho do processo. (HC n. 36.238/RJ, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 16.09.2004)

Desta última decisão, transcrevo o seguinte trecho das razões expostas em seu voto condutor:

"Com efeito, *o laudo de constatação ou provisório* é suficiente apenas para a lavratura do auto de prisão em flagrante e da oferta de denúncia (art. 20, § 1º, da Lei n. 6.368/1976 e art. 28, § 1º, da Lei n. 10.409/2002) que, entretanto, *não supre a ausência do laudo definitivo* (art. 25 da Lei n. 6.368/1976 e art. 31, § 1º, da Lei n. 10.409/2002) — *cuja ausência gera nulidade absoluta*, pois que afeta o interesse público e diz respeito à própria prestação jurisdicional." (Grifos no original)

6. Dessarte, forte nas razões acima expendidas, *concedo parcialmente* a ordem para, anulando a sentença que acolheu a pretensão ministerial, que seja procedida a prévia instrução probatória, devendo, por fim, o paciente aguardar em liberdade assistida o desfecho do processo, ficando, no mais, *prejudicado* o presente *writ*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 369.253 — DF (2001/0134661-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Recorrido: José Campos de Oliveira
Advogados: Eugênio Coleho Ribeiro e outros

EMENTA

Recurso especial. Sentença de pronúncia. Juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri. Exclusão de qualificadora. Provimento.

1. "1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. A motivação da pronúncia é condição de sua validade e, não, vício que lhe suprima a eficácia, limitando-a, contudo, em intensão e extensão, a sua natureza específica de juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri. É que, versando sobre o mesmo fato-crime e sobre o mesmo homem-autor, nos processos do júri, o **judicium accusationis** tem por objeto a admissibilidade da acusação perante o Tribunal Popular e o **judicium causae** o julgamento dessa acusação por esse Tribunal Popular, do que resulta caracterizar o excesso judicial na pronúncia, usurpação da competência do Tribunal do Júri, a quem compete, constitucionalmente, julgar os crimes dolosos contra a vida (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea **d**)." (HC n. 18.267/PA, da minha relatoria, **in** DJ de 23.06.2003)

2. Em imergindo o Tribunal **a quo** no conjunto da prova, para sufragar tese favorável ao réu, em detrimento da acusação pública e de

sua prova, decidindo a imputação da qualificadora do homicídio, questão própria do mérito da causa, ultrapassa os limites do **judicium accusationis** e o exclui, nesse tanto, do julgamento pelo Tribunal do Júri, seu juiz natural.

3. Recurso especial provido.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 15.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdãos da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementados:

> "Recurso em sentido estrito. Homicídio. Tentativa (artigo 121, **caput**, c.c. o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal). Preliminar. Assistência judiciária. Juízo de suspeita. Denúncia. Aditamento. Mérito. Pronúncia. Juízo de suspeita. Denúncia. Aditamento. Qualificadora. Descrição. Ausência. Exclusão.
>
> Tratando-se de réu patrocinado pela Assistência Judiciária, diante do princípio da ampla defesa, conhece-se do recurso. Mérito. Como cediço, sendo a pronúncia um juízo fundado de suspeitas, de natureza processual, basta ao Magistrado estar convicto da presença de indícios de autoria e materialidade, indicando não só o tipo penal a que subsume o fato, como as circunstâncias qualificadoras do crime. Necessário também, a descrição do crime com todas as suas circunstâncias na peça acusatória ou no aditamento. **In casu**, embora aditada a denúncia para inclusão da qualificadora, não restando a mesma presente implícita ou explicitamente, não há como pronunciar o réu nela incurso. *Rejeitada a preliminar e provido o recurso. Maioria.*" (Fl. 185)

"Recurso em sentido estrito. Homicídio. Tentativa (artigo 121, **caput**, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal). Embargos de declaração. Aditamento à denúncia. Qualificadora. Descrição. Ausência. Exclusão. Desclassificação. Omissão. Obscuridade. Contradição. Inexistência. Reforma do acórdão. Rejeição.

Não se infere do aditamento à denúncia, a descrição da qualificadora do recurso utilizado pelo agente impossibilitando a defesa da vítima (artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal). Nestes termos, é devida a sua exclusão e, conseqüentemente, a desclassificação para tentativa de homicídio simples. Não estando presente implícita ou explicitamente da acusação a qualificadora, não há como pronunciar o réu nela incurso. Inexistindo omissão, obscuridade ou contradição no acórdão atacado, rejeitam-se os embargos de declaração interpostos com finalidade de reforma do acórdão. *Rejeitados os embargos. Unânime.*" (Fl. 204)

Violação dos artigos 74, parágrafo 1º, e 408, ambos do Código de Processo Penal, e 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal, funda a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea **a**).

Pugna o *Parquet* recorrente no sentido de que "*(...)* seja o recurso especial conhecido e provido, restabelecendo-se a pronúncia pela tentativa de homicídio qualificado." (Fl. 223)

Recurso tempestivo (fl. 211), não respondido (fl. 225) e admitido na origem (fls. 226/227).

O Ministério Público Federal veio pelo provimento do recurso, em parecer assim sumariado:

"Recurso especial. Penal. Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Aditamento da denúncia. Inclusão. Qualificadora.

— Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, as qualificadoras só podem ser excluídas da sentença de pronúncia quando absolutamente improcedentes.

— Precedentes do STJ.

— Pelo provimento do recurso especial." (Fl. 233)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdãos da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementados:

"Recurso em sentido estrito. Homicídio. Tentativa (artigo 121, **caput**, c.c. o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal). Preliminar. Assistência judiciária. Juízo de suspeita. Denúncia. Aditamento. Mérito. Pronúncia. Juízo de suspeita. Denúncia. Aditamento. Qualificadora. Descrição. Ausência. Exclusão.

Tratando-se de réu patrocinado pela Assistência Judiciária, diante do princípio da ampla defesa, conhece-se do recurso. Mérito. Como cediço, sendo a pronúncia um juízo fundado de suspeitas, de natureza processual, basta ao Magistrado estar convicto da presença de indícios de autoria e materialidade, indicando não só o tipo penal a que subsume o fato, como as circunstâncias qualificadoras do crime. Necessário também, a descrição do crime com todas as suas circunstâncias na peça acusatória ou no aditamento. **In casu,** embora aditada a denúncia para inclusão da qualificadora, não restando a mesma presente implícita ou explicitamente, não há como pronunciar o réu nela incurso. *Rejeitada a preliminar e provido o recurso. Maioria.*" (Fl. 185)

"Recurso em sentido estrito. Homicídio. Tentativa (artigo 121, **caput**, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal). Embargos de declaração. Aditamento à denúncia. Qualificadora. Descrição. Ausência. Exclusão. Desclassificação. Omissão. Obscuridade. Contradição. Inexistência. Reforma do acórdão. Rejeição.

Não se infere do aditamento à denúncia, a descrição da qualificadora do recurso utilizado pelo agente impossibilitando a defesa da vítima (artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal). Nestes termos, é devida a sua exclusão e, conseqüentemente, a desclassificação para tentativa de homicídio simples. Não estando presente implícita ou explicitamente da acusação a qualificadora, não há como pronunciar o réu nela incurso. Inexistindo omissão, obscuridade ou contradição no acórdão atacado, rejeitam-se os embargos de declaração interpostos com finalidade de reforma do acórdão. *Rejeitados os embargos. Unânime.*" (Fl. 204)

Violação dos artigos 74, parágrafo 1º, e 408, ambos do Código de Processo Penal, e 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal, funda a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea **a**).

Está o *Parquet* recorrente em que, **verbis**:

"(...)

Há muito sedimentou-se a jurisprudência desse egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não compete ao juízo de pronúncia excluir

qualificadora senão nas hipóteses — remotíssimas, conforme ocioso demonstrar — em que manifestamente inexistissem os fatos enquadráveis, em tese, no tipo legal.

Assim é porque, na fase processual cogitada, a atividade do magistrado deve limitar-se à verificação de materialidade e indícios de autoria.

(...)

A egrégia Corte Superior, aliás, não admite sequer que a justiça togada, na pronúncia, discuta, debata, enfim, valorize a prova em ordem a excluir a qualificadora.

Por isso mesmo, sistematicamente, o STJ vem acolhendo os recursos interpostos pelo MPDFT em que o Tribunal local valorou a prova dos autos para proceder à exclusão, invadindo a competência do Tribunal Popular.

(...)

O v. acórdão recorrido, consoante registra com todas as letras o douto voto condutor — apenas e somente, decidiu, **a priori**, que a narrativa posta no aditamento não tipificava, em tese, a cogitada qualificadora.

A mera leitura do aditamento, todavia, demonstra a subsunção dos fatos narrados à norma inscrita no art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

(...)

O aditamento contém, à evidência, os elementos necessários para a tipificação da qualificadora, uma vez imputar ao réu utilizar-se de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, porquanto atirou de surpresa, em momento em que o ofendido desempenhava função laborativa na companhia daquele, não podendo jamais presumir a agressão, a tiros, notadamente em face da amizade que mantinha com o seu agressor.

A qualificadora do crime, pois, está descrita em todas as suas circunstâncias, as quais, **icto oculi**, como não se pode negar enquadram no art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

(...)" (Fls. 216/222).

Daí por que pugna, ao final, no sentido de que "(...) seja o recurso especial conhecido e provido, restabelecendo-se a pronúncia pela tentativa de homicídio qualificado." (Fl. 223)

A toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se

na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

Não é outra a Lei Federal vigente, nos próprios do processo penal do júri, dispondo, como dispõe, o artigo 408 do Código de Processo Penal que, "se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á *dando os motivos do seu convencimento*." (Nossos os grifos)

A motivação da pronúncia, ao que se tem, é condição de sua validade e, não, vício que lhe suprima a eficácia, limitando-a, contudo, em intensão e extensão, a sua natureza específica de juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri.

É que, versando sobre o mesmo fato-crime e sobre o mesmo homem-autor, nos processos do júri, **o judicium accusationis** tem por objeto a admissibilidade da acusação perante o Tribunal Popular e o **judicium causae** o julgamento dessa acusação por esse Tribunal Popular, do que resulta caracterizar o excesso judicial na pronúncia, usurpação da competência do Tribunal do Júri, a quem compete, constitucionalmente, julgar os crimes dolosos contra a vida (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea **d**).

A observância, portanto, dos limites da pronúncia pelo magistrado, enquanto juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri, é também condição de sua validade, valendo invocar, a propósito, o magistério de **José Frederico Marques** (**in**, "Elementos de Direito Processual Penal", volume III, pp. 199/200, 1ª edição, Forense, Rio, 1962):

> "(...)
>
> Para declarar admissível ou inadmissível a acusação, o juiz examina questões pertinentes ao mérito da causa, como sejam, a prova do crime e indícios da autoria. Isso, porém, não importa em transmudar-se decisão apenas processual em decisão de mérito, pois que o juiz não decide, após esse exame de questões de mérito, sobre a procedência ou improcedência da pretensão punitiva deduzida na acusação, e sim a respeito da admissibilidade desta.
>
> (...)

O magistrado que prolata a sentença de pronúncia deve exarar a sua decisão em termos sóbrios e comedidos, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados. É aconselhável, por outro lado, que dê a entender, sempre que surja controvérsia a propósito de elementares do crime, que sua decisão, acolhendo circunstância contrária ao réu ou repelindo as que lhe sejam favoráveis, foi inspirada no desejo de deixar aos jurados o veredito definitivo sobre a questão, a fim de não subtrair do Júri o julgamento do litígio em todos os seus aspectos."

Isso estabelecido, extrai-se das razões do juízo de pronúncia:

"(...)

Neste caso, a materialidade do crime de tentativa de homicídio está devida e induvidosamente comprovada pelo laudo de exame de corpo de delito.

A autoria imputada ao acusado restou suficientemente indiciada, considerando que as provas carreadas para os autos, especialmente a confissão do mesmo em sedes administrativa e judicial a confirmaram.

Enfim, tanto a materialidade quanto a autoria tornaram-se suficientemente indiciadas. A relevância maior da questão, portanto, gira em torno da qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

(...)

Sendo assim, a qualificadora imputada ao acusado merece ser apreciada pelo Conselho de Sentença, pois extrai-se dos autos que a vítima foi atingida de inopino, sem possibilidade de reação, bem como pela própria dinâmica dos fatos, sendo certo que a prova produzida não autoriza seja ela afastada nesta fase processual, pelo que a acolho, remetendo-a ao Júri, para que dela conheça e sobre ela decida.

(...)

Por todo o exposto, acolho a denúncia e, com fulcro no disposto no artigo 408, **caput**, do Código de Processo Penal, pronuncio José Campos de Oliveira, por violação ao tipo do artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. o artigo 14, inciso II, do Código Penal, para o fim de submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri, Juízo natural, por imperativo constitucional, para julgamento dos crimes dolosos contra a vida." (Fls. 155/156 — nossos os grifos)

Por outro lado, lê-se no acórdão impugnado:

"(...)

Assiste razão ao recorrente, senão vejamos.

Como cediço, a sentença de pronúncia é um juízo fundado de suspeitas, onde o magistrado não analisa com profundidade a prova dos autos, tão-somente resta convicto da presença de indícios de autoria e materialidade, classificando o delito, indicando não só o tipo penal a que subsume o fato, mas também as circunstâncias qualificadoras do crime.

É curial também a necessidade da descrição, na peça acusatória, ou aditamento, do crime com todas as suas circunstâncias.

In casu, embora tenha o Ministério Público procedido corretamente ao oferecer o aditamento, não se infere deste a descrição da qualificadora almejada, abstendo-se de narrar em que consistiu o recurso utilizado pelo agente dificultante da defesa da vítima.

Não estando presente implícita ou explicitamente da acusação a qualificadora, não há como pronunciar o réu nela incurso.

Ademais, extrai-se do conjunto probatório coligido que houve desavenças anteriores entre o recorrente e a vítima, de forma a excluir a possibilidade de considerar eventual amizade como meio utilizado para diminuir-lhe a possibilidade de defesa.

Não apontou, assim, o nobre magistrado, os indícios em que se louvou para pronunciá-lo como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. o artigo 14, inciso II, do Código Penal.

Posto isso, dou provimento ao recurso, fazendo excluir da capitulação posta no decreto de pronúncia a qualificadora do inciso IV, § 2º, do artigo 121 do Estatuto Repressivo.

É como voto." (Fls. 187/188)

É esta, contudo, a letra do artigo 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal:

"Art. 121. Matar alguém:

(...)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(...)

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

E estes, os termos do aditamento à denúncia:

"(...)

No dia, hora e local mencionados na exordial acusatória, o acusado utilizou-se de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, haja vista que, aproveitando-se da relação de amizade de vários anos mantida com aquela, surpreendeu-a, sacando do revólver e atirando sem maiores delongas, fato ocorrido em uma pausa da atividade que desenvolvia juntamente com a vítima, qual seja, transporte de caixas para o interior do veículo do acusado. Assim, está o acusado incurso nas penas do artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. artigo 14, inciso II, **d**, Código Penal, motivo pelo qual requer, após o recebimento do competente aditamento, seja aberta vista à defesa para os fins do disposto no parágrafo único do artigo 384 do Código de Processo Penal, aplicável analogicamente." (Fl. 109 — nossos os grifos)

Não há, pois, se falar em vício na exposição da qualificadora inserta no aditamento à denúncia, mostrando-se, ao contrário, o aditamento plenamente ajustado ao estatuto de validade da denúncia, por isso que, como registrado na pronúncia "(...) a vítima foi atingida de inopino, sem possibilidade de reação, bem como pela própria dinâmica dos fatos, sendo certo que a prova produzida não autoriza seja ela afastada nesta fase processual, (...)" (fls. 155/156).

Demais, e é fundamental à espécie, quando aduz a Corte Estadual que extrai-se "(...) do conjunto probatório coligido ter havido desavenças anteriores entre o recorrente e a vítima, de forma a excluir a possibilidade de considerar eventual amizade como meio utilizado para diminuir-lhe a possibilidade de defesa (...)" (fl. 208), sufraga tese favorável ao réu e decide de mérito, ultrapassando os limites do **judicium accusationis** e excluindo, ainda que parcialmente, a causa do julgamento do Tribunal do Júri, seu juiz natural.

Tal manifesta violação dos limites do **judicium accusationis**, em caso de impronúncia, reforma parcial da pronúncia ou despronúncia, porque são decisões terminativas, caracteriza rematada violação do artigo 74, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, como é da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

"Criminal. HC. Homicídio qualificado. Pronúncia. Reconhecimento de qualificadora. Falta de fundamentação. Inocorrência. Nulidade do julgamento. Nulidade na formulação dos quesitos obrigatórios. Teses defensivas que não foram argüidas em Plenário. Falta de questionamento no momento oportuno. Preclusão. Erro na formulação do primeiro quesito. Supressão de instância. Não-conhecimento. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

I - Não há qualquer ilegalidade na decisão monocrática de pronúncia, que expôs, nos exatos termos da lei, um mero juízo de admissibilidade da acusação.

II - As qualificadoras só podem ser excluídas quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos — o que não se vislumbra **in casu**, *eis que o Magistrado singular ressaltou que as provas dos autos não autorizariam a sua exclusão, já que não seriam contrárias, sob pena de invadir a competência constitucional do eminente Conselho de Sentença.*

III - Nova avaliação da questão não é permitida na via eleita, eis que ausente ilegalidade flagrante na sua conclusão.

IV - Se não foram sustentadas as teses de legítima defesa real e ausência de dolo de matar pelo patrono do acusado, não há que se falar em obrigatoriedade de formulação de quesito a esse respeito.

V - Tratando-se de nulidade relativa, eventual irregularidade na quesitação ao Tribunal do Júri deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada.

VI - Não se conhece da alegação de erro na formulação do primeiro quesito, por ocasião do julgamento do Tribunal Popular, em função da indevida supressão de instância que restaria evidenciada.

VII - Tema levantado que não foi objeto de debate e decisão por parte do Tribunal **a quo**.

VIII - Ordem parcialmente conhecida e denegada." (HC n. 21.590/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 29.09.2003 — nossos os grifos)

"**Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Pronúncia. Nulidades não verificadas. Paciente que evade do local do fato. Preventiva a ser confirmada. Ordem denegada.

'A exclusão de qualificadora imputada ao réu na denúncia somente pode ser feita pelo Juiz da pronúncia se manifestamente descabida, nunca se, para tanto, há necessidade de exame valorativo dos fatos, sob pena de usurpar competência do Tribunal do Júri. Ainda que não se dispense fundamentação da sentença de pronúncia quanto ao acolhimento das qualificadoras, deve o Juiz fazê-lo em linguagem comedida, de modo a não influenciar os Juízes leigos quando do julgamento, hipótese ocorrida no caso, pelo que inocorrente a alegada nulidade por falta de motivação. Se o réu respondeu ao processo encarcerado, por força de prisão preventiva, a manutenção da custódia por ocasião da pronúncia não constitui constrangimento ilegal, tanto mais que o crime hediondo não admite liberdade provisória, além de ser o réu portador de maus antecedentes.'

Ordem denegada." (HC n. 27.483/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 08.09.2003)

"Processual Penal. Pronúncia. Homicídio. Qualificadora. Exclusão.

1. Não há falar em exclusão de qualificadoras pela sentença de pronúncia — exceto quando manifestamente improcedentes — que não se confunde com a de mérito, pois examina os indícios da autoria, a existência do fato e a materialidade do delito, caracterizando o juízo de probabilidade, observado o princípio **in dubio pro societatis**, enquanto aquela aplica o juízo de certeza, exigido à condenação.

2. Cabe ao Tribunal do Júri, diante dos elementos probatórios a serem produzidos, julgar o réu culpado ou inocente e declarar a incidência ou não das qualificadoras.

3. Recurso conhecido e provido." (REsp n. 236.655/DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ de 07.10.2002)

"Processual Penal. Recurso especial. Homicídio qualificado e tentativa de homicídio qualificado. Pronúncia. Qualificadora.

Na fase da pronúncia, não se pode exigir, de forma alguma, prova plena ou ampla elucidação da qualificadora que, em verdade, se não for manifestamente improcedente, deve continuar integrando a **imputatio** (Precedentes).

Recurso provido." (REsp n. 263.221/SP, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 18.03.2002)

E, ainda, os seguintes precedentes do excelso Supremo Tribunal Federal:

"Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. "Pronúncia. Qualificadoras. Libelo. Nulidade.

I - Na sentença de pronúncia, as qualificadoras só devem ser afastadas quando manifestamente improcedentes.

II - Improcedência da alegação de nulidade do libelo acusatório, por estar em desconformidade com a pronúncia.

III - HC indeferido." (HC n. 81.855/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, **in** DJ de 30.05.2003)

"Direito Penal e Processual Penal. Imputação de homicídio qualificado pela surpresa. Pronúncia: fundamentação. Competência do Tribunal do Júri. Prova. Exame. **Habeas corpus**.

1. A qualificadora da surpresa foi considerada presente, tal como descrita na denúncia e no relatório na sentença, com discreta mas suficiente fundamentação.

2. Mais não se poderia exigir da Magistrada de 1º grau, em se tratando de sentença de pronúncia, que simplesmente submete a questão ao Tribunal do Júri. Se tivesse aprofundado o exame da prova, quanto a ela, muito provavelmente seria tal aprofundamento impugnado no recurso em sentido estrito, a pretexto de exceder os limites de um mero juízo de admissibilidade da acusação, com influência na formação da convicção dos jurados.

3. Sendo assim, não é de se admitir de pronto a exclusão de tal qualificadora, nem de se concluir que, ao restabelecê-la, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial do Ministério Público, tenha exorbitado de suas funções ou incidido em constrangimento ilegal.

4. Até porque, não sendo manifesta a inocorrência da qualificadora, não deve ela ser excluída do exame do Tribunal do Júri, Juiz natural da causa, segundo a jurisprudência desta Corte.

5. O Tribunal do Júri, sim, poderá excluí-la, se assim lhe parecer, diante da prova dos autos.

6. HC indeferido." (HC n. 79.017/GO, Relator Ministro Sydney Sanches, **in** DJ de 1º.10.1999)

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de pronúncia, como prolatada.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 436.168 — DF (2002/0060478-1)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: União
Recorridos: Ruth Velho Lemos e outros
Advogado: José Gomes de Matos Filho
Sustentação oral: Amauri Serralvo, pelo recorrido

EMENTA

Recurso especial. Constitucional. Administrativo. Decreto-Lei n. 2.251/1985. Peritos e censores da Polícia Federal. Reposicionamento na carreira. Ausência de direito adquirido a regime jurídico. Inexistência de

decesso remuneratório. Consideração das promoções anteriores. Ausência de previsão legal. Aumento sob o fundamento de isonomia.

1. Pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico.

2. O artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985 limitou-se a estabelecer que os demais integrantes da Carreira Policial Federal, a saber, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal, terão os mesmos direitos concedidos aos integrantes do Grupo Polícia Federal, composto pelos Delegados de Polícia Federal, Peritos Criminais Federais e Censores Federais, ao dispor que "ficam asseguradas a todos os ocupantes dos cargos da Carreira Policial Federal as gratificações, indenizações e vantagens atualmente concedidas aos integrantes do Grupo Polícia Federal (PF-500), aplicando-se as mesmas bases de cálculo e percentuais ou valores para a respectiva classe a que pertença o funcionário."

3. Promoções anteriores, à falta de expressa previsão no Decreto-Lei n. 2.251/1985, em nada repercutem em reposicionamento decorrente de reestruturação subseqüente de cargo, pena de concessão de aumento por isonomia, vedado no Enunciado n. 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso provido.

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, dar provimento ao recurso, 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 (DF), 23 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 17.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pela União, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, impugnando acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

"Constitucional — Administrativo — Perito criminal e técnico de censura — Progressões por mérito — Decreto-Lei n. 2.251/1985.

I - A jurisprudência predominante do TRF — 1ª Região tem assentado que:

1. O Decreto-Lei n. 2.251/1985 assegurou ao Perito Criminal e ao Técnico de Censura, do Grupo de Polícia Federal, os aumentos (progressões) obtidos anteriormente por mérito ou por antiguidade, na medida em que garantiu '...a todos os ocupantes dos cargos da carreira policial as gratificações, indenizações e vantagens atualmente concedias aos integrantes do Grupo Polícia Federal' (art. 10).

2. Inaplicável, no caso, a Súmula n. 339, do Supremo Tribunal Federal, eis que não se cuida de isonomia, mas de simples interpretação sistemática do contido no artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.252/1985.

3. Inaplicável, também, na hipótese, a disposição contida no Artigo 169, parágrafo único, da Constituição Federal.

II - Apelo provido." (Fl. 149)

A insurgência especial está fundada na violação do artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985, **verbis**:

"Art. 10. Ficam asseguradas a todos os ocupantes dos cargos da Carreira Policial Federal as gratificações, indenizações e vantagens atualmente concedidas aos integrantes do Grupo Polícia Federal (PF-500), aplicando-se as mesmas bases de cálculo e percentuais ou valores para a respectiva classe a que pertença o funcionário."

E o teria violado porque, segundo alega o recorrente:

"(...)

O dispositivo mencionado, não se cuidou, obviamente, de assegurar vantagens passadas, mas, tão-somente, de estender os direitos anteriormente outorgados aos integrantes das Categorias Funcionais do Grupo Policial Federal a todos os ocupantes de cargos da Carreira de Polícia Federal.

O que pretendem é algo, além, do diploma legal.

O DL n. 2.251/1985 ao elevar as referências iniciais das classes de Perito Criminal e Técnico de Censura, *não determinou*, ao contrário do Decreto n. 1732/1979, a aplicação dos aumentos por mérito, obtidos anteriormente, a partir da nova referência inicial.

Outrossim, não se destina, pois, a conceder-lhes vantagens passadas, com a aplicação de dispositivo de índole transitória que dizia respeito ao enquadramento dos delegados existentes na época em que foi elevada a referência inicial da respectiva carreira, isto em 1979.

(...)" (fls. 168/169).

Recurso tempestivo (fl. 165), respondido (fl. 179).

Recurso inadmitido na origem (fl. 193).

Agravo de instrumento provido (fls. 207/208 do apenso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extingüindo, reduzindo ou criando vantagens, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico, como é da boa doutrina e da jurisprudência dos nossos Tribunais, valendo invocar, a propósito, a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal e, nesta, o Recurso Extraordinário n. 178.802/RS, da lavra do eminente Ministro Maurício Corrêa, **verbis**:

"Recurso extraordinário. Administrativo. Funcionário. Gratificações. Superveniência do Regime Jurídico Único e plano de carreira para os servidores do Município. Incorporação das gratificações aos vencimentos e proventos. Redução dos proventos e existência de direito adquirido às gratificações vigentes ao tempo da aposentação. Alegações improcedentes.

1. Os proventos da inatividade são regulados pela norma vigente ao tempo da sua aposentadoria, *mas o servidor não tem direito adquirido aos critérios legais com base em que* **quantum** *foi estabelecido, nem a prevalência do regime jurídico então vigente, ainda mais quando, em obediência a preceito constitucional a esse superveniente, lei nova vem disciplinar o regime jurídico e o plano de carreira dos servidores*, incorporando aos vencimentos e proventos as gratificações antes percebidas 'em cascata' ou 'repique', que não são permitidas pela nova ordem constitucional.

2. Redução de proventos. Alegação improcedente, vez que aos valores desses foram incorporadas duas das três gratificações existentes no regime anterior, de modo a compensar as vantagens então percebidas. Inexistência de direito adquirido a receber gratificações previstas na norma vigente ao tempo da inativação, pois, em face do novo reenquadramento, haveria verdadeiro **bis in idem.**

3. Recurso extraordinário conhecido e provido." (**In** DJ de 19.04.1996).

E, ainda:

"Servidor público.

A superveniência do novo regime, estabelecido pelas Leis Estaduais ns. 7.074 e 7.122, ambas de 1979, de natureza reestruturatória, afasta o alegado e reconhecido direito adquirido. Não há que falar em ofensa a direito incorporado ao patrimônio do servidor aposentado, que realmente não pode ser subtraído, quando a lei nova lhe assegura situação mais benéfica. Não é possível a soma de vantagens de dois regimes de remuneração.

O primitivo acha-se extinto e o novo, decorrente de reestruturação é mais benéfico ao servidor em atividade e ao próprio inativo.

Desse modo, não procede a acolhida ofensa ao princípio do direito adquirido (art. 153, § 3º). Outra 'exegese' conduziria, na espécie, a vulneração do art. 102, § 2º, da Constituição da República.

Recurso provido, julgando-se improcedente a ação." (RE n. 103.911/PR, Relator Ministro Djaci Falcão, **in** DJ de 19.12.1984)

"Magistrado. *Gratificação incorporada aos vencimentos*. Não é vedado aos demais Poderes do Estado alterar os critérios para o cálculo dos vencimentos dos Juízes, desde que não haja redução dos mesmos. Recurso de mandado de segurança não provido." (RMS n. 17.120/RJ, Relator Ministro Evandro Lins e Silva, **in** DJ de 22.05.1968)

"Funcionário. Gratificação de nível instituída pela Lei n. 8.209/1975 e extinta pela Lei n. 9.265/1981, ambas do Município de São Paulo. Alteração do quadro de ensino municipal. Inexistência de direito adquirido à gratificação incorporada. CF/69, art. 153, § 3º.

Se houve alteração no Quadro de Ensino Municipal, pela qual se extinguiu gratificação, mas se absorveu seu quantitativo ao novo padrão de vencimento, não há direito adquirido assegurado ao funcionário de integração da vantagem a seu patrimônio.

Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE n. 116.241/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, **in** DJ de 25.10.1991)

"Magistrados. Incorporação de gratificações a vencimentos, sem a redução destes.

Ainda que as gratificações estejam previstas em lei de organização judiciária, podem elas ser incorporadas a vencimentos sem as restrições temporais ou formais a que estejam sujeitas leis daquela natureza, porquanto a concessão ou a supressão de vantagens pecuniárias de magistrados não está contida no âmbito da organização judiciária.

Não-ocorrência, no caso, de violação do princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, porquanto a extinção das gratificações se deu mediante a sua incorporação aos vencimentos, que, assim, não foram diminuídos.

Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE n. 113.431/ES, Relator Ministro Moreira Alves, **in** DJ de 25.09.1987)

E também a deste Superior Tribunal de Justiça:

"Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Professor aposentado. Reestruturação na carreira. Redução de coeficientes.

Com a reestruturação da carreira dos Profissionais da Educação do Estado do Mato Grosso do Sul e a aplicação da legislação que fixou o novo piso salarial para a respectiva categoria, não houve redução nos proventos do impetrante, ao contrário.

A jurisprudência é firme em dispor que não há direito adquirido a regime jurídico, e muito menos a percentuais de gratificações, quando tal não importe redução no montante da remuneração.

Recurso desprovido." (RMS n. 13.978/MS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 4.11.2002)

"RMS — Administrativo — Servidor público estadual — Extinção do órgão de lotação originária — Reestruturação do Estado — Desmembramento dos vencimentos — Lei Estadual n. 12.287/1994 — Ofensa aos princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da isonomia não configurada — Inexistência de direito adquirido a regime jurídico — Precedentes.

I - Conforme cediça jurisprudência do Pretório excelso e desse colendo Tribunal, inexiste direito adquirido quanto a regime jurídico, ressalvada contudo, a manutenção das verbas remuneratórias anteriormente percebidas. Precedentes: REsp n. 209.681/RJ e RMS n. 10.467/PR.

II - Desta forma, comprovada a inexistência do decesso remuneratório, em face do desmembramento dos vencimentos introduzido pela Lei n. 12.287/1994, não há direito líquido e certo a ser amparado na via mandamental, pois não restaram malferidos os princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da isonomia.

III - Recurso ordinário conhecido, mas desprovido." (RMS n. 8.762/CE, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 4.06.2001 — nossos os grifos).

Posto isso, tem-se, na espécie, que os recorridos são ocupantes de cargos do Grupo Polícia Federal, composto pelos Peritos Criminais, pelos Técnicos de Censura e pelos Delegados de Polícia Federal, que, embora possuíssem o mesmo teto final na carreira, representado pela referência 25, tinham início em posicionamento diferenciado, eis que os Peritos Criminais e os Técnicos de Censura iniciavam sua carreira na referência 5, enquanto os Delegados de Polícia Federal já iniciavam sua carreira na referência 12.

Com a edição do Decreto-Lei n. 2.251/1985, de 26 de fevereiro de 1985, que "dispõe sobre a criação da Carreira Policial Federal e seus cargos, fixa os valores de seus vencimentos e dá outras providências", a Carreira Polícia Federal restou reestruturada nos seguintes termos:

"Art. 1º Fica criada, no Quadro Permanente do Departamento de Polícia Federal, a Carreira Polícia Federal, composta de cargos de Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Censor Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal, conforme o Anexo I deste Decreto-Lei, com os encargos previstos na Constituição Federal e na legislação específica."

E o aludido Anexo I instituiu como classe inicial do Grupo Polícia Federal, da Carreira Polícia Federal, o Padrão I da Segunda Classe, em correlação às antigas referências de 5 a 12, aglutinando-as todas num mesmo patamar.

A Segunda Classe restou assim disposta:

Referência	Padrão	Classe
16	V	Segunda
15	IV	
14	III	
13	II	
5 a 12	I	

Com isso, unificou-se o Grupo Polícia Federal, composto pelos Peritos Criminais, pelos Técnicos de Censura e pelos Delegados de Polícia Federal, tendo todos os cargos do Grupo início no Padrão I da Segunda Classe.

Entenderam, todavia, os Peritos Criminais e os Técnicos de Censura que dita aglutinação, a par de injusta, feriu seus direitos já adquiridos em face das promoções que haviam auferido antes da edição do Decreto-Lei n. 2.251/1985.

É que os Peritos e Censores já haviam sido beneficiados com diversas alterações no posicionamento de suas respectivas carreiras, com conseqüentes aumentos vencimentais, tendo a nova lei posicionado, indevidamente, no mesmo nível da carreira, servidores recém-empossados e servidores que já há tempos se dedicavam à função.

Ajuizaram, assim, ação ordinária, alegando, para tanto, que, quando da alteração no posicionamento inicial do cargo de Delegado da Polícia Federal, realizado por força do Decreto-Lei n. 1.732, de 20 de dezembro de 1979, foram consideradas as promoções anteriormente concedidas, respeitando o posicionamento anterior de cada um na carreira. Concluem, assim, que agora possuem o mesmo direito que, segundo sustentam, estaria assegurado no artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985:

> "Art. 10. Ficam asseguradas a todos os ocupantes dos cargos da Carreira Policial Federal as gratificações, indenizações e vantagens atualmente concedidas aos integrantes do Grupo Polícia Federal (PF-500), aplicando-se as mesmas bases de cálculo e percentuais ou valores para a respectiva classe a que pertença o funcionário."

Ocorre, entretanto, que, a despeito de se haver concedido o pretendido reposicionamento no REsp n. 136.225/DF, o artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985 não possui o elastério interpretativo que pretendem os servidores e que lhe conferiu o Tribunal **a quo.**

Com efeito, o dispositivo invocado limita-se a estabelecer que os demais integrantes da Carreira Policial Federal, a saber, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal, terão os mesmos direitos concedidos aos integrantes do Grupo Polícia Federal, composto pelos Delegados de Polícia Federal, Peritos Criminais Federais e Censores Federais. Nada mais.

Ininvocável, portanto, na espécie, o artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985, visando à obtenção de reposicionamentos outros na carreira, diversos do especificado no Anexo I daquele diploma legal, inexistindo, na espécie, violação a direito dos recorrentes, por induvidoso que inexiste direito adquirido a regime jurídico, máxime em se considerando que, **in casu**, não ocorreu decesso remuneratório.

Nesse sentido:

"Constitucional. Administrativo. Funcionário público. Carreira de Assistente Social. Lei n. 7.341/1985. Reposicionamento. Direito. Inexistência.

— O regime jurídico estatutário não tem natureza contratual, em razão do que inexiste direito à imutabilidade de situação funcional, sendo lícito à Administração proceder a reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, respeitado o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

— A Lei n. 7.341/1985, que ampliou a estrutura ao quadro de Assistente Social, não promoveu qualquer tipo de transformação ou reclassificação de cargos na escala funcional, preservando as mesmas referências existentes anteriormente, o que não autoriza o reposicionamento dos servidores no último nível funcional criado.

— Recurso especial não conhecido." (REsp n. 196.748/RJ, Relator Ministro Vicente Leal, **in** DJ de 05.04.1999)

"Constitucional. Administrativo. Funcionários públicos ativos. Auditores fiscais do Estado do Ceará. Lei n. 12.582/1996. Reclassificação funcional. Possibilidade. Princípio da irredutibilidade de vencimentos. Observância.

— A ordem constitucional confere à Administração Pública poder discricionário para promover a reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, com a modificação dos níveis de referências das carreiras para realizar correções setoriais, desde que respeitado o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

— A Lei n. 12.582/1996, conquanto tenha alterado a nomenclatura, as classes e as referências do Grupo TAF, de modo a promover uma reclassificação de cargos na escala funcional, não acarretou qualquer decréscimo remuneratório para os servidores em atividade que, em razão disso, não têm direito adquirido em permanecer na última referência do novo modelo.

— Recurso ordinário desprovido." (ROMS n. 9.341/CE, Relator Ministro Vicente Leal, **in** DJ de 18.12.2000)

Gize-se, por outro lado, que, diversamente do reposicionamento ora questionado, efetuado pelo Decreto-Lei n. 2.251/1985, no reposicionamento outrora deferido aos Delegados, por força do Decreto-Lei n. 1.732/1979, cuidou a norma, ela mesma, de resguardar expressamente as promoções já conquistadas antes da modificação na carreira, como é da letra do seu artigo 4º, alínea **b**, **verbis**:

"Art. 4º O Anexo IV dos Decretos-Leis ns. 1.525, de 28 de fevereiro de 1977, e 1.660, de 24 de janeiro de 1979, fica alterado na forma do correspondente anexo deste decreto-lei.

a) a supressão e o deslocamento de referência não implicam que os servidores nela posicionados mudem de classe, sendo-lhes atribuída a referência inicial estabelecida no reescalonamento, excetuado o caso previsto no artigo 3º desde decreto-lei;

b) *nas hipóteses do art. 3º e da alínea anterior, os aumentos por mérito obtidos pelo servidor, até a data da vigência deste decreto-lei, na categoria funcional a que pertença, serão aplicados desde a referência inicial em que ficar posicionado*;" (nossos os grifos).

E, inexistindo, **in casu**, disposição legal semelhante, aplicável à espécie, o deferimento da pretensão, nos moldes antes efetuados relativamente aos Delegados, resultaria em concessão de aumento pelo Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, vedado pelo Enunciado n. 339 da súmula do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

"Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia."

Nesse sentido:

"Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Oficiais de gabinete do TJDFT. Função comissionada. Reenquadramento. Equiparação com o STF. Impossibilidade. Aumento de remuneração. Vedação da Súmula n. 339-STF. Lei n. 9.607/1998. Restrição ao quadro de pessoal do STF. Precedente.

A providência requerida implica verdadeiro reenquadramento e conseqüente aumento de vencimentos dos respectivos cargos, sendo inviável em sede mandamental e, ainda, em razão da vedação da Súmula n. 339-STF.

A Lei n. 9.607/1998, que teria procedido ao enquadramento da FC-06 para os ocupantes de cargo de Oficial de Gabinete do Supremo Tribunal Federal, aplica-se tão-somente no âmbito daquela Corte, não podendo ser estendida a outros Tribunais.

Precedente (RMS n. 11.721/DF, Rel. Min. Vicente Leal).

Recurso desprovido." (RMS n. 11.989/DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 27.05.2002)

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, restabelecendo a sentença de 1º grau.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 447.447 — PR (2002/0087804-4)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: José do Carmo Silveira Júnior
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso especial. Processual Penal. Capacidade postulatória. Apresentação de razões recursais pelo próprio réu. Impossibilidade. Não-conhecimento. **Habeas corpus** concedido de ofício.

1. É fora de dúvida que o artigo 577 do Código de Processo Penal legitima o próprio réu à interposição do recurso, por petição ou termo nos autos, sendo irrecusável que, no caso da pretensão de autodefesa, é imperativa a nomeação de defensor à parte ré, para que se cumpra o direito de defesa ampla, assegurado na Constituição da República.

2. Manifestando o réu inequívoca intenção em recorrer do decreto condenatório, e deixando o defensor constituído transcorrer **in albis** o prazo recursal, é de se entender, **in casu**, por renunciado o mandato que lhe fora outorgado, até porque o recurso especial subseqüente também vem firmado pelo próprio recorrente, impondo-se a nomeação de defensor ao réu para apresentação das razões de apelação e eventuais recursos outros.

3. Recurso especial não conhecido. Ordem de **habeas corpus** concedida de ofício.

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, não conhecer do recurso especial e conceder a ordem de **habeas corpus** de ofício, 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 (DF), 26 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 02.08.2004

RELATÓRIO

Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto por José do Carmo Silveira Júnior contra acórdão da Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> "Falsificação. Carteira funcional.
>
> 1. O oferecimento da denúncia fora do prazo legal não acarreta a decadência, caracterizando apenas irregularidade.
>
> 2. A substituição da fotografia em documento público caracteriza o crime previsto no art. 297 do CP, no caso, de competência federal para que a identidade funcional do servidor federal está em causa
>
> Apelação desprovida." (Fl. 416)

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência aos artigos 386, incisos I, III, IV, V e VI, do Código de Processo Penal, e 297 do Código Penal, fundam a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Pugna o recorrente, ao final, no sentido de que "(...) *o presente recurso especial seja reconhecido e provido*, para o fim de ser 'cassado' o v. acórdão em tela, admitindo, preliminarmente, a divergência da Lei Federal argüida na preliminar, como aplicação da mais pura e límpida justiça, e, no mérito, reconhecendo a negativa à vigência de Lei Federal, qual seja, do disposto no artigo 386, incisos I, III, IV, V e VI, do Código de Processo PenaL, com o objetivo de absolver o recorrente das imputações que lhe foram atribuídas na exordial." (Fls. 444/445)

Recurso tempestivo (fl. 425), respondido (fls. 473/479) e admitido (fls. 481/482).

O Ministério Público Federal veio pelo não-conhecimento do recurso, em parecer sumariado da seguinte forma:

> "Recurso especial. Crime de falsificação de documento público. Temas não prequestionados e incidência do teor da Súmula n. 7 do STJ. Parecer pelo não-conhecimento do recurso." (Fl. 490)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, o presente recurso não comporta conhecimento.

É que esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que, afora casos excepcionais, não tem a própria parte capacidade postulatória, sendo-

lhe vedado o oferecimento de razões recursais, ato processual privativo de profissional técnico habilitado.

A propósito, anote-se, por todos, o seguinte precedente:

"Criminal. Recurso especial. Interposição pelo próprio réu. Ausência de capacidade postulatória.

1. O próprio acusado (excluída a hipótese daquele inscrito nos termos da Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994) não possui capacidade postulatória para interpor recurso especial, cujo manejo, por sua complexidade, reclama específicos conhecimentos técnico-jurídicos.

2. Não há, em conseqüência, ato representativo de ilegal constrangimento na solicitação pela autoridade judicante à Procuradoria de Assistência Judiciária no sentido da indicação de procurador para estudo do caso, mas, pelo contrário, dá-se efetividade ao princípio constitucional consagrado pela letra do art. 5º, LV.

3. Ordem denegada." (HC n. 7.795/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ de 30.11.1998)

De qualquer modo, esta a letra dos artigos 577 e 578 do Código de Processo Penal:

"Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão."

"Art. 578. O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.

§ 1º Não sabendo ou não podendo o réu assinar o nome, o termo será assinado por alguém, a seu rogo, na presença de duas testemunhas.

§ 2º A petição de interposição de recurso, com o despacho do juiz, será, até o dia seguinte ao último do prazo, entregue ao escrivão, que certificará no termo da juntada a data da entrega.

§ 3º Interposto por termo o recurso, o escrivão, sob pena de suspensão por 10 (dez) a 30 (trinta) dias, fará conclusos os autos ao juiz, até o dia seguinte ao último do prazo."

É fora de dúvida que o artigo 577 do Código de Processo Penal legitima o próprio réu à *interposição* do recurso, por petição ou termo nos autos, parecendo-nos irrecusável que, no caso da pretensão de autodefesa, é imperativa a nomeação de

defensor à parte ré, para que se cumpra o direito de defesa ampla, assegurado na Constituição da República, **verbis**:

"Art. 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

In casu, manifestando o réu inequívoca intenção em recorrer do decreto condenatório, e deixando o defensor constituído transcorrer **in albis** o prazo recursal, é de se entender, **in casu**, por renunciado o mandato que lhe fora outorgado, até porque o recurso especial subseqüente também vem firmado pelo próprio recorrente, impondo-se a nomeação de defensor ao réu para apresentação das razões de apelação e eventuais recursos outros.

Nesse sentido:

"**Habeas corpus**. Direito Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Capacidade postulatória do réu. Nomeação de defensor.

1. A parte, ela mesma, pode interpor recursos em sede penal, sendo dever do Estado-Juiz a nomeação de defensor, em obséquio ao direito da ampla defesa assegurado na Constituição da República.

2. Ordem denegada e **habeas corpus** concedido de ofício." (HC n. 17.991/MG, da minha relatoria, **in** DJ de 19.12.2002)

Pelo exposto, não conheço do recurso. Concedo, no entanto, ordem de **habeas corpus**, de ofício, para cassar o acórdão recorrido, determinando a remessa dos autos à Defensoria Pública local para apresentação das razões de apelação e eventuais interposições de recursos outros.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 16.082 — SP (2004/0060951-5)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Elias Serafim dos Reis

Advogado: Elias Serafim dos Reis

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Valdinei dos Santos Ramos (preso)

EMENTA

Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Fundamentação (falta).

1. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (Código de Processo Penal, art. 315).

2. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Código de Processo Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

3. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do **habeas corpus**.

4. Recurso ordinário provido e ordem concedida, deferindo-se ao recorrente a liberdade provisória (Código de Processo Penal, art. 310).

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 maioria, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido em parte o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que também deu provimento, porém, em menor extensão e que fará declaração de voto. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 17 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 21.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de denúncia de 16.12.03, apresentada ao Juiz de Caçapava, no Estado de São Paulo, por homicídios simples, consumado um e tentado o outro, e por porte de arma de fogo. A prisão foi em flagrante.

Discute-se, neste **habeas corpus**, em grau de recurso, a liberdade provisória, e a ordem foi denegada pelo Tribunal de Justiça nestes termos:

"Não obstante careça de fundamentação a decisão que obstou o **status libertatis** do ora paciente, ainda assim sua custódia cautelar é, ao menos por ora, de ser preservada.

Preso em flagrante, acabou autuado em ato formal e materialmente em ordem e sua conduta, embriagado efetuou disparos contra as vítimas matando uma delas, não recomenda que se lhe defira, agora, no limiar da ação penal, a liberdade provisória, não obstante seus favoráveis atributos pessoais.

Melhor, portanto, a prevalência da situaão **a quo**, já que a primarieda-de e os bons antecedentes, isoladamente, não justificam a obtenção do benefício aqui almejado.

Ante o exposto, denego a ordem."

Sustenta e pede o recorrente o seguinte:

"... o réu, é primário na exata etimologia do termo (vide certidão de folha 06) possuindo domicílio certo e profissão definida, circunstâncias que depõem contra a permanência da custódia cautelar, a qual vem recebendo o enérgico repúdio dos Tribunais Superiores, porquanto, importa e sempre no cumprimento antecipado da pena, (isto, na hipótese de remanescer condenado o réu), violando-se aqui o princípio da inocência, com sede constitucional, por força do artigo 5º, LVII.

Nesse norte imperioso assoma a transcrição de jurisprudência, a qual guarda pertinência figadal a hipótese **in** exame.

(...)

Espera o recorrente que essa augusta Corte dê provimento ao recurso, para lhe conceder *liminarmente* o direito de responder o processo em liberdade, e ao fim, postula pela ratificação da ordem deferida em liminar, e ou pela sua concessão, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor, decorrência direta da procedência da ação penal constitucional de **habeas corpus** liberatório impetrada."

Neste Tribunal, o parecer é pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O acórdão foi expresso quanto à falta de fundamentação da decisão de primeiro grau. Vejamo-la, palavra por palavra: "Conduta atribuída ao réu é atentória à ordem e tranqüilidade públicas, mostran-

do-se imprescindível a manutenção de sua prisão cautelar, razão pela qual indefiro o requerimento de liberdade provisória."

Tal circunstância foi percebida pelo Subprocurador-Geral Souza Meira, conquanto o parecer seja pelo não-provimento do recurso. Confira-se nestas passagens:

> "10. **In casu**, ao indeferir o pedido de liberdade provisória, verificando a prova da materialidade do crime e os indícios suficientes de autoria, entendeu o MM. Juiz de primeiro grau ser necessária a medida para resguardar a ordem pública.
>
> 11. Por sua vez, o acórdão recorrido manteve a decisão monocrática, entendo-a desafeiçoada de ilegalidade, destacando, ainda, que a conduta do réu *'não recomenda que se lhe defira, agora, no limiar da ação penal, a liberdade provisória, não obstante seus favoráveis atributos pessoais'*.
>
> 12. Embora concisas, as decisões justificam suficientemente a custódia cautelar, como forma de garantia da ordem pública, em consonância com os requisitos legais previstos no Código de Processo Penal.
>
> 13. Assim sendo, se demonstrada a necessidade da segregação provisória do paciente, em harmonia com a lei penal adjetiva, inexiste constrangimento ilegal a ser sanado via remédio heróico."

A mim me parece imprescindível a fundamentação. Vejam que o art. 315, ao versar acerca da prisão preventiva, requer que o despacho (ou a decisão) que a decreta seja "sempre fundamentado". Há de ter idênticas razões o procedimento a que se refere o parágrafo único do art. 310. Em suma, a medida cautelar que afete pessoa há de conter os seus motivos, devendo o juiz apresentá-los. Dele não se requer que seja tão extenso (isto é, que escreva muito, que cite fulano ou beltrano etc.), o que não pode, porém, é o magistrado ficar aquém das exigências normais.

No caso, a impressão que me ficou foi a da falta de fundamentação; aliás, o próprio acórdão recorrido não deixou de deitar os olhos em tal aspecto, aspecto relevante, a meu ver, que me leva a reconhecer o constrangimento ilegal, daí que, dando provimento ao recurso, concedo a ordem para deferir ao recorrente a liberdade provisória, "... mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação" (Código de Processo Penal, art. 310).

VOTO VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Presidente): Senhores Ministros, estou a divergir, em parte do ilustre Ministro-Relator, para dar provimento ao recurso em **habeas corpus**, mas em menor extensão.

É que a inafiançabilidade do delito é expressão legal, no sistema normativo processual penal em vigor, de custódia cautelar de necessidade presumida **juris tantum**, cuja desconstituição admitida reclama prova efetiva da desnecessidade da medida, a demonstrar seguras a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal, sendo desenganadamente do réu o ônus de sua produção (Código de Processo Penal, artigos 310, parágrafo único, 323 e 324).

Trata-se de hipótese legal diversa daqueloutra do artigo 594 do Código de Processo Penal, em que, em se cuidando de primário e de bons antecedentes, a necessidade da custódia do réu deve emergir dos elementos existentes nos autos e ser demonstrada pelo Juiz.

Daí por que a liberdade provisória, no caso de prisão em flagrante, está subordinada à certeza da inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (Código de Processo Penal, artigo 310, **caput**, e parágrafo único), decorrente dos elementos existentes nos autos ou de prova da parte onerada.

In casu, tem-se que o **decisum** que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente, para além de desfundamentado, não se ajusta ao regime legal que o preside, **verbis**:

> " Conduta atribuída ao réu é atentatória à ordem e a tranqüilidade públicas, mostrando-se imprescindível a manutenção de sua prisão cautelar, razão pela qual indefiro o requerimento de liberdade provisória." (Fl. 92- verso)

Isso posto, estabelecido, divergindo do ilustre Ministro-Relator, dou provimento ao recurso em **habeas corpus**, mas em menor extensão, para determinar que o Juiz aprecie, na forma da lei e da Constituição da República, motivada e adequadamente o pedido.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Senhor Presidente, tenho, há muito tempo, o mesmo entendimento do Ministro Nilson Naves com relação ao art. 310 do Código de Processo Penal. Penso que o seu parágrafo único está a exigir que a prisão seja devidamente motivada. Não há prisão que anteceda a sentença condenatória transitada em julgado que não tenha caráter cautelar, e, assim, há de mostrar-se a sua necessidade.

A divergência que há entre a posição de V. Exª., a minha e a do Ministro-Relator, é que V. Exª. entende que deveríamos, não conceder a ordem, mas determinar que o Juiz faça a devida avaliação da situação. Mas o Juiz deveria tê-la feito por ocasião do exame do flagrante. Portanto, em não o fazendo, com a devida vênia de V. Exª., a prisão é ilegal, porque não há motivação que a justifique, não obstante formalmente perfeito o respectivo auto.

O Tribunal de Justiça indica a precariedade da decisão então atacada, não podendo supri-la por se tratar de recurso da defesa.

De qualquer maneira, Senhor Presidente, respeito profundamente o entendimento de V. Exª., por sua autoridade. Por isso, peço vênia a V. Exª. para acompanhar o voto do Ministro-Relator, dando provimento ao recurso em **habeas corpus**.

Índice Analítico

A

PrCv Abandono da causa - Culpa - Autor - Decretação de ofício - Possibilidade - Embargado - Citação - Não-ocorrência - **Execução fiscal** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Súmula n. 240-STJ - Inaplicabilidade. REsp n. 688.681-0/CE. RSTJ 192/215.

PrCv **Ação anulatória de duplicata** - Improcedência - Consignação extrajudicial - Extinção da dívida - Não-ocorrência - Quantia depositada - Levantamento. REsp n. 189.019-0/SP. RSTJ 192/407.

PrCv **Ação civil pública** - CPC, art. 273 - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) - Complementação - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lei n. 9.424/1996, art. 6º, § 1º - Lesão à ordem e economia públicas - Caracterização - Tutela antecipada - Impossibilidade. AgRg na SL n. 33-0/SP. RSTJ 192/64.

PrCv **Ação civil pública** - CTB, art. 112 - Equipamento de primeiros socorros - Indenização. REsp n. 615.333-0/RS. RSTJ 192/158.

PrPn Ação de nunciação de obra nova - Crime de desobediência - Não-configuração - **Habeas corpus** - Multa - Aplicabilidade - Prova - Reexame - Vedação. HC n. 37.279-0/MG. RSTJ 192/323.

PrCv **Ação de reparação de danos** - CPC, art. 513 - Ilegitimidade passiva **ad causam** - União - Litisconsórcio passivo - Ocorrência - Sentença terminativa - Configuração. REsp n. 678.645-0/PE. RSTJ 192/289.

PrCv **Ação de separação litigiosa** - Nulidade - Divergência jurisprudencial demonstrada - Instrução processual - Necessidade - Interesse público - Caracterização - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Lei n. 6.515/1977, art. 3º, § 2º - Revelia. REsp n. 485.958-0/SP. RSTJ 192/444.

PrCv **Ação desapropriatória** - Expropriante - Indenização - Levantamento - Impossibilidade - Prova - Necessidade - Terreno - Posse Legítima. AgRg na MC n. 8.008-0/PA. RSTJ 192/231.

PrCv **Ação indenizatória** - Acidente de trabalho - Competência - Deslocamento - Impossibilidade - CPC, art. 100, parágrafo único - Aplicabilidade. REsp n. 493.906-0/MG. RSTJ 192/340.

PrCv **Ação indenizatória** - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Dano moral - Legitimidade passiva **ad causam** - Plano de saúde - Princípio da boa-fé - Seguradora - Denunciação à lide - Impossibilidade - Seguro de vida - Contrato simultâneo. REsp n. 590.336-0/SC. RSTJ 192/374.

PrCv **Ação indenizatória** - Dano moral - Não-configuração - Prova - Reexame - Vedação - Tribunal **a quo** - Exame. REsp n. 578.777-0/RJ. RSTJ 192/360.

PrCv Ação ordinária - **Competência** - Empregado aposentado - Justiça do trabalho - Previdência privada - Reinclusão. REsp n. 504.742-0/RS. RSTJ 192/455.

Trbt Ação ordinária - Trânsito em julgado - Ausência - **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Depósito judicial - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 1.684/2003, art. 4º, II, e 6º - Parcelamento de débito - Adesão. REsp n. 591.638-0/MG. RSTJ 192/274.

PrPn **Ação penal** - Afastamento preventivo - Necessidade - Crime de falsidade ideológica - Crime de perigo - Configuração - Desembargador Federal - Co-autoria - Dolo - Ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993, art. 48, II - Constitucionalidade - Princípio do promotor natural - Ofensa - Não-ocorrência - Subprocurador-Geral da República - Designação - Legalidade. APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/21.

PrPn Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 41 e 43 - Crime contra a ordem tributária - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Justa causa - Ausência - Via administrativa - Exaurimento - Necessidade. HC n. 39.268-0/SP. RSTJ 192/497.

PrPn **Ação penal originária** - Crime de falsidade ideológica - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) - Aplicabilidade - Magistrado - Afastamento - Necessidade - Princípio do promotor natural - Subprocurador-Geral da República - Designação - Possibilidade. EDcl na APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/80.

PrCv **Ação revisional** - CDC, art. 6º, VIII - Contrato bancário - Fornecedor - Pagamento - Responsabilidade - Impossibilidade - Lei n. 1.060/1950, art. 3º, V - Prova - Ônus - Inversão - Prova pericial - Despesa. REsp n. 402.399-0/RJ. RSTJ 192/332.

PrCv Ação revisional superveniente - Julgamento - CPC, art. 585, § 1º - **Execução hipotecária** - Suspensão - Possibilidade - Penhora - Ocorrência. REsp n. 486.069-0/SP. RSTJ 192/449.

PrCv Acidente de trabalho - **Ação indenizatória** - Competência - Deslocamento - Impossibilidade - CPC, art. 100, parágrafo único - Aplicabilidade. REsp n. 493.906-0/MG. RSTJ 192/340.

PrCv Acórdão embargado - Não-cabimento - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-conhecimento. EREsp n. 472.385-0/MT. RSTJ 192/314.

Trbt Acréscimo patrimonial a descoberto - Decreto-Lei n. 2.303/1986 - Glosa - Possibilidade - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Não-incidência. REsp n. 426.874-0/MG. RSTJ 192/253.

PrPn Adolescente - Ato infracional - Configuração - CF/1988, art. 5º, LV - Crime de desacato - Crime de desobediência - Defesa técnica - Ausência - ECA, arts. 111, III; 186, § 2º, e 207 - **Habeas corpus** - Medida socioeducativa - Aplicação - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 39.630-0/SP. RSTJ 192/504.

PrCv Advogado - Procuração - Ausência - **Embargos declaratórios** - Inexistência - Súmula n. 115-STJ. AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no CC n. 39.984-0/RJ. RSTJ 192/307.

PrPn Afastamento preventivo - Necessidade - **Ação penal** - Crime de falsidade ideológica - Crime de perigo - Configuração - Desembargador Federal - Co-autoria - Dolo - Ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993, art. 48, II - Constitucionalidade - Princípio do promotor natural - Ofensa - Não-ocorrência - Subprocurador-Geral da República - Designação - Legalidade. APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/21.

Pv Alíquota - Retenção - Inaplicabilidade - **Contribuição previdenciária** - Decreto n. 4.729/2003 - Empresa de transporte de carga - Lei n. 8.212/1991, art. 31. REsp n. 620.574-0/PR. RSTJ 192/174.

PrCv Aparelho de diagnóstico médico - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - **Contrato de Arrendamento Mercantil** - Foro de eleição - Validade. REsp n. 661.137-0/SP. RSTJ 192/463.

PrCv **Apelação** - CPC, art. 530, na redação da Lei n.10.352/2001 - Embargos infringentes - Não-cabimento. REsp n. 645.437-0/PR. RSTJ 192/198.

PrPn **Apelação** - Julgamento - Crime de atentado violento ao pudor - **Mutatio libelli** - Não-configuração - Sentença condenatória - Nulidade - Não-ocorrência. REsp n. 691.751-0/BA. RSTJ 192/565.

PrCv **Apelação** - Recebimento - Contra-razões - Prazo - Não-determinação - CPC, arts. 244 e 518 - Juiz de Direito - Nulidade - Não-ocorrência - Princípio da instrumentalidade das formas - Aplicabilidade. REsp n. 411.211-0/SC. RSTJ 192/250.

PrPn Arma de fogo - Apreensão - Irrelevância - Causa de aumento de pena - Incidência - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Regime prisional semiaberto. HC n. 36.182-0/SP. RSTJ 192/635.

PrCv Arrematação - Desistência - CPC, art. 695 - Inaplicabilidade - **Leilão extrajudicial** - Multa - Não-incidência. REsp n. 573.630-0/RS. RSTJ 192/357.

PrCv Assinatura de duas testemunhas - Prescindibilidade - Escritura pública de confissão de dívida - **Execução**. REsp n. 195.591-0/SC. RSTJ 192/411.

PrPn Ato infracional - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - **Habeas corpus** - Prejudicialidade - Laudo toxicológico definitivo - Inexistência - Sentença - Nulidade. HC n. 38.047-0/RJ. RSTJ 192/647.

Trbt Ato revocatório - Impossibilidade - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Isenção - Prorrogação - Processo administrativo fiscal - Ocorrência - Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene) - Concessão superveniente. REsp n. 553.566-0/PE. RSTJ 192/270.

Cv Atraso em vôo internacional - Dano moral - **Responsabilidade civil** - Transporte aéreo - *Overbooking*. REsp n. 488.715-0/SP. RSTJ 192/452.

PrPn Audiência prévia - Oitiva do condenado - Necessidade - CP, art. 44, § 4º - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Pena restritiva de direito - Conversão. HC n. 24.974-0/MG. RSTJ 192/599.

Cv Autorização explícita - Necessidade - Dano moral - Direito autoral - Violação - Fotografia - Publicação indevida - Indenização - Lei n. 5.988/1973 na redação da Lei n. 9.610/1998 - Prejuízo - Prova - Desnecessidade - **Responsabilidade civil** - Empresa jornalística. REsp n. 617.130-0/DF. RSTJ 192/382.

B

Cv Banco - Negligência - Configuração - Crime de esbulho possessório - Dano moral - Imputação falsa - Ocorrência - **Indenização** - Instituição financeira. AgRg nos EREsp n. 470.365-0/RS. RSTJ 192/309.

PrCv Bem - Reavaliação - CPC, art. 33 - Honorários periciais - Pagamento - **Penhora** - Responsabilidade - Requerente. REsp n. 611.970-0/SP. RSTJ 192/282.

PrCv Bem de uso comum - Caracterização - Condomínio de apartamentos - **Embargos à execução** - Lei n. 4.591/1964, art. 3º - Penhora - Elevador - Impossibilidade. REsp n. 259.994-0/SP. RSTJ 192/414.

C

Cv Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - Dano moral - Cabimento - **Responsabilidade civil**. REsp n. 595.931-0/RS. RSTJ 192/460.

PrPn Causa de aumento de pena - Incidência - Arma de fogo - Apreensão - Irrelevância - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Regime prisional semiaberto. HC n. 36.182-0/SP. RSTJ 192/635.

Cv CC/1916, art. 849, I - **Cédula de crédito industrial** - Decreto-Lei n. 413/1969, art. 26 - Hipoteca - Levantamento - Impossibilidade - Obrigação principal - Adimplemento - Ausência. REsp n. 506.290-0/RS. RSTJ 192/342.

Cv CC/1916, art. 1.474 - Observância - **Contrato de seguro de vida** - Ex-esposa - Beneficiária - Possibilidade. REsp n. 157.356-0/RS. RSTJ 192/326.

Cv CC/1916, art. 1.483 - **Contrato de financiamento bancário** - Dano moral - Fixação - Fiança - Exoneração - Termo inicial. REsp n. 522.324-0/SP. RSTJ 192/347.

PrCv CDC, art. 6º, VIII - **Ação revisional** - Contrato bancário - Fornecedor - Pagamento - Responsabilidade - Impossibilidade - Lei n. 1.060/1950, art. 3º, V - Prova - Ônus - Inversão - Prova pericial - Despesa. REsp n. 402.399-0/RJ. RSTJ 192/332.

Cv CDC, art. 39, III - Aplicabilidade - **Contrato de prestação de telefonia** - Serviço "0900" - Prévia solicitação - Necessidade. REsp n. 318.372-0/SP. RSTJ 192/330.

Cv **Cédula de crédito industrial** - CC/1916, art. 849, I - Decreto-Lei n. 413/1969, art. 26 - Hipoteca - Levantamento - Impossibilidade - Obrigação principal - Adimplemento - Ausência. REsp n. 506.290-0/RS. RSTJ 192/342.

Pn CF/1988, arts. 5º, XXXVIII, **d**, e 93, IX - CPP, art. 74, § 1º - **Crime de homicídio** - Tentativa - Questões de fato - Observância - Obrigatoriedade - Sentença de pronúncia - Fundamentação - Necessidade - Tribunal do Júri - Juízo de admissibilidade. REsp n. 369.253-0/DF. RSTJ 192/653.

PrPn CF/1988, art. 5º, LV - Adolescente - Ato infracional - Configuração - Crime de desacato - Crime de desobediência - Defesa técnica - Ausência - ECA, arts. 111, III; 186, § 2º, e 207 - **Habeas corpus** - Medida socioeducativa - Aplicação - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 39.630-0/SP. RSTJ 192/504.

Pn CF/1988, art. 5º, LV - CPP, art. 577 - **Crime de falsificação de documento público** - Defensor público - Obrigatoriedade - Defesa técnica - Necessidade - **Habeas corpus** de ofício - Cabimento - Prazo **in albis** - Réu - Capacidade postulatória - Inexistência. REsp n. 447.447-0/PR. RSTJ 192/674.

PrPn CF/1988, art. 93, IX - Crime de homicídio qualificado - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Fundamentação - Ausência. HC n. 31.692-0/PE. RSTJ 192/622.

PrCv CF/1988, art. 100, §§ 1º-A e 3º - Decreto n. 1.511/1999(PR) - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 12.601/1999(PR) - **Mandado de segurança** - Precatório - Pagamento - Preterição - Prova pré-constituída - Insuficiência. ROMS n. 18.286-0/PR. RSTJ 192/298.

Adm CF/1988, arts. 170 e 174 - Contrato de importação - Variação cambial - Fato do príncipe - Indenização - Não-cabimento - Intervenção no domínio econômico - Exercício regular de direito - **Responsabilidade civil do Estado** - Não-caracterização. REsp n. 614.048-0/RS. RSTJ 192/134.

PrPn Citação editalícia - Possibilidade - Competência - Justiça Estadual - CPP, art. 361 - Crime de lesão corporal - **Habeas corpus** - Juizado Especial - Lei n. 9.099/1995, art. 66. HC n. 27.702-0/GO. RSTJ 192/605.

PrCv Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - **Ação indenizatória** - Dano moral - Legitimidade passiva **ad causam** - Plano de saúde - Princípio da boa-fé - Seguradora - Denunciação à lide - Impossibilidade - Seguro de vida - Contrato simultâneo. REsp n. 590.336-0/SC. RSTJ 192/374.

PrCv Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Aparelho de diagnóstico médico - **Contrato de Arrendamento Mercantil** - Foro de eleição - Validade. REsp n. 661.137-0/SP. RSTJ 192/463.

PrCv **Competência** - Ação ordinária - Empregado aposentado - Justiça do trabalho - Previdência privada - Reinclusão. REsp n. 504.742-0/RS. RSTJ 192/455.

PrPn Competência - Conexão probatória - Impossibilidade - Crime de porte ilegal de arma - Uso privativo das Forças Armadas - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - **Habeas corpus** - Justiça Estadual. HC n. 35.809-0/PR. RSTJ 192/492.

PrCv Competência - Deslocamento - Impossibilidade - **Ação indenizatória** - Acidente de trabalho - CPC, art. 100, parágrafo único - Aplicabilidade. REsp n. 493.906-0/MG. RSTJ 192/340.

PrPn Competência - Justiça Estadual - Citação editalícia - Possibilidade - CPP, art. 361 - Crime de lesão corporal - **Habeas corpus** - Juizado Especial - Lei n. 9.099/1995, art. 66. HC n. 27.702-0/GO. RSTJ 192/605.

PrPn Competência - Justiça Federal - Crime de responsabilidade - Ex-Prefeito Municipal - **Habeas corpus** - Licitação - Fraude - Configuração - Súmula n. 208-STJ. HC n. 35.648-0/SP. RSTJ 192/630.

PrCv Condomínio de apartamentos - Bem de uso comum - Caracterização - **Embargos à execução** - Lei n. 4.591/1964, art. 3º - Penhora - Elevador - Impossibilidade. REsp n. 259.994-0/SP. RSTJ 192/414.

PrPn Conexão probatória - Impossibilidade - Competência - Crime de porte ilegal de arma - Uso privativo das Forças Armadas - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - **Habeas corpus** - Justiça Estadual. HC n. 35.809-0/PR. RSTJ 192/492.

PrCv Consignação extrajudicial - **Ação anulatória de duplicata** - Improcedência - Extinção da dívida - Não-ocorrência - Quantia depositada - Levantamento. REsp n. 189.019-0/SP. RSTJ 192/407.

Pn Continuidade delitiva - **Crime contra a ordem tributária** - Crime de quadrilha ou bando - Crime societário - Denúncia genérica - Possibilidade - Inquérito - Trancamento - Impossibilidade - Processo administrativo - Ocorrência. REsp n. 569.318-0/RS. RSTJ 192/517.

PrCv Contra-razões - Prazo - Não-determinação - **Apelação** - Recebimento - CPC, arts. 244 e 518 - Juiz de Direito - Nulidade - Não-ocorrência - Princípio da instrumentalidade das formas - Aplicabilidade. REsp n. 411.211-0/SC. RSTJ 192/250.

PrCv Contrato bancário - **Ação revisional** - CDC, art. 6º, VIII - Fornecedor - Pagamento - Responsabilidade - Impossibilidade - Lei n. 1.060/1950, art. 3º, V - Prova - Ônus - Inversão - Prova pericial - Despesa. REsp n. 402.399-0/RJ. RSTJ 192/332.

PrCv **Contrato de Arrendamento Mercantil** - Aparelho de diagnóstico médico - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Foro de eleição - Validade. REsp n. 661.137-0/SP. RSTJ 192/463.

Cv **Contrato de financiamento bancário** - CC/1916, art. 1.483 - Dano moral - Fixação - Fiança - Exoneração - Termo inicial. REsp n. 522.324-0/SP. RSTJ 192/347.

Adm Contrato de importação - Variação cambial - CF/1988, arts. 170 e 174 - Fato do príncipe - Indenização - Não-cabimento - Intervenção no domínio econômico - Exercício regular de direito - **Responsabilidade civil do Estado** - Não-caracterização. REsp n. 614.048-0/RS. RSTJ 192/134.

Cv **Contrato de prestação de telefonia** - CDC, art. 39, III - Aplicabilidade - Serviço "0900" - Prévia solicitação - Necessidade. REsp n. 318.372-0/SP. RSTJ 192/330.

Cv **Contrato de seguro de vida** - CC/1916, art. 1.474 - Observância - Ex-esposa - Beneficiária - Possibilidade. REsp n. 157.356-0/RS. RSTJ 192/326.

Adm Contrato de trabalho - Rescisão - Não-ocorrência - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 8.036/1990, art. 20, II e X - Lei n. 8.630/1993, arts. 27, 55, 58, 59 e 61. REsp n. 560.686-0/RJ. RSTJ 192/122.

Pv **Contribuição previdenciária** - Alíquota - Retenção - Inaplicabilidade - Decreto n. 4.729/2003 - Empresa de transporte de carga - Lei n. 8.212/1991, art. 31. REsp n. 620.574-0/PR. RSTJ 192/174.

PrCv Contribuição previdenciária - Não-incidência - Função comissionada - Servidor público - **Tutela antecipada** - Cabimento. REsp n. 614.715-0/RS. RSTJ 192/152.

Trbt Contribuição Social para o Incra - Empresa urbana - Recolhimento - Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I - Inaplicabilidade - Lei n. 7.787/1989 - Revogação - Ocorrência - Lei n. 8.212/1991, arts. 18, 22 e 23 - **Mandado de segurança**. REsp n. 676.227-0/RS. RSTJ 192/204.

PrPn Co-réu - Situação processual - Similitude - Crime de associação para o tráfico - **Habeas corpus** - Pedido de extensão - Deferimento - Prisão preventiva - Revogação. PExt em HC n. 39.141-0/BA. RSTJ 192/511.

Trbt Correção monetária - Índice aplicável - Decisão **extra petita** - Não-ocorrência - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)**. REsp n. 108.771-0/PR. RSTJ 192/237.

PrCv Correção monetária - Índice aplicável - Substituição - Impossibilidade - Homologação de cálculos - Trânsito em julgado - **Precatório complementar**. EREsp n. 477.377-0/GO. RSTJ 192/97.

PrPn CP, art. 44, § 4º - Audiência prévia - Oitiva do condenado - Necessidade - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Pena restritiva de direito - Conversão. HC n. 24.974-0/MG. RSTJ 192/599.

PrPn CP, art. 59 - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Maus antecedentes - Inexistência - Pena-base - Fixação. HC n. 26.895-0/RJ. RSTJ 192/602.

PrCv CPC, art. 33 - Bem - Reavaliação - Honorários periciais - Pagamento - **Penhora** - Responsabilidade - Requerente. REsp n. 611.970-0/SP. RSTJ 192/282.

PrCv CPC, art. 100, parágrafo único - Aplicabilidade - **Ação indenizatória** - Acidente de trabalho - Competência - Deslocamento - Impossibilidade. REsp n. 493.906-0/MG. RSTJ 192/340.

PrCv CPC, art. 130 - Determinação de ofício - Possibilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Prova pericial** - Realização - Imprescindibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 208.585-0/SP. RSTJ 192/242.

PrCv CPC, arts. 244 e 518 - **Apelação** - Recebimento - Contra-razões - Prazo - Não-determinação - Juiz de Direito - Nulidade - Não-ocorrência - Princípio da instrumentalidade das formas - Aplicabilidade. REsp n. 411.211-0/SC. RSTJ 192/250.

PrCv CPC, art. 273 - **Ação civil pública** - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) - Complementação - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lei n. 9.424/1996, art. 6º, § 1º - Lesão à ordem e economia pública - Caracterização - Tutela antecipada - Impossibilidade. AgRg na SL n. 33-0/SP. RSTJ 192/64.

PrPn CPC, art. 408 - Violação - Não-ocorrência - Crime de homicídio qualificado - **Sentença de pronúncia** - Fundamentação excessiva - Inexistência. REsp n. 704.938-0/MT. RSTJ 192/569.

PrCv CPC, art. 513 - **Ação de reparação de danos** - Ilegitimidade passiva **ad causam** - União - Litisconsórcio passivo - Ocorrência - Sentença terminativa - Configuração. REsp n. 678.645-0/PE. RSTJ 192/289.

PrCv CPC, art. 530, na redação da Lei n.10.352/2001 - **Apelação** - Embargos infringentes - Não-cabimento. REsp n. 645.437-0/PR. RSTJ 192/198.

PrCv CPC, art. 585, § 1º - Ação revisional superveniente - Julgamento - **Execução hipotecária** - Suspensão - Possibilidade - Penhora - Ocorrência. REsp n. 486.069-0/SP. RSTJ 192/449.

PrCv CPC, art. 610 - **Liquidação de sentença** - Rediscussão da lide - Impossibilidade - Sentença - Modificação - Não-cabimento. REsp n. 333.312-0/RJ. RSTJ 192/423.

PrCv CPC, art. 695 - Inaplicabilidade - Arrematação - Desistência - **Leilão extrajudicial** - Multa - Não-incidência. REsp n. 573.630-0/RS. RSTJ 192/357.

PrPn CPP, arts. 41 e 43 - Ação penal - Trancamento - Crime contra a ordem tributária - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Habeas corpus** -

Justa causa - Ausência - Via administrativa - Exaurimento - Necessidade. HC n. 39.268-0/SP. RSTJ 192/497.

PrPn CPP, arts. 70 e 424 - Crime de homicídio qualificado - Desaforamento - Requisitos - Ausência - **Habeas corpus** - Tribunal do Júri. HC n. 29.163-0/MG. RSTJ 192/485.

Pn CPP, art. 74, § 1º - CF/1988, arts. 5º, XXXVIII, **d**, e 93, IX - **Crime de homicídio** - Tentativa - Questões de fato - Observância - Obrigatoriedade - Sentença de pronúncia - Fundamentação - Necessidade - Tribunal do Júri - Juízo de admissibilidade. REsp n. 369.253-0/DF. RSTJ 192/653.

PrPn CPP, art. 310 - Crime de porte ilegal de arma - Liberdade provisória - Deferimento - Prisão em flagrante - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 16.082-0/SP. RSTJ 192/677.

PrPn CPP, art. 312 - Crime de homicídio - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Revogação - Testemunha ameaçada - Não-configuração. HC n. 31.411-0/PR. RSTJ 192/609.

PrPn CPP, art. 361 - Citação editalícia - Possibilidade - Competência - Justiça Estadual - Crime de lesão corporal - **Habeas corpus** - Juizado Especial - Lei n. 9.099/1995, art. 66. HC n. 27.702-0/GO. RSTJ 192/605.

PrPn CPP, art. 366, na redação da Lei n. 9.271/1996 - Irretroatividade - Crime de homicídio - **Recurso em mandado de segurança** - Réu revel. ROMS n. 11.182-0/SP. RSTJ 192/577.

Pn CPP, art. 577 - CF/1988, art. 5º, LV - **Crime de falsificação de documento público** - Defensor público - Obrigatoriedade - Defesa técnica - Necessidade - **Habeas corpus** de ofício - Cabimento - Prazo **in albis** - Réu - Capacidade postulatória - Inexistência. REsp n. 447.447-0/PR. RSTJ 192/674.

Trbt **Crédito previdenciário** - Decreto n. 3.048/1999, art. 306 - Decreto n. 70.325/1972, art. 33, na redação da Lei n.10.522/2002 - Inaplicabilidade - Depósito prévio - Necessidade - Lei n. 8.213/1991, art. 126 - Processo administrativo. REsp n. 624.890-0/RS. RSTJ 192/183.

Trbt **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Ação ordinária - Trânsito em julgado - Ausência - Depósito judicial - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 1.684/2003, art. 4º, II, e 6º - Parcelamento de débito - Adesão. REsp n. 591.638-0/MG. RSTJ 192/274.

PrPn Crime continuado - Crime de estupro - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 1º - Lei n. 9.455/1997 - Inaplicabilidade - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade. HC n. 31.614-0/SP. RSTJ 192/618.

PrPn Crime contra a ordem tributária - Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 41 e 43 - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Justa causa - Ausência - Via administrativa - Exaurimento - Necessidade. HC n. 39.268-0/SP. RSTJ 192/497.

Pn **Crime contra a ordem tributária** - Continuidade delitiva - Crime de quadrilha ou bando - Crime societário - Denúncia genérica - Possibilidade - Inquérito - Trancamento - Impossibilidade - Processo administrativo - Ocorrência. REsp n. 569.318-0/RS. RSTJ 192/517.

PrPn Crime de associação para o tráfico - Co-réu - Situação processual - Similitude - **Habeas corpus** - Pedido de extensão - Deferimento - Prisão preventiva - Revogação. PExt em HC n. 39.141-0/BA. RSTJ 192/511.

PrPn Crime de associação para o tráfico - Crime hediondo - Não-caracterização - **Habeas corpus** - Lei n. 6.368/1976, art. 14 - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 37.857-0/RS. RSTJ 192/641.

PrPn Crime de atentado violento ao pudor - **Apelação** - Julgamento - **Mutatio libelli** - Não-configuração - Sentença condenatória - Nulidade - Não-ocorrência. REsp n. 691.751-0/BA. RSTJ 192/565.

PrPn Crime de desacato - Adolescente - Ato infracional - Configuração - CF/1988, art. 5º, LV - Crime de desobediência - Defesa técnica - Ausência - ECA, arts. 111, III; 186, § 2º, e 207 - **Habeas corpus** - Medida socioeducativa - Aplicação - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 39.630-0/SP. RSTJ 192/504.

PrPn Crime de desobediência - Adolescente - Ato infracional - Configuração - CF/1988, art. 5º, LV - Crime de desacato - Defesa técnica - Ausência - ECA, arts. 111, III; 186, § 2º, e 207 - **Habeas corpus** - Medida socioeducativa - Aplicação - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 39.630-0/SP. RSTJ 192/504.

PrPn Crime de desobediência - Não-configuração - Ação de nunciação de obra nova - **Habeas corpus** - Multa - Aplicabilidade - Prova - Reexame - Vedação. HC n. 37.279-0/MG. RSTJ 192/323.

Cv Crime de esbulho possessório - Banco - Negligência - Configuração - Dano moral - Imputação falsa - Ocorrência - **Indenização** - Instituição financeira. AgRg nos EREsp n. 470.365-0/RS. RSTJ 192/309.

PrPn Crime de estupro - Crime continuado - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 1º - Lei n. 9.455/1997 - Inaplicabilidade - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade. HC n. 31.614-0/SP. RSTJ 192/618.

PrPn Crime de falsidade ideológica - **Ação penal** - Afastamento preventivo - Necessidade - Crime de perigo - Configuração - Desembargador Federal - Co-autoria - Dolo - Ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993, art. 48, II - Constitucionalidade - Princípio do promotor natural - Ofensa - Não-ocorrência - Subprocurador-Geral da República - Designação - Legalidade. APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/21.

PrPn Crime de falsidade ideológica - **Ação penal originária** - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) - Aplicabilidade - Magistrado - Afasta-

mento - Necessidade - Princípio do promotor natural - Subprocurador-Geral da República - Designação - Possibilidade. EDcl na APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/80.

Pn **Crime de falsificação de documento público** - CF/1988, art. 5º, LV - CPP, art. 577 - Defensor público - Obrigatoriedade - Defesa técnica - Necessidade - **Habeas corpus** de ofício - Cabimento - Prazo **in albis** - Réu - Capacidade postulatória - Inexistência. REsp n. 447.447-0/PR. RSTJ 192/674.

PrPn Crime de homicídio - CPP, art. 312 - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Revogação - Testemunha ameaçada - Não-configuração. HC n. 31.411-0/PR. RSTJ 192/609.

PrPn Crime de homicídio - CPP, art. 366, na redação da Lei n. 9.271/1996 - Irretroatividade - **Recurso em mandado de segurança** - Réu revel. ROMS n. 11.182-0/SP. RSTJ 192/577.

Pn **Crime de homicídio** - Tentativa - CF/1988, arts. 5º, XXXVIII, **d**, e 93, IX - CPP, art. 74, § 1º - Questões de fato - Observância - Obrigatoriedade - Sentença de pronúncia - Fundamentação - Necessidade - Tribunal do Júri - Juízo de admissibilidade. REsp n. 369.253-0/DF. RSTJ 192/653.

PrPn Crime de homicídio qualificado - CF/1988, art. 93, IX - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Fundamentação - Ausência. HC n. 31.692-0/PE. RSTJ 192/622.

PrPn Crime de homicídio qualificado - CPC, art. 408 - Violação - Não-ocorrência - **Sentença de pronúncia** - Fundamentação excessiva - Inexistência. REsp n. 704.938-0/MT. RSTJ 192/569.

PrPn Crime de homicídio qualificado - CPP, arts. 70 e 424 - Desaforamento - Requisitos - Ausência - **Habeas corpus** - Tribunal do Júri. HC n. 29.163-0/MG. RSTJ 192/485.

PrPn Crime de lesão corporal - Citação editalícia - Possibilidade - Competência - Justiça Estadual - CPP, art. 361 - **Habeas corpus** - Juizado Especial - Lei n. 9.099/1995, art. 66. HC n. 27.702-0/GO. RSTJ 192/605.

PrPn Crime de perigo - Configuração - **Ação penal** - Afastamento preventivo - Necessidade - Crime de falsidade ideológica - Desembargador Federal - Co-autoria - Dolo - Ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993, art. 48, II - Constitucionalidade - Princípio do promotor natural - Ofensa - Não-ocorrência - Subprocurador-Geral da República - Designação - Legalidade. APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/21.

PrPn Crime de porte ilegal de arma - CPP, art. 310 - Liberdade provisória - Deferimento - Prisão em flagrante - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 16.082-0/SP. RSTJ 192/677.

PrPn Crime de porte ilegal de arma - Uso privativo das Forças Armadas - Competência - Conexão probatória - Impossibilidade - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - **Habeas corpus** - Justiça Estadual. HC n. 35.809-0/PR. RSTJ 192/492.

Pn Crime de quadrilha ou bando - Continuidade delitiva - **Crime contra a ordem tributária** - Crime societário - Denúncia genérica - Possibilidade - Inquérito - Trancamento - Impossibilidade - Processo administrativo - Ocorrência. REsp n. 569.318-0/RS. RSTJ 192/517.

PrPn Crime de responsabilidade - Competência - Justiça Federal - Ex-Prefeito Municipal - **Habeas corpus** - Licitação - Fraude - Configuração - Súmula n. 208-STJ. HC n. 35.648-0/SP. RSTJ 192/630.

PrPn Crime de roubo - Arma de fogo - Apreensão - Irrelevância - Causa de aumento de pena - Incidência - **Habeas corpus** - Regime prisional semiaberto. HC n. 36.182-0/SP. RSTJ 192/635.

PrPn Crime de tráfico de entorpecente - Audiência prévia - Oitiva do condenado - Necessidade - CP, art. 44, § 4º - **Habeas corpus** - Pena restritiva de direito - Conversão. HC n. 24.974-0/MG. RSTJ 192/599.

PrPn Crime de tráfico de entorpecente - CP, art. 59 - **Habeas corpus** - Maus antecedentes - Inexistência - Pena-base - Fixação. HC n. 26.895-0/RJ. RSTJ 192/602.

PrPn Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - Ato infracional - **Habeas corpus** - Prejudicialidade - Laudo toxicológico definitivo - Inexistência - Sentença - Nulidade. HC n. 38.047-0/RJ. RSTJ 192/647.

PrPn Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Concessão de ofício - **Mutatio Libelli** - Ocorrência - Tribunal **a quo** - Exame - Inexistência. HC n. 39.463-0/RJ. RSTJ 192/500.

PrPn Crime de tráfico internacional de entorpecentes - Competência - Conexão probatória - Impossibilidade - Crime de porte ilegal de arma - Uso privativo das Forças Armadas - **Habeas corpus** - Justiça Estadual. HC n. 35.809-0/PR. RSTJ 192/492.

PrPn Crime hediondo - CF/1988, art. 93, IX - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Fundamentação - Ausência. HC n. 31.692-0/PE. RSTJ 192/622.

PrPn Crime hediondo - Crime continuado - Crime de estupro - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 1º - Lei n. 9.455/1997 - Inaplicabilidade - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade. HC n. 31.614-0/SP. RSTJ 192/618.

PrPn Crime hediondo - Não-caracterização - Crime de associação para o tráfico - **Habeas corpus** - Lei n. 6.368/1976, art. 14 - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 37.857-0/RS. RSTJ 192/641.

Pn Crime societário - Continuidade delitiva - **Crime contra a ordem tributária** - Crime de quadrilha ou bando - Denúncia genérica - Possibilidade - Inquérito - Trancamento - Impossibilidade - Processo administrativo - Ocorrência. REsp n. 569.318-0/RS. RSTJ 192/517.

PrCv CTB, art. 112 - **Ação civil pública** - Equipamento de primeiros socorros - Indenização. REsp n. 615.333-0/RS. RSTJ 192/158.

Trbt CTN, art. 43 - Empregado - Gratificação - **Imposto de Renda (IR)** - Incidência. REsp n. 637.623-0/PR. RSTJ 192/187.

Trbt CTN, art. 43 - Inaplicabilidade - Folga não-gozada - Indenização - Ocorrência - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Não-incidência - Natureza salarial - Não-configuração - Súmula n. 125-STJ - Súmula n. 136-STJ. REsp n. 508.340-0/RS. RSTJ 192/257.

Trbt CTN, arts. 45, 121 e 123 - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Obrigação tributária - Contribuinte - Recolhimento na fonte - Não-ocorrência - Responsabilidade tributária - Fonte pagadora - Verba trabalhista. REsp n. 644.223-0/SC. RSTJ 192/285.

PrCv CTN, art. 135, III - **Execução fiscal** - Responsabilidade tributária - Não-configuração - Sócio - Co-reponsável tributário - Não-comprovação. REsp n. 621.900-0/MG. RSTJ 192/178.

PrCv Culpa - Autor - Abandono da causa - Decretação de ofício - Possibilidade - Embargado - Citação - Não-ocorrência - **Execução fiscal** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Súmula n. 240-STJ - Inaplicabilidade. REsp n. 688.681-0/CE. RSTJ 192/215.

D

PrCv Dano moral - **Ação indenizatória** - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Legitimidade passiva **ad causam** - Plano de saúde - Princípio da boa-fé - Seguradora - Denunciação à lide - Impossibilidade - Seguro de vida - Contrato simultâneo. REsp n. 590.336-0/SC. RSTJ 192/374.

Cv Dano moral - Atraso em vôo internacional - **Responsabilidade civil** - Transporte aéreo - *Overbooking*. REsp n. 488.715-0/SP. RSTJ 192/452.

Cv Dano moral - Autorização explícita - Necessidade - Direito autoral - Violação - Fotografia - Publicação indevida - Indenização - Lei n. 5.988/1973 na redação da Lei n. 9.610/1998 - Prejuízo - Prova - Desnecessidade - **Responsabilidade civil** - Empresa jornalística. REsp n. 617.130-0/DF. RSTJ 192/382.

Cv Dano moral - Banco - Negligência - Configuração - Crime de esbulho possessório - Imputação falsa - Ocorrência - **Indenização** - Instituição financeira. AgRg nos EREsp n. 470.365-0/RS. RSTJ 192/309.

Cv Dano moral - Cabimento - Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - **Responsabilidade civil**. REsp n. 595.931-0/RS. RSTJ 192/460.

Cv Dano moral - Fixação - CC/1916, art. 1.483 - **Contrato de financiamento bancário** - Fiança - Exoneração - Termo inicial. REsp n. 522.324-0/SP. RSTJ 192/347.

PrCv Dano moral - Não-configuração - **Ação indenizatória** - Prova - Reexame - Vedação - Tribunal **a quo** - Exame. REsp n. 578.777-0/RJ. RSTJ 192/360.

Cv Dano moral - Redução - Não-ocorrência - Indenização - Fixação - Médico - Negligência - Pensão mensal vitalícia - **Responsabilidade civil**. REsp n. 651.225-0/MG. RSTJ 192/392.

Trbt Decisão **extra petita** - Não-ocorrência - Correção monetária - Índice aplicável - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)**. REsp n. 108.771-0/PR. RSTJ 192/237.

PrCv Decretação de ofício - Possibilidade - Abandono da causa - Culpa - Autor - Embargado - Citação - Não-ocorrência - **Execução fiscal** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Súmula n. 240-STJ - Inaplicabilidade. REsp n. 688.681-0/CE. RSTJ 192/215.

PrCv Decreto n. 1.511/1999(PR) - CF/1988, art. 100, §§ 1º-A e 3º - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 12.601/1999(PR) - **Mandado de segurança** - Precatório - Pagamento - Preterição - Prova pré-constituída - Insuficiência. ROMS n. 18.286-0/PR. RSTJ 192/298.

Trbt Decreto n. 3.048/1999, art. 306 - **Crédito previdenciário** - Decreto n. 70.325/1972, art. 33, na redação da Lei n.10.522/2002 - Inaplicabilidade - Depósito prévio - Necessidade - Lei n. 8.213/1991, art. 126 - Processo administrativo. REsp n. 624.890-0/RS. RSTJ 192/183.

Pv Decreto n. 4.729/2003 - Alíquota - Retenção - Inaplicabilidade - **Contribuição previdenciária** - Empresa de transporte de carga - Lei n. 8.212/1991, art. 31. REsp n. 620.574-0/PR. RSTJ 192/174.

Trbt Decreto n. 70.325/1972, art. 33, na redação da Lei n.10.522/2002 - Inaplicabilidade - **Crédito previdenciário** - Decreto n. 3.048/1999, art. 306 - Depósito prévio - Necessidade - Lei n. 8.213/1991, art. 126 - Processo administrativo. REsp n. 624.890-0/RS. RSTJ 192/183.

Trbt Decreto-Lei n. 57/1966 - Destinação econômica - Observância - Necessidade - Imóvel - Localização - Insuficiência - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Incidência - Critério - Imposto Territorial Rural (ITR). AgRg no Ag n. 498.512-0/RS. RSTJ 192/234.

PrCv Decreto-Lei n. 70/1966, art. 31, § 2º - **Execução** - Intimação - Várias tentativas - Notificação por edital - Legalidade. REsp n. 476.205-0/PR. RSTJ 192/ 336.

Cv Decreto-Lei n. 413/1969, art. 26 - CC/1916, art. 849, I - **Cédula de crédito industrial** - Hipoteca - Levantamento - Impossibilidade - Obrigação principal - Adimplemento - Ausência. REsp n. 506.290-0/RS. RSTJ 192/342.

Adm Decreto-Lei n. 2.283/1986 - Decreto-Lei n. 2.284/1986 - **Energia elétrica** - Majoração - Impossibilidade - Plano cruzado - Congelamento de preços. REsp n. 337.502-0/RS. RSTJ 192/244.

Adm Decreto-Lei n. 2.284/1986 - Decreto-Lei n. 2.283/1986 - **Energia elétrica** - Majoração - Impossibilidade - Plano cruzado - Congelamento de preços. REsp n. 337.502-0/RS. RSTJ 192/244.

Trbt Decreto-Lei n. 2.303/1986 - Acréscimo patrimonial a descoberto - Glosa - Possibilidade - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Não-incidência. REsp n. 426.874-0/MG. RSTJ 192/253.

Pn Defensor público - Obrigatoriedade - CF/1988, art. 5º, LV - CPP, art. 577 - **Crime de falsificação de documento público** - Defesa técnica - Necessidade - **Habeas corpus** de ofício - Cabimento - Prazo **in albis** - Réu - Capacidade postulatória - Inexistência. REsp n. 447.447-0/PR. RSTJ 192/674.

PrPn Defesa técnica - Ausência - Adolescente - Ato infracional - Configuração - CF/1988, art. 5º, LV - Crime de desacato - Crime de desobediência - ECA, arts. 111, III; 186, § 2º, e 207 - **Habeas corpus** - Medida socio-educativa - Aplicação - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 39.630-0/SP. RSTJ 192/504.

Pn Defesa técnica - Necessidade - CF/1988, art. 5º, LV - CPP, art. 577 - **Crime de falsificação de documento público** - Defensor público - Obrigatoriedade - **Habeas corpus** de ofício - Cabimento - Prazo **in albis** - Réu - Capacidade postulatória - Inexistência. REsp n. 447.447-0/PR. RSTJ 192/674.

PrPn Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 41 e 43 - Crime contra a ordem tributária - **Habeas corpus** - Justa causa - Ausência - Via administrativa - Exaurimento - Necessidade. HC n. 39.268-0/SP. RSTJ 192/497.

PrPn Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Ação penal originária** - Crime de falsidade ideológica - Lei Complementar n. 75/1993 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) - Aplicabilidade - Magistrado - Afastamento - Necessidade - Princípio do promotor natural - Subprocurador-Geral da República - Designação - Possibilidade. EDcl na APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/80.

Pn Denúncia genérica - Possibilidade - Continuidade delitiva - **Crime contra a ordem tributária** - Crime de quadrilha ou bando - Crime societário - Inquérito - Trancamento - Impossibilidade - Processo administrativo - Ocorrência. REsp n. 569.318-0/RS. RSTJ 192/517.

Trbt Depósito judicial - Levantamento - Impossibilidade - Ação ordinária - Trânsito em julgado - Ausência - **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Lei n. 1.684/2003, art. 4º, II, e 6º - Parcelamento de débito - Adesão. REsp n. 591.638-0/MG. RSTJ 192/274.

Trbt Depósito prévio - Necessidade - **Crédito previdenciário** - Decreto n. 3.048/1999, art. 306 - Decreto n. 70.325/1972, art. 33, na redação da Lei n.10.522/2002 - Inaplicabilidade - Lei n. 8.213/1991, art. 126 - Processo administrativo. REsp n. 624.890-0/RS. RSTJ 192/183.

PrPn Desaforamento - Requisitos - Ausência - CPP, arts. 70 e 424 - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Tribunal do Júri. HC n. 29.163-0/MG. RSTJ 192/485.

PrPn Desembargador Federal - Co-autoria - **Ação penal** - Afastamento preventivo - Necessidade - Crime de falsidade ideológica - Crime de perigo - Configuração - Dolo - Ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993, art. 48, II - Constitucionalidade - Princípio do promotor natural - Ofensa - Não-ocorrência - Subprocurador-Geral da República - Designação - Legalidade. APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/21.

Trbt Destinação econômica - Observância - Necessidade - Decreto-Lei n. 57/1966 - Imóvel - Localização - Insuficiência - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Incidência - Critério - Imposto Territorial Rural (ITR). AgRg no Ag n. 498.512-0/RS. RSTJ 192/234.

PrCv Determinação de ofício - Possibilidade - CPC, art. 130 - Prova - Exame - Impossibilidade - **Prova pericial** - Realização - Imprescindibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 208.585-0/SP. RSTJ 192/242.

Cv Direito autoral - Violação - Autorização explícita - Necessidade - Dano moral - Fotografia - Publicação indevida - Indenização - Lei n. 5.988/1973 na redação da Lei n. 9.610/1998 - Prejuízo - Prova - Desnecessidade - **Responsabilidade civil** - Empresa jornalística. REsp n. 617.130-0/DF. RSTJ 192/382.

PrCv Direito líquido e certo - Ausência - CF/1988, art. 100, §§ 1º-A e 3º - Decreto n. 1.511/1999(PR) - Lei n. 12.601/1999(PR) - **Mandado de segurança** - Precatório - Pagamento - Preterição - Prova pré-constituída - Insuficiência. ROMS n. 18.286-0/PR. RSTJ 192/298.

Adm Direito líquido e certo - Ausência - Estabelcimento de ensino público - Diretor-Geral - Nomeação - Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Processo Eleitoral - Ilegalidade. MS n. 9.706-0/DF. RSTJ 192/477.

PrCv Divergência jurisprudencial demonstrada - **Ação de separação litigiosa** - Nulidade - Instrução processual - Necessidade - Interesse público - Caracterização - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Lei n. 6.515/1977, art. 3º, § 2º - Revelia. REsp n. 485.958-0/SP. RSTJ 192/444.

Cv Doação - Município - Imóvel - Registro imobiliário - Não-ocorrência - **Usucapião** - Caracterização. REsp n. 140.656-0/PR. RSTJ 192/403.

PrPn Dolo - Ocorrência - **Ação penal** - Afastamento preventivo - Necessidade - Crime de falsidade ideológica - Crime de perigo - Configuração - Desembargador Federal - Co-autoria - Lei Complementar n. 75/1993, art. 48, II - Constitucionalidade - Princípio do promotor natural - Ofensa - Não-ocorrência - Subprocurador-Geral da República - Designação - Legalidade. APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/21.

E

PrPn ECA, arts. 111, III; 186, § 2º, e 207 - Adolescente - Ato infracional - Configuração - CF/1988, art. 5º, LV - Crime de desacato - Crime de desobediência - Defesa técnica - Ausência - **Habeas corpus** - Medida

socioeducativa - Aplicação - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 39.630-0/SP. RSTJ 192/504.

PrCv Efeito multiplicador - Ocorrência - Juiz Classista - Proventos - Majoração - Lei n. 8.437/1992, art. 4º, § 5º - Lei n. 10.474/2000 - Lesão à economia pública - Configuração - **Tutela antecipada** - Suspensão. AgRg na STA n. 61-0/CE. RSTJ 192/68.

PrCv Embargado - Citação - Não-ocorrência - Abandono da causa - Culpa - Autor - Decretação de ofício - Possibilidade - **Execução fiscal** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Súmula n. 240-STJ - Inaplicabilidade. REsp n. 688.681-0/CE. RSTJ 192/215.

PrCv **Embargos à execução** - Bem de uso comum - Caracterização - Condomínio de apartamentos - Lei n. 4.591/1964, art. 3º - Penhora - Elevador - Impossibilidade. REsp n. 259.994-0/SP. RSTJ 192/414.

PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-conhecimento - Acórdão embargado - Não-cabimento. EREsp n. 472.385-0/MT. RSTJ 192/314.

PrCv **Embargos declaratórios** - Inexistência - Advogado - Procuração - Ausência - Súmula n. 115-STJ. AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no CC n. 39.984-0/RJ. RSTJ 192/307.

PrCv Embargos infringentes - Não-cabimento - **Apelação** - CPC, art. 530, na redação da Lei n.10.352/2001. REsp n. 645.437-0/PR. RSTJ 192/198.

Trbt Empregado - Gratificação - CTN, art. 43 - **Imposto de Renda (IR)** - Incidência. REsp n. 637.623-0/PR. RSTJ 192/187.

PrCv Empregado aposentado - Ação ordinária - **Competência** - Justiça do trabalho - Previdência privada - Reinclusão. REsp n. 504.742-0/RS. RSTJ 192/455.

Pv Empresa de transporte de carga - Alíquota - Retenção - Inaplicabilidade - **Contribuição previdenciária** - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.212/1991, art. 31. REsp n. 620.574-0/PR. RSTJ 192/174.

Trbt Empresa urbana - Recolhimento - Contribuição Social para o Incra - Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I - Inaplicabilidade - Lei n. 7.787/1989 - Revogação - Ocorrência - Lei n. 8.212/1991, arts. 18, 22 e 23 - **Mandado de segurança**. REsp n. 676.227-0/RS. RSTJ 192/204.

Adm **Energia elétrica** - Majoração - Impossibilidade - Decreto-Lei n. 2.283/1986 - Decreto-Lei n. 2.284/1986 - Plano cruzado - Congelamento de preços. REsp n. 337.502-0/RS. RSTJ 192/244.

PrCv Equipamento de primeiros socorros - **Ação civil pública** - CTB, art. 112 - Indenização. REsp n. 615.333-0/RS. RSTJ 192/158.

PrCv Escritura pública de confissão de dívida - Assinatura de duas testemunhas - Prescindibilidade - **Execução**. REsp n. 195.591-0/SC. RSTJ 192/411.

Adm Estabelcimento de ensino público - Diretor-Geral - Nomeação - Direito líquido e certo - Ausência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Processo Eleitoral - Ilegalidade. MS n. 9.706-0/DF. RSTJ 192/477.

Adm Ex-Deputado Estadual - Gratificação natalina - Pagamento - Impossibilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Relação de trabalho - Não-caracterização. ROMS n. 15.476-0/BA. RSTJ 192/584.

PrCv **Execução** - Assinatura de duas testemunhas - Prescindibilidade - Escritura pública de confissão de dívida. REsp n. 195.591-0/SC. RSTJ 192/411.

PrCv **Execução** - Decreto-Lei n. 70/1966, art. 31, § 2º - Intimação - Várias tentativas - Notificação por edital - Legalidade. REsp n. 476.205-0/PR. RSTJ 192/336.

PrCv **Execução de sentença** - Exibição de extratos - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Lei Complementar n. 110/2001 - Lei n. 8.036/1990 - Responsabilidade - Caixa Econômica Federal (CEF) - Transação - Homologação - Possibilidade. REsp n. 725.240-0/PR. RSTJ 192/294.

PrCv **Execução fiscal** - Abandono da causa - Culpa - Autor - Decretação de ofício - Possibilidade - Embargado - Citação - Não-ocorrência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Súmula n. 240-STJ - Inaplicabilidade. REsp n. 688.681-0/CE. RSTJ 192/215.

PrCv **Execução fiscal** - CTN, art. 135, III - Responsabilidade tributária - Não-configuração - Sócio - Co-reponsável tributário - Não-comprovação. REsp n. 621.900-0/MG. RSTJ 192/178.

PrCv **Execução hipotecária** - Suspensão - Possibilidade - Ação revisional superveniente - Julgamento - CPC, art. 585, § 1º - Penhora - Ocorrência. REsp n. 486.069-0/SP. RSTJ 192/449.

Cv Ex-esposa - Beneficiária - Possibilidade - CC/1916, art. 1.474 - Observância - **Contrato de seguro de vida**. REsp n. 157.356-0/RS. RSTJ 192/326.

PrCv Exibição de extratos - **Execução de sentença** - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Lei Complementar n. 110/2001 - Lei n. 8.036/1990 - Responsabilidade - Caixa Econômica Federal (CEF) - Transação - Homologação - Possibilidade. REsp n. 725.240-0/PR. RSTJ 192/294.

PrPn Ex-Prefeito Municipal - Competência - Justiça Federal - Crime de responsabilidade - **Habeas corpus** - Licitação - Fraude - Configuração - Súmula n. 208-STJ. HC n. 35.648-0/SP. RSTJ 192/630.

PrCv Expropriante - **Ação desapropriatória** - Indenização - Levantamento - Impossibilidade - Prova - Necessidade - Terreno - Posse Legítima. AgRg na MC n. 8.008-0/PA. RSTJ 192/231.

PrCv Extinção da dívida - Não-ocorrência - **Ação anulatória de duplicata** - Improcedência - Consignação extrajudicial - Quantia depositada - Levantamento. REsp n. 189.019-0/SP. RSTJ 192/407.

PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - Abandono da causa - Culpa - Autor - Decretação de ofício - Possibilidade - Embargado - Citação - Não-ocorrência - **Execução fiscal** - Súmula n. 240-STJ - Inaplicabilidade. REsp n. 688.681-0/CE. RSTJ 192/215.

Adm Extinção do processo sem julgamento do mérito - Direito líquido e certo - Ausência - Estabelcimento de ensino público - Diretor-Geral - Nomeação - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Processo Eleitoral - Ilegalidade. MS n. 9.706-0/DF. RSTJ 192/477.

F

Cm **Falência** - Intimação - Funcionário - Legalidade - Protesto - Irregularidade - Não-ocorrência. REsp n. 294.082-0/PR. RSTJ 192/419.

Adm Fato do príncipe - CF/1988, arts. 170 e 174 - Contrato de importação - Variação cambial - Indenização - Não-cabimento - Intervenção no domínio econômico - Exercício regular de direito - **Responsabilidade civil do Estado** - Não-caracterização. REsp n. 614.048-0/RS. RSTJ 192/134.

Cv Fiança - Exoneração - Termo inicial - CC/1916, art. 1.483 - **Contrato de financiamento bancário** - Dano moral - Fixação. REsp n. 522.324-0/SP. RSTJ 192/347.

Trbt Folga não-gozada - Indenização - Ocorrência - CTN, art. 43 - Inaplicabilidade - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Não-incidência - Natureza salarial - Não-configuração - Súmula n. 125-STJ - Súmula n. 136-STJ. REsp n. 508.340-0/RS. RSTJ 192/257.

PrCv Fornecedor - Pagamento - Responsabilidade - Impossibilidade - **Ação revisional** - CDC, art. 6º, VIII - Contrato bancário - Lei n. 1.060/1950, art. 3º, V - Prova - Ônus - Inversão - Prova pericial - Despesa. REsp n. 402.399-0/RJ. RSTJ 192/332.

PrCv Foro de eleição - Validade - Aparelho de diagnóstico médico - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - **Contrato de Arrendamento Mercantil**. REsp n. 661.137-0/SP. RSTJ 192/463.

Cv Fotografia - Publicação indevida - Autorização explícita - Necessidade - Dano moral - Direito autoral - Violação - Indenização - Lei n. 5.988/1973 na redação da Lei n. 9.610/1998 - Prejuízo - Prova - Desnecessidade - **Responsabilidade civil** - Empresa jornalística. REsp n. 617.130-0/DF. RSTJ 192/382.

Adm **Fumus boni iuris** - Caracterização - Imóvel funcional - Ocupação irregular - Não-configuração - Lei n. 8.025/1990, art. 15, I, **e** - Inaplicabilidade - **Mandado de segurança** - Multa - Não-cabimento. AgRg no MS n. 8.483-0/DF. RSTJ 192/107.

PrCv Função comissionada - Contribuição previdenciária - Não-incidência - Servidor público - **Tutela antecipada** - Cabimento. REsp n. 614.715-0/RS. RSTJ 192/152.

PrCv Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - **Execução de sentença** - Exibição de extratos - Lei Complementar n. 110/2001 - Lei n. 8.036/1990 - Responsabilidade - Caixa Econômica Federal (CEF) - Transação - Homologação - Possibilidade. REsp n. 725.240-0/PR. RSTJ 192/294.

Adm **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Levantamento - Impossibilidade - Contrato de trabalho - Rescisão - Não-ocorrência - Lei n. 8.036/1990, art. 20, II e X - Lei n. 8.630/1993, arts. 27, 55, 58, 59 e 61. REsp n. 560.686-0/RJ. RSTJ 192/122.

PrCv Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) - Complementação - **Ação civil pública** - CPC, art. 273 - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lei n. 9.424/1996, art. 6º, § 1º - Lesão à ordem e economia públicas - Caracterização - Tutela antecipada - Impossibilidade. AgRg na SL n. 33-0/SP. RSTJ 192/64.

G

Trbt Glosa - Possibilidade - Acréscimo patrimonial a descoberto - Decreto-Lei n. 2.303/1986 - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Não-incidência. REsp n. 426.874-0/MG. RSTJ 192/253.

Adm Gratificação natalina - Pagamento - Impossibilidade - Ex-Deputado Estadual - **Recurso em mandado de segurança** - Relação de trabalho - Não-caracterização. ROMS n. 15.476-0/BA. RSTJ 192/584.

H

PrPn **Habeas corpus** - Ação de nunciação de obra nova - Crime de desobediência - Não-configuração - Multa - Aplicabilidade - Prova - Reexame - Vedação. HC n. 37.279-0/MG. RSTJ 192/323.

PrPn **Habeas corpus** - Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 41 e 43 - Crime contra a ordem tributária - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Justa causa - Ausência - Via administrativa - Exaurimento - Necessidade. HC n. 39.268-0/SP. RSTJ 192/497.

PrPn **Habeas corpus** - Adolescente - Ato infracional - Configuração - CF/1988, art. 5º, LV - Crime de desacato - Crime de desobediência - Defesa técnica - Ausência - ECA, arts. 111, III; 186, § 2º, e 207 - Medida socioeducativa - Aplicação - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 39.630-0/SP. RSTJ 192/504.

PrPn **Habeas corpus** - Arma de fogo - Apreensão - Irrelevância - Causa de aumento de pena - Incidência - Crime de roubo - Regime prisional semiaberto. HC n. 36.182-0/SP. RSTJ 192/635.

PrPn **Habeas corpus** - Audiência prévia - Oitiva do condenado - Necessidade - CP, art. 44, § 4º - Crime de tráfico de entorpecente - Pena restritiva de direito - Conversão. HC n. 24.974-0/MG. RSTJ 192/599.

PrPn **Habeas corpus** - CF/1988, art. 93, IX - Crime de homicídio qualificado - Crime hediondo - Prisão preventiva - Fundamentação - Ausência. HC n. 31.692-0/PE. RSTJ 192/622.

PrPn **Habeas corpus** - Citação editalícia - Possibilidade - Competência - Justiça Estadual - CPP, art. 361 - Crime de lesão corporal - Juizado Especial - Lei n. 9.099/1995, art. 66. HC n. 27.702-0/GO. RSTJ 192/605.

PrPn **Habeas corpus** - Competência - Conexão probatória - Impossibilidade - Crime de porte ilegal de arma - Uso privativo das Forças Armadas - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - Justiça Estadual. HC n. 35.809-0/PR. RSTJ 192/492.

PrPn **Habeas corpus** - Competência - Justiça Federal - Crime de responsabilidade - Ex-Prefeito Municipal - Licitação - Fraude - Configuração - Súmula n. 208-STJ. HC n. 35.648-0/SP. RSTJ 192/630.

PrPn **Habeas corpus** - Concessão de ofício - Crime de tráfico de entorpecente - **Mutatio Libelli** - Ocorrência - Tribunal **a quo** - Exame - Inexistência. HC n. 39.463-0/RJ. RSTJ 192/500.

PrPn **Habeas corpus** - Co-réu - Situação processual - Similitude - Crime de associação para o tráfico - Pedido de extensão - Deferimento - Prisão preventiva - Revogação. PExt em HC n. 39.141-0/BA. RSTJ 192/511.

PrPn **Habeas corpus** - CP, art. 59 - Crime de tráfico de entorpecente - Maus antecedentes - Inexistência - Pena-base - Fixação. HC n. 26.895-0/RJ. RSTJ 192/602.

PrPn **Habeas corpus** - CPP, arts. 70 e 424 - Crime de homicídio qualificado - Desaforamento - Requisitos - Ausência - Tribunal do Júri. HC n. 29.163-0/MG. RSTJ 192/485.

PrPn **Habeas corpus** - CPP, art. 312 - Crime de homicídio - Prisão preventiva - Revogação - Testemunha ameaçada - Não-configuração. HC n. 31.411-0/PR. RSTJ 192/609.

PrPn **Habeas corpus** - Crime continuado - Crime de estupro - Crime hediondo - Lei n. 8.072/1990, art. 1º - Lei n. 9.455/1997 - Inaplicabilidade - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade. HC n. 31.614-0/SP. RSTJ 192/618.

PrPn **Habeas corpus** - Crime de associação para o tráfico - Crime hediondo - Não-caracterização - Lei n. 6.368/1976, art. 14 - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 37.857-0/RS. RSTJ 192/641.

PrPn **Habeas corpus** - Prejudicialidade - Ato infracional - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - Laudo toxicológico definitivo - Inexistência - Sentença - Nulidade. HC n. 38.047-0/RJ. RSTJ 192/647.

Pn **Habeas corpus** de ofício - Cabimento - CF/1988, art. 5º, LV - CPP, art. 577 - **Crime de falsificação de documento público** - Defensor público - Obrigatoriedade - Defesa técnica - Necessidade - Prazo **in albis** - Réu - Capacidade postulatória - Inexistência. REsp n. 447.447-0/PR. RSTJ 192/674.

Cv Hipoteca - Levantamento - Impossibilidade - CC/1916, art. 849, I - **Cédula de crédito industrial** - Decreto-Lei n. 413/1969, art. 26 - Obrigação principal - Adimplemento - Ausência. REsp n. 506.290-0/RS. RSTJ 192/342.

PrCv Homologação de cálculos - Trânsito em julgado - Correção monetária - Índice aplicável - Substituição - Impossibilidade - **Precatório complementar**. EREsp n. 477.377-0/GO. RSTJ 192/97.

PrCv Honorários periciais - Pagamento - Bem - Reavaliação - CPC, art. 33 - **Penhora** - Responsabilidade - Requerente. REsp n. 611.970-0/SP. RSTJ 192/282.

I

PrCv Ilegitimidade passiva **ad causam** - União - **Ação de reparação de danos** - CPC, art. 513 - Litisconsórcio passivo - Ocorrência - Sentença terminativa - Configuração. REsp n. 678.645-0/PE. RSTJ 192/289.

Cv Imóvel - Doação - Município - Registro imobiliário - Não-ocorrência - **Usucapião** - Caracterização. REsp n. 140.656-0/PR. RSTJ 192/403.

Trbt Imóvel - Localização - Insuficiência - Decreto-Lei n. 57/1966 - Destinação econômica - Observância - Necessidade - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Incidência - Critério - Imposto Territorial Rural (ITR). AgRg no Ag n. 498.512-0/RS. RSTJ 192/234.

Adm Imóvel funcional - Ocupação irregular - Não-configuração - **Fumus boni iuris** - Caracterização - Lei n. 8.025/1990, art. 15, I, **e** - Inaplicabilidade - **Mandado de segurança** - Multa - Não-cabimento. AgRg no MS n. 8.483-0/DF. RSTJ 192/107.

Trbt Importação de milho - Uso animal - Lei n. 6.305/1975, art. 1º - Princípio da legalidade tributária - **Taxa de classificação de produtos vegetais** - Inaplicabilidade. REsp n. 396.457-0/RS. RSTJ 192/115.

Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Incidência - CTN, art. 43 - Empregado - Gratificação. REsp n. 637.623-0/PR. RSTJ 192/187.

Trbt **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - CTN, arts. 45, 121 e 123 - Obrigação tributária - Contribuinte - Recolhimento na fonte - Não-ocorrência - Responsabilidade tributária - Fonte pagadora - Verba trabalhista. REsp n. 644.223-0/SC. RSTJ 192/285.

Trbt **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Não-incidência - CTN, art. 43 - Inaplicabilidade - Folga não-gozada - Indenização - Ocorrência - Natureza salarial - Não-configuração - Súmula n. 125-STJ - Súmula n. 136-STJ. REsp n. 508.340-0/RS. RSTJ 192/257.

Trbt **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Não-incidência - Acréscimo patrimonial a descoberto - Decreto-Lei n. 2.303/1986 - Glosa - Possibilidade. REsp n. 426.874-0/MG. RSTJ 192/253.

Trbt **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Correção monetária - Índice aplicável - Decisão **extra petita** - Não-ocorrência. REsp n. 108.771-0/PR. RSTJ 192/237.

Trbt **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Isenção - Prorrogação - Ato revocatório - Impossibilidade - Processo administrativo fiscal - Ocorrência - Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene) - Concessão superveniente. REsp n. 553.566-0/PE. RSTJ 192/270.

Trbt **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Incidência - Critério - Decreto-Lei n. 57/1966 - Destinação econômica - Observância - Necessidade - Imóvel - Localização - Insuficiência - Imposto Territorial Rural (ITR). AgRg no Ag n. 498.512-0/RS. RSTJ 192/234.

Trbt Imposto Territorial Rural (ITR) - Decreto-Lei n. 57/1966 - Destinação econômica - Observância - Necessidade - Imóvel - Localização - Insuficiência - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Incidência - Critério. AgRg no Ag n. 498.512-0/RS. RSTJ 192/234.

Cv Imputação falsa - Ocorrência - Banco - Negligência - Configuração - Crime de esbulho possessório - Dano moral - **Indenização** - Instituição financeira. AgRg nos EREsp n. 470.365-0/RS. RSTJ 192/309.

PrCv Indenização - **Ação civil pública** - CTB, art. 112 - Equipamento de primeiros socorros. REsp n. 615.333-0/RS. RSTJ 192/158.

Cv Indenização - Autorização explícita - Necessidade - Dano moral - Direito autoral - Violação - Fotografia - Publicação indevida - Lei n. 5.988/1973 na redação da Lei n. 9.610/1998 - Prejuízo - Prova - Desnecessidade - **Responsabilidade civil** - Empresa jornalística. REsp n. 617.130-0/DF. RSTJ 192/382.

Cv **Indenização** - Banco - Negligência - Configuração - Crime de esbulho possessório - Dano moral - Imputação falsa - Ocorrência - Instituição financeira. AgRg nos EREsp n. 470.365-0/RS. RSTJ 192/309.

Cv Indenização - Fixação - Dano moral - Redução - Não-ocorrência - Médico - Negligência - Pensão mensal vitalícia - **Responsabilidade civil**. REsp n. 651.225-0/MG. RSTJ 192/392.

PrCv Indenização - Levantamento - Impossibilidade - **Ação desapropriatória** - Expropriante - Prova - Necessidade - Terreno - Posse legítima. AgRg na MC n. 8.008-0/PA. RSTJ 192/231.

Adm Indenização - Não-cabimento - CF/1988, arts. 170 e 174 - Contrato de importação - Variação cambial - Fato do príncipe - Intervenção no domínio econômico - Exercício regular de direito - **Responsabilidade civil do Estado** - Não-caracterização. REsp n. 614.048-0/RS. RSTJ 192/134.

Pn Inquérito - Trancamento - Impossibilidade - Continuidade delitiva - **Crime contra a ordem tributária** - Crime de quadrilha ou bando - Crime societário - Denúncia genérica - Possibilidade - Processo administrativo - Ocorrência. REsp n. 569.318-0/RS. RSTJ 192/517.

Cv Instituição financeira - Banco - Negligência - Configuração - Crime de esbulho possessório - Dano moral - Imputação falsa - Ocorrência - **Indenização**. AgRg nos EREsp n. 470.365-0/RS. RSTJ 192/309.

PrCv Instrução processual - Necessidade - **Ação de separação litigiosa** - Nulidade - Divergência jurisprudencial demonstrada - Interesse público - Caracterização - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Lei n. 6.515/1977, art. 3º, § 2º - Revelia. REsp n. 485.958-0/SP. RSTJ 192/444.

PrCv Interesse público - Caracterização - **Ação de separação litigiosa** - Nulidade - Divergência jurisprudencial demonstrada - Instrução processual - Necessidade - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Lei n. 6.515/1977, art. 3º, § 2º - Revelia. REsp n. 485.958-0/SP. RSTJ 192/444.

Adm Intervenção no domínio econômico - Exercício regular de direito - CF/1988, arts. 170 e 174 - Contrato de importação - Variação cambial - Fato do príncipe - Indenização - Não-cabimento - **Responsabilidade civil do Estado** - Não-caracterização. REsp n. 614.048-0/RS. RSTJ 192/134.

Cm Intimação - Funcionário - Legalidade - **Falência** - Protesto - Irregularidade - Não-ocorrência. REsp n. 294.082-0/PR. RSTJ 192/419.

PrCv Intimação - Várias tentativas - Decreto-Lei n. 70/1966, art. 31, § 2º - **Execução** - Notificação por edital - Legalidade. REsp n. 476.205-0/PR. RSTJ 192/336.

J

PrCv Juiz Classista - Proventos - Majoração - Efeito multiplicador - Ocorrência - Lei n. 8.437/1992, art. 4º, § 5º - Lei n. 10.474/2000 - Lesão à economia pública - Configuração - **Tutela antecipada** - Suspensão. AgRg na STA n. 61-0/CE. RSTJ 192/68.

PrCv Juiz de Direito - **Apelação** - Recebimento - Contra-razões - Prazo - Não-determinação - CPC, arts. 244 e 518 - Nulidade - Não-ocorrência - Princípio da instrumentalidade das formas - Aplicabilidade. REsp n. 411.211-0/SC. RSTJ 192/250.

PrPn Juizado Especial - Citação editalícia - Possibilidade - Competência - Justiça Estadual - CPP, art. 361 - Crime de lesão corporal - **Habeas corpus** - Lei n. 9.099/1995, art. 66. HC n. 27.702-0/GO. RSTJ 192/605.

PrCv Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - **Ação de separação litigiosa** - Nulidade - Divergência jurisprudencial demonstrada - Instrução processual - Necessidade - Interesse público - Caracterização - Lei n. 6.515/1977, art. 3º, § 2º - Revelia. REsp n. 485.958-0/SP. RSTJ 192/444.

PrPn Justa causa - Ausência - Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 41 e 43 - Crime contra a ordem tributária - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Via administrativa - Exaurimento - Necessidade. HC n. 39.268-0/SP. RSTJ 192/497.

PrCv Justiça do trabalho - Ação ordinária - **Competência** - Empregado aposentado - Previdência privada - Reinclusão. REsp n. 504.742-0/RS. RSTJ 192/455.

PrPn Justiça Estadual - Competência - Conexão probatória - Impossibilidade - Crime de porte ilegal de arma - Uso privativo das Forças Armadas - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - **Habeas corpus**. HC n. 35.809-0/PR. RSTJ 192/492.

L

PrPn Laudo toxicológico definitivo - Inexistência - Ato infracional - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - **Habeas corpus** - Prejudicialidade - Sentença - Nulidade. HC n. 38.047-0/RJ. RSTJ 192/647.

PrCv Legitimidade ativa **ad causam** - Entidade de direito privado - Lei n. 4.384/1964 - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lesão à ordem e economia públicas - Caracterização - Licitação - Serviço Público - **Tutela antecipada** - Suspensão. AgRg na STA n. 66-0/MA. RSTJ 192/76.

PrCv Legitimidade passiva **ad causam** - Plano de saúde - **Ação indenizatória** - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Dano moral - Princípio da boa-fé - Seguradora - Denunciação à lide - Impossibilidade - Seguro de vida - Contrato simultâneo. REsp n. 590.336-0/SC. RSTJ 192/374.

Trbt Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I - Inaplicabilidade - Contribuição Social para o Incra - Empresa urbana - Recolhimento - Lei n. 7.787/1989 - Revogação - Ocorrência - Lei n. 8.212/1991, arts. 18, 22 e 23 - **Mandado de segurança**. REsp n. 676.227-0/RS. RSTJ 192/204.

PrPn Lei Complementar n. 75/1993 - **Ação penal originária** - Crime de falsidade ideológica - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) - Aplicabilidade - Magistrado - Afastamento - Necessidade - Princípio do promotor natural - Subprocurador-Geral da República - Designação - Possibilidade. EDcl na APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/80.

PrPn Lei Complementar n. 75/1993, art. 48, II - Constitucionalidade - **Ação penal** - Afastamento preventivo - Necessidade - Crime de falsidade ideológica - Crime de perigo - Configuração - Desembargador Federal - Co-autoria - Dolo - Ocorrência - Princípio do promotor natural - Ofensa - Não-ocorrência - Subprocurador-Geral da República - Designação - Legalidade. APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/21.

PrCv Lei Complementar n. 110/2001 - **Execução de sentença** - Exibição de extratos - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Lei n.

8.036/1990 - Responsabilidade - Caixa Econômica Federal (CEF) - Transação - Homologação - Possibilidade. REsp n. 725.240-0/PR. RSTJ 192/294.

PrCv Lei n. 1.060/1950, art. 3º, V - **Ação revisional** - CDC, art. 6º, VIII - Contrato bancário - Fornecedor - Pagamento - Responsabilidade - Impossibilidade - Prova - Ônus - Inversão - Prova pericial - Despesa. REsp n. 402.399-0/RJ. RSTJ 192/332.

Trbt Lei n. 1.684/2003, art. 4º, II, e 6º - Ação ordinária - Trânsito em julgado - Ausência - **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Depósito judicial - Levantamento - Impossibilidade - Parcelamento de débito - Adesão. REsp n. 591.638-0/MG. RSTJ 192/274.

PrCv Lei n. 4.384/1964 - Legitimidade ativa **ad causam** - Entidade de direito privado - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lesão à ordem e economia públicas - Caracterização - Licitação - Serviço Público - **Tutela antecipada** - Suspensão. AgRg na STA n. 66-0/MA. RSTJ 192/76.

PrCv Lei n. 4.591/1964, art. 3º - Bem de uso comum - Caracterização - Condomínio de apartamentos - **Embargos à execução** - Penhora - Elevador - Impossibilidade. REsp n. 259.994-0/SP. RSTJ 192/414.

Cv Lei n. 5.988/1973 na redação da Lei n. 9.610/1998 - Autorização explícita - Necessidade - Dano moral - Direito autoral - Violação - Fotografia - Publicação indevida - Indenização - Prejuízo - Prova - Desnecessidade - **Responsabilidade civil** - Empresa jornalística. REsp n. 617.130-0/DF. RSTJ 192/382.

Trbt Lei n. 6.305/1975, art. 1º - Importação de milho - Uso animal - Princípio da legalidade tributária - **Taxa de classificação de produtos vegetais** - Inaplicabilidade. REsp n. 396.457-0/RS. RSTJ 192/115.

PrPn Lei n. 6.368/1976, art. 14 - Crime de associação para o tráfico - Crime hediondo - Não-caracterização - **Habeas corpus** - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 37.857-0/RS. RSTJ 192/641.

PrCv Lei n. 6.515/1977, art. 3º, § 2º - **Ação de separação litigiosa** - Nulidade - Divergência jurisprudencial demonstrada - Instrução processual - Necessidade - Interesse público - Caracterização - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Revelia. REsp n. 485.958-0/SP. RSTJ 192/444.

PrPn Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Crime de associação para o tráfico - Crime hediondo - Não-caracterização - **Habeas corpus** - Lei n. 6.368/1976, art. 14 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 37.857-0/RS. RSTJ 192/641.

Trbt Lei n. 7.787/1989 - Revogação - Ocorrência - Contribuição Social para o Incra - Empresa urbana - Recolhimento - Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I - Inaplicabilidade - Lei n. 8.212/1991, arts. 18, 22 e 23 - **Mandado de segurança**. REsp n. 676.227-0/RS. RSTJ 192/204.

Adm Lei n. 8.025/1990, art. 15, I, **e** - Inaplicabilidade - **Fumus boni iuris** - Caracterização - Imóvel funcional - Ocupação irregular - Não-configuração - **Mandado de segurança** - Multa - Não-cabimento. AgRg no MS n. 8.483-0/DF. RSTJ 192/107.

PrCv Lei n. 8.036/1990 - **Execução de sentença** - Exibição de extratos - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Lei Complementar n. 110/2001 - Responsabilidade - Caixa Econômica Federal (CEF) - Transação - Homologação - Possibilidade. REsp n. 725.240-0/PR. RSTJ 192/294.

Adm Lei n. 8.036/1990, art. 20, II e X - Contrato de trabalho - Rescisão - Não-ocorrência - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 8.630/1993, arts. 27, 55, 58, 59 e 61. REsp n. 560.686-0/RJ. RSTJ 192/122.

PrPn Lei n. 8.072/1990, art. 1º - Crime continuado - Crime de estupro - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Lei n. 9.455/1997 - Inaplicabilidade - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade. HC n. 31.614-0/SP. RSTJ 192/618.

Adm Lei n. 8.112/1990, art. 156 - Lei n. 9.784/1999, arts. 41 e 49 - **Mandado de segurança** - Prazo de notificação - Não-observância - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Princípio do contraditório - Ofensa - Processo administrativo disciplinar - Nulidade - Servidor público federal. MS n. 9.511-0/DF. RSTJ 192/471.

Ct Lei n. 8.212/1990, art. 22, I - Inconstitucionalidade - Lei n. 8.870/1994, art. 25, § 2º - Aplicabilidade - **Norma** - Nulidade - Repristinação - Impossibilidade. REsp n. 577.712-0/PE. RSTJ 192/126.

Trbt Lei n. 8.212/1991, arts. 18, 22 e 23 - Contribuição Social para o Incra - Empresa Urbana - Recolhimento - Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I - Inaplicabilidade - Lei n. 7.787/1989 - Revogação - Ocorrência - **Mandado de segurança**. REsp n. 676.227-0/RS. RSTJ 192/204.

Pv Lei n. 8.212/1991, art. 31 - Alíquota - Retenção - Inaplicabilidade - **Contribuição previdenciária** - Decreto n. 4.729/2003 - Empresa de transporte de carga. REsp n. 620.574-0/PR. RSTJ 192/174.

Trbt Lei n. 8.213/1991, art. 126 - **Crédito previdenciário** - Decreto n. 3.048/1999, art. 306 - Decreto n. 70.325/1972, art. 33, na redação da Lei n.10.522/2002 - Inaplicabilidade - Depósito prévio - Necessidade - Processo administrativo. REsp n. 624.890-0/RS. RSTJ 192/183.

PrCv Lei n. 8.437/1992, art. 4º - **Ação civil pública** - CPC, art. 273 - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) - Complementação - Lei n. 9.424/1996, art. 6º, § 1º - Lesão à ordem e economia pública - Caracterização - Tutela antecipada - Impossibilidade. AgRg na SL n. 33-0/SP. RSTJ 192/64.

PrCv Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Legitimidade ativa **ad causam** - Entidade de direito privado - Lei n. 4.384/1964 - Lesão à ordem e economia pública - Caracterização - Licitação - Serviço Público - **Tutela antecipada** - Suspensão. AgRg na STA n. 66-0/MA. RSTJ 192/76.

PrCv Lei n. 8.437/1992, art. 4º, § 5º - Efeito multiplicador - Ocorrência - Juiz Classista - Proventos - Majoração - Lei n. 10.474/2000 - Lesão à economia pública - Configuração - **Tutela antecipada** - Suspensão. AgRg na STA n. 61-0/CE. RSTJ 192/68.

Adm Lei n. 8.630/1993, arts. 27, 55, 58, 59 e 61 - Contrato de trabalho - Rescisão - Não-ocorrência - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 8.036/1990, art. 20, II e X. REsp n. 560.686-0/RJ. RSTJ 192/122.

Ct Lei n. 8.870/1994, art. 25, § 2º - Aplicabilidade - Lei n. 8.212/1990, art. 22, I - Inconstitucionalidade - **Norma** - Nulidade - Repristinação - Impossibilidade. REsp n. 577.712-0/PE. RSTJ 192/126.

PrPn Lei n. 9.099/1995, art. 66 - Citação editalícia - Possibilidade - Competência - Justiça Estadual - CPP, art. 361 - Crime de lesão corporal - **Habeas corpus** - Juizado Especial. HC n. 27.702-0/GO. RSTJ 192/605.

PrCv Lei n. 9.424/1996, art. 6º, § 1º - **Ação civil pública** - CPC, art. 273 - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) - Complementação - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lesão à ordem e economia pública - Caracterização - Tutela antecipada - Impossibilidade. AgRg na SL n. 33-0/SP. RSTJ 192/64.

PrPn Lei n. 9.455/1997 - Inaplicabilidade - Crime continuado - Crime de estupro - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 1º - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade. HC n. 31.614-0/SP. RSTJ 192/618.

Adm Lei n. 9.784/1999, arts. 41 e 49 - Lei n. 8.112/1990, art. 156 - **Mandado de segurança** - Prazo de notificação - Não-observância - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Princípio do contraditório - Ofensa - Processo administrativo disciplinar - Nulidade - Servidor público federal. MS n. 9.511-0/DF. RSTJ 192/471.

PrCv Lei n. 10.474/2000 - Efeito multiplicador - Ocorrência - Juiz Classista - Proventos - Majoração - Lei n. 8.437/1992, art. 4º, § 5º - Lesão à economia pública - Configuração - **Tutela antecipada** - Suspensão. AgRg na STA n. 61-0/CE. RSTJ 192/68.

PrCv Lei n. 12.601/1999(PR) - CF/1988, art. 100, §§ 1º-A e 3º - Decreto n. 1.511/1999(PR) - Direito líquido e certo - Ausência - **Mandado de segurança** - Precatório - Pagamento - Preterição - Prova pré-constituída - Insuficiência. ROMS n. 18.286-0/PR. RSTJ 192/298.

PrPn Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) - Aplicabilidade - **Ação penal originária** - Crime de falsidade ideológica - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993 - Magistrado - Afastamento - Necessidade - Princípio do promotor natural - Subprocurador-Geral da República - Designação - Possibilidade. EDcl na APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/80.

PrCv **Leilão extrajudicial** - Arrematação - Desistência - CPC, art. 695 - Inaplicabilidade - Multa - Não-incidência. REsp n. 573.630-0/RS. RSTJ 192/357.

PrCv Lesão à economia pública - Configuração - Efeito multiplicador - Ocorrência - Juiz Classista - Proventos - Majoração - Lei n. 8.437/1992, art. 4º, § 5º - Lei n. 10.474/2000 - **Tutela antecipada** - Suspensão. AgRg na STA n. 61-0/CE. RSTJ 192/68.

PrCv Lesão à ordem e economia pública - Caracterização - **Ação civil pública** - CPC, art. 273 - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) - Complementação - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lei n. 9.424/1996, art. 6º, § 1º - Tutela antecipada - Impossibilidade. AgRg na SL n. 33-0/SP. RSTJ 192/64.

PrCv Lesão à ordem e economia pública - Caracterização - Legitimidade ativa **ad causam** - Entidade de direito privado - Lei n. 4.384/1964 - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Licitação - Serviço Público - **Tutela antecipada** - Suspensão. AgRg na STA n. 66-0/MA. RSTJ 192/76.

PrPn Liberdade provisória - Deferimento - CPP, art. 310 - Crime de porte ilegal de arma - Prisão em flagrante - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 16.082-0/SP. RSTJ 192/677.

PrPn Licitação - Fraude - Configuração - Competência - Justiça Federal - Crime de responsabilidade - Ex-Prefeito Municipal - **Habeas corpus** - Súmula n. 208-STJ. HC n. 35.648-0/SP. RSTJ 192/630.

PrCv Licitação - Serviço Público - Legitimidade ativa **ad causam** - Entidade de direito privado - Lei n. 4.384/1964 - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lesão à ordem e economia públicas - Caracterização - **Tutela antecipada** - Suspensão. AgRg na STA n. 66-0/MA. RSTJ 192/76.

PrCv **Liquidação de sentença** - CPC, art. 610 - Rediscussão da lide - Impossibilidade - Sentença - Modificação - Não-cabimento. REsp n. 333.312-0/RJ. RSTJ 192/423.

PrCv Litisconsórcio passivo - Ocorrência - **Ação de reparação de danos** - CPC, art. 513 - Ilegitimidade passiva **ad causam** - União - Sentença terminativa - Configuração. REsp n. 678.645-0/PE. RSTJ 192/289.

M

PrPn Magistrado - Afastamento - Necessidade - **Ação penal originária** - Crime de falsidade ideológica - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) - Aplicabilidade - Princípio do promotor natural - Subprocurador-Geral da República - Designação - Possibilidade. EDcl na APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/80.

PrCv **Mandado de segurança** - CF/1988, art. 100, §§ 1º-A e 3º - Decreto n. 1.511/1999(PR) - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 12.601/1999(PR) - Precatório - Pagamento - Preterição - Prova pré-constituída - Insuficiência. ROMS n. 18.286-0/PR. RSTJ 192/298.

Trbt **Mandado de segurança** - Contribuição Social para o Incra - Empresa Urbana - Recolhimento - Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I - Inaplicabilidade - Lei n. 7.787/1989 - Revogação - Ocorrência - Lei n. 8.212/1991, arts. 18, 22 e 23. REsp n. 676.227-0/RS. RSTJ 192/204.

Adm **Mandado de segurança** - **Fumus boni iuris** - Caracterização - Imóvel funcional - Ocupação irregular - Não-configuração - Lei n. 8.025/1990, art. 15, I, **e** - Inaplicabilidade - Multa - Não-cabimento. AgRg no MS n. 8.483-0/DF. RSTJ 192/107.

Adm **Mandado de segurança** - Lei n. 8.112/1990, art. 156 - Lei n. 9.784/1999, arts. 41 e 49 - Prazo de notificação - Não-observância - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Princípio do contraditório - Ofensa - Processo administrativo disciplinar - Nulidade - Servidor público federal. MS n. 9.511-0/DF. RSTJ 192/471.

Adm **Mandado de segurança** - Multa - Pagamento - Súmula n. 127-STJ - Veículo - Licenciamento - Liberação condicionada - Legalidade. REsp n. 696.384-0/MA. RSTJ 192/222.

Adm **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Direito líquido e certo - Ausência - Estabelcimento de ensino público - Diretor-Geral - Nomeação - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Processo Eleitoral - Ilegalidade. MS n. 9.706-0/DF. RSTJ 192/477.

PrPn Maus antecedentes - Inexistência - CP, art. 59 - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Pena-base - Fixação. HC n. 26.895-0/RJ. RSTJ 192/602.

Cv Médico - Negligência - Dano moral - Redução - Não-ocorrência - Indenização - Fixação - Pensão mensal vitalícia - **Responsabilidade civil**. REsp n. 651.225-0/MG. RSTJ 192/392.

PrPn Medida socioeducativa - Aplicação - Adolescente - Ato infracional - Configuração - CF/1988, art. 5º, LV - Crime de desacato - Crime de desobediência - Defesa técnica - Ausência - ECA, arts. 111, III; 186, § 2º, e 207 - **Habeas corpus** - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 39.630-0/SP. RSTJ 192/504.

PrPn Multa - Aplicabilidade - Ação de nunciação de obra nova - Crime de desobediência - Não-configuração - **Habeas corpus** - Prova - Reexame - Vedação. HC n. 37.279-0/MG. RSTJ 192/323.

Adm Multa - Não-cabimento - **Fumus boni iuris** - Caracterização - Imóvel funcional - Ocupação irregular - Não-configuração - Lei n. 8.025/1990, art. 15, I, **e** - Inaplicabilidade - **Mandado de segurança**. AgRg no MS n. 8.483-0/DF. RSTJ 192/107.

PrCv Multa - Não-incidência - Arrematação - Desistência - CPC, art. 695 - Inaplicabilidade - **Leilão extrajudicial**. REsp n. 573.630-0/RS. RSTJ 192/357.

Adm Multa - Pagamento - **Mandado de segurança** - Súmula n. 127-STJ - Veículo - Licenciamento - Liberação condicionada - Legalidade. REsp n. 696.384-0/MA. RSTJ 192/222.

PrPn **Mutatio libelli** - Não-configuração - **Apelação** - Julgamento - Crime de atentado violento ao pudor - Sentença condenatória - Nulidade - Não-ocorrência. REsp n. 691.751-0/BA. RSTJ 192/565.

PrPn **Mutatio Libelli** - Ocorrência - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Concessão de ofício - Tribunal **a quo** - Exame - Inexistência. HC n. 39.463-0/RJ. RSTJ 192/500.

N

Trbt Natureza salarial - Não-configuração - CTN, art. 43 - Inaplicabilidade - Folga não gozada - Indenização - Ocorrência - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Não-incidência - Súmula n. 125-STJ - Súmula n. 136-STJ. REsp n. 508.340-0/RS. RSTJ 192/257.

Ct **Norma** - Nulidade - Lei n. 8.212/1990, art. 22, I - Inconstitucionalidade - Lei n. 8.870/1994, art. 25, § 2º - Aplicabilidade - Repristinação - Impossibilidade. REsp n. 577.712-0/PE. RSTJ 192/126.

PrCv Notificação por edital - Legalidade - Decreto-Lei n. 70/1966, art. 31, § 2º - **Execução** - Intimação - Várias tentativas. REsp n. 476.205-0/PR. RSTJ 192/336.

PrCv Nulidade - Não-ocorrência - **Apelação** - Recebimento - Contra-razões - Prazo - Não-determinação - CPC, arts. 244 e 518 - Juiz de Direito - Princípio da instrumentalidade das formas - Aplicabilidade. REsp n. 411.211-0/SC. RSTJ 192/250.

O

Cv Obrigação principal - Adimplemento - Ausência - CC/1916, art. 849, I - **Cédula de crédito industrial** - Decreto-Lei n. 413/1969, art. 26 - Hipoteca - Levantamento - Impossibilidade. REsp n. 506.290-0/RS. RSTJ 192/342.

Trbt Obrigação tributária - Contribuinte - CTN, arts. 45, 121 e 123 - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Recolhimento na fonte - Não-ocorrência - Responsabilidade tributária - Fonte pagadora - Verba trabalhista. REsp n. 644.223-0/SC. RSTJ 192/285.

P

Trbt Parcelamento de débito - Adesão - Ação ordinária - Trânsito em julgado - Ausência - **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Depósito judicial - Levantamento - Impossibilidade - Lei n. 1.684/2003, art. 4º, II, e 6º. REsp n. 591.638-0/MG. RSTJ 192/274.

PrPn Pedido de extensão - Deferimento - Co-réu - Situação processual - Similitude - Crime de associação para o tráfico - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Revogação. PExt em HC n. 39.141-0/BA. RSTJ 192/511.

PrPn Pena restritiva de direito - Conversão - Audiência prévia - Oitiva do condenado - Necessidade - CP, art. 44, § 4º - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus**. HC n. 24.974-0/MG. RSTJ 192/599.

PrPn Pena-base - Fixação - CP, art. 59 - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Maus antecedentes - Inexistência. HC n. 26.895-0/RJ. RSTJ 192/602.

PrCv **Penhora** - Bem - Reavaliação - CPC, art. 33 - Honorários periciais - Pagamento - Responsabilidade - Requerente. REsp n. 611.970-0/SP. RSTJ 192/282.

PrCv Penhora - Elevador - Impossibilidade - Bem de uso comum - Caracterização - Condomínio de apartamentos - **Embargos à execução** - Lei n. 4.591/1964, art. 3º. REsp n. 259.994-0/SP. RSTJ 192/414.

PrCv Penhora - Ocorrência - Ação revisional superveniente - Julgamento - CPC, art. 585, § 1º - **Execução hipotecária** - Suspensão - Possibilidade. REsp n. 486.069-0/SP. RSTJ 192/449.

Cv Pensão mensal vitalícia - Dano moral - Redução - Não-ocorrência - Indenização - Fixação - Médico - Negligência - **Responsabilidade civil**. REsp n. 651.225-0/MG. RSTJ 192/392.

Adm Plano cruzado - Congelamento de preços - Decreto-Lei n. 2.283/1986 - Decreto-Lei n. 2.284/1986 - **Energia elétrica** - Majoração - Impossibilidade. REsp n. 337.502-0/RS. RSTJ 192/244.

Adm Prazo de notificação - Não-observância - Lei n. 8.112/1990, art. 156 - Lei n. 9.784/1999, arts. 41 e 49 - **Mandado de segurança** - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Princípio do contraditório - Ofensa - Processo administrativo disciplinar - Nulidade - Servidor público federal. MS n. 9.511-0/DF. RSTJ 192/471.

Pn Prazo **in albis** - CF/1988, art. 5º, LV - CPP, art. 577 - **Crime de falsificação de documento público** - Defensor público - Obrigatoriedade - Defesa técnica - Necessidade - **Habeas corpus** de ofício - Cabimento - Réu - Capacidade postulatória - Inexistência. REsp n. 447.447-0/PR. RSTJ 192/674.

PrCv Precatório - Pagamento - Preterição - CF/1988, art. 100, §§ 1º-A e 3º - Decreto n. 1.511/1999(PR) - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 12.601/1999(PR) - **Mandado de segurança** - Prova pré-constituída - Insuficiência. ROMS n. 18.286-0/PR. RSTJ 192/298.

PrCv **Precatório complementar** - Correção monetária - Índice aplicável - Substituição - Impossibilidade - Homologação de cálculos - Trânsito em julgado. EREsp n. 477.377-0/GO. RSTJ 192/97.

PrCv Preclusão consumativa - Ocorrência - Protocolo ilegível - **Recurso especial** - Petição. AgRg no Ag n. 636.940-0/PE. RSTJ 192/595.

Cv Prejuízo - Prova - Desnecessidade - Autorização explícita - Necessidade - Dano moral - Direito autoral - Violação - Fotografia - Publicação indevida - Indenização - Lei n. 5.988/1973 na redação da Lei n. 9.610/1998 -

Responsabilidade civil - Empresa jornalística. REsp n. 617.130-0/DF. RSTJ 192/382.

Cv Prescrição aquisitiva - Não-configuração - Prova - Exame - Impossibilidade - **Usucapião** extraordinário - Requisitos - Ausência. REsp n. 401.385-0/SP. RSTJ 192/439.

PrCv Previdência privada - Reinclusão - Ação ordinária - **Competência** - Empregado aposentado - Justiça do trabalho. REsp n. 504.742-0/RS. RSTJ 192/455.

Adm Princípio da ampla defesa - Ofensa - Lei n. 8.112/1990, art. 156 - Lei n. 9.784/1999, arts. 41 e 49 - **Mandado de segurança** - Prazo de notificação - Não-observância - Princípio do contraditório - Ofensa - Processo administrativo disciplinar - Nulidade - Servidor público federal. MS n. 9.511-0/DF. RSTJ 192/ 471.

PrCv Princípio da boa-fé - **Ação indenizatória** - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Dano moral - Legitimidade passiva **ad causam** - Plano de saúde - Seguradora - Denunciação à lide - Impossibilidade - Seguro de vida - Contrato simultâneo. REsp n. 590.336-0/SC. RSTJ 192/374.

PrCv Princípio da instrumentalidade das formas - Aplicabilidade - **Apelação** - Recebimento - Contra-razões - Prazo - Não-determinação - CPC, arts. 244 e 518 - Juiz de Direito - Nulidade - Não-ocorrência. REsp n. 411.211-0/SC. RSTJ 192/250.

Trbt Princípio da legalidade tributária - Importação de milho - Uso animal - Lei n. 6.305/1975, art. 1º - **Taxa de classificação de produtos vegetais** - Inaplicabilidade. REsp n. 396.457-0/RS. RSTJ 192/115.

Adm Princípio do contraditório - Ofensa - Lei n. 8.112/1990, art. 156 - Lei n. 9.784/1999, arts. 41 e 49 - **Mandado de segurança** - Prazo de notificação - Não-observância - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Processo administrativo disciplinar - Nulidade - Servidor público federal. MS n. 9.511-0/DF. RSTJ 192/471.

PrPn Princípio do devido processo legal - Ofensa - Adolescente - Ato infracional - Configuração - CF/1988, art. 5º, LV - Crime de desacato - Crime de desobediência - Defesa técnica - Ausência - ECA, arts. 111, III; 186, § 2º, e 207 - **Habeas corpus** - Medida socioeducativa - Aplicação. HC n. 39.630-0/SP. RSTJ 192/504.

PrPn Princípio do promotor natural - **Ação penal originária** - Crime de falsidade ideológica - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) - Aplicabilidade - Magistrado - Afastamento - Necessidade - Subprocurador-Geral da República - Designação - Possibilidade. EDcl na APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/80.

PrPn Princípio do promotor natural - Ofensa - Não-ocorrência - **Ação penal** - Afastamento preventivo - Necessidade - Crime de falsidade ideológica - Crime de perigo - Configuração - Desembargador Federal - Co-autoria -

Dolo - Ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993, art. 48, II - Constitucionalidade - Subprocurador-Geral da República - Designação - Legalidade. APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/21.

PrPn Prisão em flagrante - CPP, art. 310 - Crime de porte ilegal de arma - Liberdade provisória - Deferimento - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 16.082-0/SP. RSTJ 192/677.

PrPn Prisão preventiva - Fundamentação - Ausência - CF/1988, art. 93, IX - Crime de homicídio qualificado - Crime hediondo - **Habeas corpus**. HC n. 31.692-0/PE. RSTJ 192/622.

PrPn Prisão preventiva - Revogação - Co-réu - Situação processual - Similitude - Crime de associação para o tráfico - **Habeas corpus** - Pedido de extensão - Deferimento. PExt em HC n. 39.141-0/BA. RSTJ 192/511.

PrPn Prisão preventiva - Revogação - CPP, art. 312 - Crime de homicídio - **Habeas corpus** - Testemunha ameaçada - Não-configuração. HC n. 31.411-0/PR. RSTJ 192/609.

Trbt Processo administrativo - **Crédito previdenciário** - Decreto n. 3.048/1999, art. 306 - Decreto n. 70.325/1972, art. 33, na redação da Lei n.10.522/2002 - Inaplicabilidade - Depósito prévio - Necessidade - Lei n. 8.213/1991, art. 126. REsp n. 624.890-0/RS. RSTJ 192/183.

Pn Processo administrativo - Ocorrência - Continuidade delitiva - **Crime contra a ordem tributária** - Crime de quadrilha ou bando - Crime societário - Denúncia genérica - Possibilidade - Inquérito - Trancamento - Impossibilidade. REsp n. 569.318-0/RS. RSTJ 192/517.

Adm Processo administrativo disciplinar - Nulidade - Lei n. 8.112/1990, art. 156 - Lei n. 9.784/1999, arts. 41 e 49 - **Mandado de segurança** - Prazo de notificação - Não-observância - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Princípio do contraditório - Ofensa - Servidor público federal. MS n. 9.511-0/DF. RSTJ 192/471.

Trbt Processo administrativo fiscal - Ocorrência - Ato revocatório - Impossibilidade - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Isenção - Prorrogação - Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene) - Concessão superveniente. REsp n. 553.566-0/PE. RSTJ 192/270.

Adm Processo Eleitoral - Ilegalidade - Direito líquido e certo - Ausência - Estabelecimento de ensino público - Diretor-Geral - Nomeação - Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada. MS n. 9.706-0/DF. RSTJ 192/477.

Cm Protesto - Irregularidade - Não-ocorrência - **Falência** - Intimação - Funcionário - Legalidade. REsp n. 294.082-0/PR. RSTJ 192/419.

PrCv Protocolo ilegível - Preclusão consumativa - Ocorrência - **Recurso especial** - Petição. AgRg no Ag n. 636.940-0/PE. RSTJ 192/595.

PrCv Prova - Exame - Impossibilidade - CPC, art. 130 - Determinação de ofício - Possibilidade - **Prova pericial** - Realização - Imprescindibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 208.585-0/SP. RSTJ 192/242.

Cv Prova - Exame - Impossibilidade - Prescrição aquisitiva - Não-configuração - **Usucapião** extraordinário - Requisitos - Ausência. REsp n. 401.385-0/SP. RSTJ 192/439.

PrCv Prova - Necessidade - **Ação desapropriatória** - Expropriante - Indenização - Levantamento - Impossibilidade - Terreno - Posse legítima. AgRg na MC n. 8.008-0/PA. RSTJ 192/231.

PrCv Prova - Ônus - Inversão - **Ação revisional** - CDC, art. 6º, VIII - Contrato bancário - Fornecedor - Pagamento - Responsabilidade - Impossibilidade - Lei n. 1.060/1950, art. 3º, V - Prova pericial - Despesa. REsp n. 402.399-0/RJ. RSTJ 192/332.

PrPn Prova - Reexame - Vedação - Ação de nunciação de obra nova - Crime de desobediência - Não-configuração - **Habeas corpus** - Multa - Aplicabilidade. HC n. 37.279-0/MG. RSTJ 192/323.

PrCv Prova - Reexame - Vedação - **Ação indenizatória** - Dano moral - Não-configuração - Tribunal **a quo** - Exame. REsp n. 578.777-0/RJ. RSTJ 192/360.

PrCv Prova pericial - Despesa - **Ação revisional** - CDC, art. 6º, VIII - Contrato bancário - Fornecedor - Pagamento - Responsabilidade - Impossibilidade - Lei n. 1.060/1950, art. 3º, V - Prova - Ônus - Inversão. REsp n. 402.399-0/RJ. RSTJ 192/332.

PrCv **Prova pericial** - Realização - Imprescindibilidade - CPC, art. 130 - Determinação de ofício - Possibilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 208.585-0/SP. RSTJ 192/242.

PrCv Prova pré-constituída - Insuficiência - CF/1988, art. 100, §§ 1º-A e 3º - Decreto n. 1.511/1999(PR) - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 12.601/1999(PR) - **Mandado de segurança** - Precatório - Pagamento - Preterição. ROMS n. 18.286-0/PR. RSTJ 192/298.

Q

PrCv Quantia depositada - Levantamento - **Ação anulatória de duplicata** - Improcedência - Consignação extrajudicial - Extinção da dívida - Não-ocorrência. REsp n. 189.019-0/SP. RSTJ 192/407.

Pn Questões de fato - Observância - Obrigatoriedade - CF/1988, arts. 5º, XXXVIII, **d**, e 93, IX - CPP, art. 74, § 1º - **Crime de homicídio** - Tentativa - Sentença de pronúncia - Fundamentação - Necessidade - Tribunal do Júri - Juízo de admissibilidade. REsp n. 369.253-0/DF. RSTJ 192/653.

R

Trbt Recolhimento na fonte - Não-ocorrência - CTN, arts. 45, 121 e 123 - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Obrigação tributária - Contribuinte - Responsabilidade tributária - Fonte pagadora - Verba trabalhista. REsp n. 644.223-0/SC. RSTJ 192/285.

PrPn **Recurso em habeas corpus** - CPP, art. 310 - Crime de porte ilegal de arma - Liberdade provisória - Deferimento - Prisão em flagrante. ROHC n. 16.082-0/SP. RSTJ 192/677.

PrPn **Recurso em mandado de segurança** - CPP, art. 366, na redação da Lei n. 9.271/1996 - Irretroatividade - Crime de homicídio - Réu revel. ROMS n. 11.182-0/SP. RSTJ 192/577.

Adm **Recurso em mandado de segurança** - Ex-Deputado Estadual - Gratificação natalina - Pagamento - Impossibilidade - Relação de trabalho - Não-caracterização. ROMS n. 15.476-0/BA. RSTJ 192/584.

PrCv **Recurso especial** - Petição - Preclusão consumativa - Ocorrência - Protocolo ilegível. AgRg no Ag n. 636.940-0/PE. RSTJ 192/595.

PrCv Rediscussão da lide - Impossibilidade - CPC, art. 610 - **Liquidação de sentença** - Sentença - Modificação - Não-cabimento. REsp n. 333.312-0/RJ. RSTJ 192/423.

Adm Regime jurídico - Direito adquirido - Inexistência - **Servidor público** - Súmula n. 399-STF - Vencimentos - Aumento - Poder Judiciário - Impossibilidade. REsp n. 436.168-0/DF. RSTJ 192/664.

PrPn Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Crime continuado - Crime de estupro - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 1º - Lei n. 9.455/1997 - Inaplicabilidade. HC n. 31.614-0/SP. RSTJ 192/618.

PrPn Regime prisional - Progressão - Possibilidade - Crime de associação para o tráfico - Crime hediondo - Não-caracterização - **Habeas corpus** - Lei n. 6.368/1976, art. 14 - Lei n. 7.210/1984, art. 112. HC n. 37.857-0/RS. RSTJ 192/641.

PrPn Regime prisional semi-aberto - Arma de fogo - Apreensão - Irrelevância - Causa de aumento de pena - Incidência - Crime de roubo - **Habeas corpus**. HC n. 36.182-0/SP. RSTJ 192/635.

Cv Registro imobiliário - Não-ocorrência - Doação - Município - Imóvel - **Usucapião** - Caracterização. REsp n. 140.656-0/PR. RSTJ 192/403.

Adm Relação de trabalho - Não-caracterização - Ex-Deputado Estadual - Gratificação natalina - Pagamento - Impossibilidade - **Recurso em mandado de segurança**. ROMS n. 15.476-0/BA. RSTJ 192/584.

Ct Repristinação - Impossibilidade - Lei n. 8.212/1990, art. 22, I - Inconstitucionalidade - Lei n. 8.870/1994, art. 25, § 2º - Aplicabilidade - **Norma** - Nulidade. REsp n. 577.712-0/PE. RSTJ 192/126.

PrCv Responsabilidade - Caixa Econômica Federal (CEF) - **Execução de sentença** - Exibição de extratos - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Lei Complementar n. 110/2001 - Lei n. 8.036/1990 - Transação - Homologação - Possibilidade. REsp n. 725.240-0/PR. RSTJ 192/294.

PrCv Responsabilidade - Requerente - Bem - Reavaliação - CPC, art. 33 - Honorários periciais - Pagamento - **Penhora**. REsp n. 611.970-0/SP. RSTJ 192/282.

Cv **Responsabilidade civil** - Atraso em vôo internacional - Dano moral - Transporte aéreo - *Overbooking*. REsp n. 488.715-0/SP. RSTJ 192/452.

Cv **Responsabilidade civil** - Cadastro de inadimplentes - Inscrição indevida - Dano moral - Cabimento. REsp n. 595.931-0/RS. RSTJ 192/460.

Cv **Responsabilidade civil** - Dano moral - Redução - Não-ocorrência - Indenização - Fixação - Médico - Negligência - Pensão mensal vitalícia. REsp n. 651.225-0/MG. RSTJ 192/392.

Cv **Responsabilidade civil** - Empresa jornalística - Autorização explícita - Necessidade - Dano moral - Direito autoral - Violação - Fotografia - Publicação indevida - Indenização - Lei n. 5.988/1973 na redação da Lei n. 9.610/1998 - Prejuízo - Prova - Desnecessidade. REsp n. 617.130-0/DF. RSTJ 192/382.

Adm **Responsabilidade civil do Estado** - Não-caracterização - CF/1988, arts. 170 e 174 - Contrato de importação - Variação cambial - Fato do príncipe - Indenização - Não-cabimento - Intervenção no domínio econômico - Exercício regular de direito. REsp n. 614.048-0/RS. RSTJ 192/134.

Trbt Responsabilidade tributária - Fonte pagadora - CTN, arts. 45, 121 e 123 - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Obrigação tributária - Contribuinte - Recolhimento na fonte - Não-ocorrência - Verba trabalhista. REsp n. 644.223-0/SC. RSTJ 192/285.

PrCv Responsabilidade tributária - Não-configuração - CTN, art. 135, III - **Execução fiscal** - Sócio - Co-reponsável tributário - Não-comprovação. REsp n. 621.900-0/MG. RSTJ 192/178.

Pn Réu - Capacidade postulatória - Inexistência - CF/1988, art. 5º, LV - CPP, art. 577 - **Crime de falsificação de documento público** - Defensor público - Obrigatoriedade - Defesa técnica - Necessidade - **Habeas corpus** de ofício - Cabimento - Prazo **in albis**. REsp n. 447.447-0/PR. RSTJ 192/674.

PrPn Réu revel - CPP, art. 366, na redação da Lei n. 9.271/1996 - Irretroatividade - Crime de homicídio - **Recurso em mandado de segurança**. ROMS n. 11.182-0/SP. RSTJ 192/577.

PrCv Revelia - **Ação de separação litigiosa** - Nulidade - Divergência jurisprudencial demonstrada - Instrução processual - Necessidade - Interesse público - Caracterização - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Lei n. 6.515/1977, art. 3º, § 2º. REsp n. 485.958-0/SP. RSTJ 192/444.

S

PrCv Seguradora - Denunciação à lide - Impossibilidade - **Ação indenizatória** - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Dano moral - Legitimidade passiva **ad causam** - Plano de saúde - Princípio da boa-fé - Seguro de vida - Contrato simultâneo. REsp n. 590.336-0/SC. RSTJ 192/374.

PrCv Seguro de vida - Contrato simultâneo - **Ação indenizatória** - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Dano moral - Legitimidade passiva **ad causam** - Plano de saúde - Princípio da boa-fé - Seguradora - Denunciação à lide - Impossibilidade. REsp n. 590.336-0/SC. RSTJ 192/374.

PrCv Sentença - Modificação - Não-cabimento - CPC, art. 610 - **Liquidação de sentença** - Rediscussão da lide - Impossibilidade. REsp n. 333.312-0/RJ. RSTJ 192/423.

PrPn Sentença - Nulidade - Ato infracional - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - **Habeas corpus** - Prejudicialidade - Laudo toxicológico definitivo - Inexistência. HC n. 38.047-0/RJ. RSTJ 192/647.

PrPn Sentença condenatória - Nulidade - Não-ocorrência - **Apelação** - Julgamento - Crime de atentado violento ao pudor - **Mutatio libelli** - Não-configuração. REsp n. 691.751-0/BA. RSTJ 192/565.

Pn Sentença de pronúncia - Fundamentação - Necessidade - CF/1988, arts. 5º, XXXVIII, **d**, e 93, IX - CPP, art. 74, § 1º - **Crime de homicídio** - Tentativa - Questões de fato - Observância - Obrigatoriedade - Tribunal do Júri - Juízo de admissibilidade. REsp n. 369.253-0/DF. RSTJ 192/653.

PrPn **Sentença de pronúncia** - Fundamentação excessiva - Inexistência - CPC, art. 408 - Violação - Não-ocorrência - Crime de homicídio qualificado. REsp n. 704.938-0/MT. RSTJ 192/569.

PrCv Sentença terminativa - Configuração - **Ação de reparação de danos** - CPC, art. 513 - Ilegitimidade passiva **ad causam** - União - Litisconsórcio passivo - Ocorrência. REsp n. 678.645-0/PE. RSTJ 192/289.

Cv Serviço "0900" - Prévia solicitação - Necessidade - CDC, art. 39, III - Aplicabilidade - **Contrato de prestação de telefonia**. REsp n. 318.372-0/SP. RSTJ 192/330.

PrCv Servidor público - Contribuição previdenciária - Não-incidência - Função comissionada - **Tutela antecipada** - Cabimento. REsp n. 614.715-0/RS. RSTJ 192/152.

Adm **Servidor público** - Regime jurídico - Direito adquirido - Inexistência - Súmula n. 399-STF - Vencimentos - Aumento - Poder Judiciário - Impossibilidade. REsp n. 436.168-0/DF. RSTJ 192/ 664.

Adm Servidor público federal - Lei n. 8.112/1990, art. 156 - Lei n. 9.784/1999, arts. 41 e 49 - **Mandado de segurança** - Prazo de notificação - Não-observância - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Princípio do contraditório - Ofensa - Processo administrativo disciplinar - Nulidade. MS n. 9.511-0/DF. RSTJ 192/471.

PrCv Sócio - Co-reponsável tributário - Não-comprovação - CTN, art. 135, III - **Execução fiscal** - Responsabilidade tributária - Não-configuração. REsp n. 621.900-0/MG. RSTJ 192/178.

PrPn Subprocurador-Geral da República - Designação - Legalidade - **Ação penal** - Afastamento preventivo - Necessidade - Crime de falsidade ideológica - Crime de perigo - Configuração - Desembargador Federal - Co-autoria - Dolo - Ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993, art. 48, II - Constitucionalidade - Princípio do promotor natural - Ofensa - Não-ocorrência. APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/21.

PrPn Subprocurador-Geral da República - Designação - Possibilidade - **Ação penal originária** - Crime de falsidade ideológica - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Lei Complementar n. 75/1993 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) - Aplicabilidade - Magistrado - Afastamento - Necessidade - Princípio do promotor natural. EDcl na APn n. 246-0/ES. RSTJ 192/80.

PrCv Súmula n. 7-STJ - CPC, art. 130 - Determinação de ofício - Possibilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Prova pericial** - Realização - Imprescindibilidade. REsp n. 208.585-0/SP. RSTJ 192/242.

PrCv Súmula n. 115-STJ - Advogado - Procuração - Ausência - **Embargos declaratórios** - Inexistência. AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no CC n. 39.984-0/RJ. RSTJ 192/307.

Trbt Súmula n. 125-STJ - CTN, art. 43 - Inaplicabilidade - Folga não gozada - Indenização - Ocorrência - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Não-incidência - Natureza salarial - Não-configuração - Súmula n. 136-STJ. REsp n. 508.340-0/RS. RSTJ 192/257.

Adm Súmula n. 127-STJ - **Mandado de segurança** - Multa - Pagamento - Veículo - Licenciamento - Liberação condicionada - Legalidade. REsp n. 696.384-0/MA. RSTJ 192/222.

Trbt Súmula n. 136-STJ - CTN, art. 43 - Inaplicabilidade - Folga não gozada - Indenização - Ocorrência - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Não-incidência - Natureza salarial - Não-configuração - Súmula n. 125-STJ. REsp n. 508.340-0/RS. RSTJ 192/257.

PrPn Súmula n. 208-STJ - Competência - Justiça Federal - Crime de responsabilidade - Ex-Prefeito Municipal - **Habeas corpus** - Licitação - Fraude - Configuração. HC n. 35.648-0/SP. RSTJ 192/630.

PrCv Súmula n. 240-STJ - Inaplicabilidade - Abandono da causa - Culpa - Autor - Decretação de ofício - Possibilidade - Embargado - Citação - Não-ocorrência - **Execução fiscal** - Extinção do processo sem julgamento do mérito. REsp n. 688.681-0/CE. RSTJ 192/215.

Adm Súmula n. 399-STF - Regime jurídico - Direito adquirido - Inexistência - **Servidor público** - Vencimentos - Aumento - Poder Judiciário - Impossibilidade. REsp n. 436.168-0/DF. RSTJ 192/664.

Trbt Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene) - Concessão superveniente - Ato revocatório - Impossibilidade - **Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)** - Isenção - Prorrogação - Processo administrativo fiscal - Ocorrência. REsp n. 553.566-0/PE. RSTJ 192/270.

T

Trbt **Taxa de classificação de produtos vegetais** - Inaplicabilidade - Importação de milho - Uso animal - Lei n. 6.305/1975, art. 1º - Princípio da legalidade tributária. REsp n. 396.457-0/RS. RSTJ 192/115.

PrCv Terreno - Posse Legítima - **Ação desapropriatória** - Expropriante - Indenização - Levantamento - Impossibilidade - Prova - Necessidade. AgRg na MC n. 8.008-0/PA. RSTJ 192/231.

PrPn Testemunha ameaçada - Não-configuração - CPP, art. 312 - Crime de homicídio - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Revogação. HC n. 31.411-0/PR. RSTJ 192/609.

PrCv Transação - Homologação - Possibilidade - **Execução de sentença** - Exibição de extratos - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Lei Complementar n. 110/2001 - Lei n. 8.036/1990 - Responsabilidade - Caixa Econômica Federal (CEF). REsp n. 725.240-0/PR. RSTJ 192/294.

Cv Transporte aéreo - *Overbooking* - Atraso em vôo internacional - Dano moral - **Responsabilidade civil**. REsp n. 488.715-0/SP. RSTJ 192/452.

PrCv Tribunal **a quo** - Exame - **Ação indenizatória** - Dano moral - Não-configuração - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 578.777-0/RJ. RSTJ 192/360.

PrPn Tribunal **a quo** - Exame - Inexistência - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Concessão de ofício - **Mutatio Libelli** - Ocorrência. HC n. 39.463-0/RJ. RSTJ 192/500.

PrPn Tribunal do Júri - CPP, arts. 70 e 424 - Crime de homicídio qualificado - Desaforamento - Requisitos - Ausência - **Habeas corpus**. HC n. 29.163-0/MG. RSTJ 192/485.

Pn Tribunal do Júri - Juízo de admissibilidade - CF/1988, arts. 5º, XXXVIII, **d**, e 93, IX - CPP, art. 74, § 1º - **Crime de homicídio** - Tentativa - Questões de fato - Observância - Obrigatoriedade - Sentença de pronúncia - Fundamentação - Necessidade. REsp n. 369.253-0/DF. RSTJ 192/653.

PrCv **Tutela antecipada** - Cabimento - Contribuição previdenciária - Não-incidência - Função comissionada - Servidor público. REsp n. 614.715-0/RS. RSTJ 192/152.

PrCv Tutela antecipada - Impossibilidade - **Ação civil pública** - CPC, art. 273 - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) - Complementação - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lei n. 9.424/1996, art. 6º, § 1º - Lesão à ordem e economia públicas - Caracterização. AgRg na SL n. 33-0/SP. RSTJ 192/64.

PrCv **Tutela antecipada** - Suspensão - Efeito multiplicador - Ocorrência - Juiz Classista - Proventos - Majoração - Lei n. 8.437/1992, art. 4º, § 5º - Lei n. 10.474/2000 - Lesão à economia pública - Configuração. AgRg na STA n. 61-0/CE. RSTJ 192/68.

PrCv **Tutela antecipada** - Suspensão - Legitimidade ativa **ad causam** - Entidade de direito privado - Lei n. 4.384/1964 - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lesão à ordem e economia públicas - Caracterização - Licitação - Serviço Público. AgRg na STA n. 66-0/MA. RSTJ 192/76.

U

Cv **Usucapião** - Caracterização - Doação - Município - Imóvel - Registro imobiliário - Não-ocorrência. REsp n. 140.656-0/PR. RSTJ 192/ .

Cv **Usucapião** extraordinário - Requisitos - Ausência - Prescrição aquisitiva - Não-configuração - Prova - Exame - Impossibilidade. REsp n. 401.385-0/SP. RSTJ 192/439.

V

Adm Veículo - Licenciamento - Liberação condicionada - Legalidade - **Mandado de segurança** - Multa - Pagamento - Súmula n. 127-STJ. REsp n. 696.384-0/MA. RSTJ 192/222.

Adm Vencimentos - Aumento - Poder Judiciário - Impossibilidade - Regime jurídico - Direito adquirido - Inexistência - **Servidor público** - Súmula n. 399-STF. REsp n. 436.168-0/DF. RSTJ 192/664.

Trbt Verba trabalhista - CTN, arts. 45, 121 e 123 - **Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)** - Obrigação tributária - Contribuinte - Recolhimento na fonte - Não-ocorrência - Responsabilidade tributária - Fonte pagadora. REsp n. 644.223-0/SC. RSTJ 192/285.

PrPn Via administrativa - Exaurimento - Necessidade - Ação penal - Trancamento - CPP, arts. 41 e 43 - Crime contra a ordem tributária - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Justa causa - Ausência. HC n. 39.268-0/SP. RSTJ 192/497.

Índice Sistemático

I - JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO PENAL — APn

246-0-ES ..... Rel. Min. Felix Fischer ..... RSTJ 192/21

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR — AgRg na MC

8.008-0-PA ..... Rel. Min. Francisco Peçanha Martins ..... RSTJ 192/231

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR — AgRg na SL

33-0-SP ..... Rel. Min. Edson Vidigal ..... RSTJ 192/64

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO
DE TUTELA ANTECIPADA — AgRg na STA

61-0-CE ..... Rel. Min. Edson Vidigal ..... RSTJ 192/68
66-0-MA ..... Rel. Min. Edson Vidigal ..... RSTJ 192/76

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO — AgRg no Ag

498.512-0-RS ..... Rel. Min. Francisco Peçanha Martins ..... RSTJ 192/234
636.940-0-PE ..... Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa ..... RSTJ 192/595

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA — AgRg no MS

8.483-0-DF ..... Rel. Min. Luiz Fux ..... RSTJ 192/107

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO
DE COMPETÊNCIA — AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no CC

39.984-0-RJ ..... Rel. Min. Fernando Gonçalves ..... RSTJ 192/307

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL — AgRg nos EREsp

470.365-0-RS ..... Rel. Min. Fernando Gonçalves ..... RSTJ 192/309

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL — EDcl na APn

246-0-ES ..... Rel. Min. Felix Fischer ..... RSTJ 192/80

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL — EREsp

472.385-0-MT ..... Rel. Min. Castro Filho ..... RSTJ 192/314
477.377-0-GO ..... Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito ..... RSTJ 192/97

HABEAS CORPUS — HC

24.974-0-MG ..... Rel. Min. Paulo Gallotti ..... RSTJ 192/599
26.895-0-RJ ..... Rel. Min. Paulo Gallotti ..... RSTJ 192/602
27.702-0-GO ..... Rel. Min. Paulo Gallotti ..... RSTJ 192/605
29.163-0-MG ..... Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca ..... RSTJ 192/485
31.411-0-PR ..... Rel. Min. Paulo Medina ..... RSTJ 192/609
31.614-0-SP ..... Rel. Min. Paulo Medina ..... RSTJ 192/618
31.692-0-PE ..... Rel. Min. Paulo Medina ..... RSTJ 192/622
35.648-0-SP ..... Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa ..... RSTJ 192/630
35.809-0-PR ..... Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca ..... RSTJ 192/492
36.182-0-SP ..... Rel. Min. Nilson Naves ..... RSTJ 192/635
37.279-0-MG ..... Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..... RSTJ 192/323
37.857-0-RS ..... Rel. Min. Nilson Naves ..... RSTJ 192/641
38.047-0-RJ ..... Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa ..... RSTJ 192/647
39.268-0-SP ..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima ..... RSTJ 192/497
39.463-0-RJ ..... Rel. Min. Gilson Dipp ..... RSTJ 192/500
39.630-0-SP ..... Rel. Min. Gilson Dipp ..... RSTJ 192/504

MANDADO DE SEGURANÇA — MS

9.511-0-DF ..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima ..... RSTJ 192/471
9.706-0-DF ..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima ..... RSTJ 192/477

PEDIDO DE EXTENSÃO EM HABEAS CORPUS — PExt em HC

39.141-0-BA ..... Rel. Min. Gilson Dipp ..... RSTJ 192/511

RECURSO ESPECIAL — REsp

108.771-0-PR ..... Rel. Min. João Otávio de Noronha ..... RSTJ 192/237
140.656-0-PR ..... Rel. Min. Barros Monteiro ..... RSTJ 192/403
157.356-0-RS ..... Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro ..... RSTJ 192/326

189.019-0-SP ..... Rel. Min. Barros Monteiro ..... RSTJ 192/407
195.591-0-SC ..... Rel. Min. Barros Monteiro ..... RSTJ 192/411
208.585-0-SP ..... Rel. Min. Castro Meira ..... RSTJ 192/242
259.994-0-SP ..... Rel. Min. Jorge Scartezzini ..... RSTJ 192/414
294.082-0-PR ..... Rel. Min. Jorge Scartezzini ..... RSTJ 192/419
318.372-0-SP ..... Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..... RSTJ 192/330
333.312-0-RJ ..... Rel. Min. Cesar Asfor Rocha ..... RSTJ 192/423
337.502-0-RS ..... Rel. Min. João Otávio de Noronha ..... RSTJ 192/244
369.253-0-DF ..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido ..... RSTJ 192/653
396.457-0-RS ..... Rel. Min. Denise Arruda ..... RSTJ 192/115
401.385-0-SP ..... Rel. Min. Jorge Scartezzini ..... RSTJ 192/439
402.399-0-RJ ..... Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro ..... RSTJ 192/332
411.211-0-SC ..... Rel. Min. João Otávio de Noronha ..... RSTJ 192/250
426.874-0-MG ..... Rel. Min. Eliana Calmon ..... RSTJ 192/253
436.168-0-DF ..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido ..... RSTJ 192/664
447.447-0-PR ..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido ..... RSTJ 192/674
476.205-0-PR ..... Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito .... RSTJ 192/336
485.958-0-SP ..... Rel. Min. Aldir Passarinho Junior ..... RSTJ 192/444
486.069-0-SP ..... Rel. Min. Aldir Passarinho Junior ..... RSTJ 192/449
488.715-0-SP ..... Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar ..... RSTJ 192/452
493.906-0-MG ..... Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito .... RSTJ 192/340
504.742-0-RS ..... Rel. Min. Aldir Passarinho Junior ..... RSTJ 192/455
506.290-0-RS ..... Rel. Min. Nancy Andrighi ..... RSTJ 192/342
508.340-0-RS ..... Rel. Min. Franciulli Netto ..... RSTJ 192/257
522.324-0-SP ..... Rel. Min. Castro Filho ..... RSTJ 192/347
553.566-0-PE ..... Rel. Min. Franciulli Netto ..... RSTJ 192/270
560.686-0-RJ ..... Rel. Min. Denise Arruda ..... RSTJ 192/122
569.318-0-RS ..... Rel. Min. Felix Fischer ..... RSTJ 192/517
573.630-0-RS ..... Rel. Min. Nancy Andrighi ..... RSTJ 192/357
577.712-0-PE ..... Rel. Min. Teori Albino Zavascki ..... RSTJ 192/126
578.777-0-RJ ..... Rel. Min. Humberto Gomes de Barros ..... RSTJ 192/360
590.336-0-SC ..... Rel. Min. Nancy Andrighi ..... RSTJ 192/374
591.638-0-MG ..... Rel. Min. Eliana Calmon ..... RSTJ 192/274
595.931-0-RS ..... Rel. Min. Cesar Asfor Rocha ..... RSTJ 192/460
611.970-0-SP ..... Rel. Min. Castro Meira ..... RSTJ 192/282
614.048-0-RS ..... Rel. Min. Luiz Fux ..... RSTJ 192/134
614.715-0-RS ..... Rel. Min. Francisco Falcão ..... RSTJ 192/152
615.333-0-RS ..... Rel. Min. Luiz Fux ..... RSTJ 192/158
617.130-0-DF ..... Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro ..... RSTJ 192/382
620.574-0-PR ..... Rel. Min. Denise Arruda ..... RSTJ 192/174
621.900-0-MG ..... Rel. Min. Francisco Falcão ..... RSTJ 192/178
624.890-0-RS ..... Rel. Min. Francisco Falcão ..... RSTJ 192/183
637.623-0-PR ..... Rel. Min. Teori Albino Zavascki ..... RSTJ 192/187
644.223-0-SC ..... Rel. Min. Franciulli Netto ..... RSTJ 192/285
645.437-0-PR ..... Rel. Min. Teori Albino Zavascki ..... RSTJ 192/198
651.225-0-MG ..... Rel. Min. Castro Filho ..... RSTJ 192/392
661.137-0-SP ..... Rel. Min. Fernando Gonçalves ..... RSTJ 192/463

676.227-0-RS ..... Rel. Min. José Delgado ..... RSTJ 192/204
678.645-0-PE ..... Rel. Min. Castro Meira ..... RSTJ 192/289
688.681-0-CE ..... Rel. Min. José Delgado ..... RSTJ 192/215
691.751-0-BA ..... Rel. Min. Laurita Vaz ..... RSTJ 192/565
696.384-0-MA ..... Rel. Min. José Delgado ..... RSTJ 192/222
704.938-0-MT ..... Rel. Min. Laurita Vaz ..... RSTJ 192/569
725.240-0-PR ..... Rel. Min. Francisco Peçanha Martins ..... RSTJ 192/294

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS — ROHC

16.082-0-SP ..... Rel. Min. Nilson Naves ..... RSTJ 192/677

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA — ROMS

11.182-0-SP ..... Rel. Min. Laurita Vaz ..... RSTJ 192/577
15.476-0-BA ..... Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca ..... RSTJ 192/584
18.286-0-PR ..... Rel. Min. Eliana Calmon ..... RSTJ 192/298

Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg na APn	Agravo Regimental na Ação Penal
AgRg na AR	Agravo Regimental na Ação Rescisória
AgRg na ExSusp	Agravo Regimental na Exceção de Suspeição
AgRg na ExVerd	Agravo Regimental na Exceção da Verdade
AgRg na MC	Agravo Regimental na Medida Cautelar
AgRg na NC	Agravo Regimental na Notícia-Crime
AgRg na Pet	Agravo Regimental na Petição
AgRg na Rcl	Agravo Regimental na Reclamação
AgRg na Rp	Agravo Regimental na Representação
AgRg na RvCr	Agravo Regimental na Revisão Criminal
AgRg na SS	Agravo Regimental na Suspensão de Segurança
AgRg no Ag	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg no Ag no RE	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário
AgRg no Ag no RE na MC	Agravo Regimental no Agravo no Recurso Extraordinário na Medida Cautelar
AgRg no AgRg na MC	Agravo Regimental no Agravo Regimental na Medida Cautelar
AgRg no AgRg na Rcl	Agravo Regimental no Agravo Regimental na Reclamação
AgRg no Ag Rg no Ag	Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg no AgRg no REsp	Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial
AgRg no AgRg nos EDcl no REsp	Agravo Regimental no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
AgRg no CAt	Agravo Regimental no Conflito de Atribuições
AgRg no CC	Agravo Regimental no Conflito de Competência
AgRg no HC	Agravo Regimental no **Habeas Corpus**
AgRg no Inq	Agravo Regimental no Inquérito
AgRg no IExec no MS	Agravo Regimental no Incidente de Execução no Mandado de Segurança
AgRg no MI	Agravo Regimental no Mandado de Injunção
AgRg no MS	Agravo Regimental no Mandado de Segurança

AgRg no Prc	Agravo Regimental no Precatório
AgRg no RE no Ag	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Agravo de Instrumento
AgRg no RE no HC	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no **Habeas Corpus**
AgRg no RE no MS	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Mandado de Segurança
AgRg no RE no REsp	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Recurso Especial
AgRg no RE no RMS	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Recurso em Mandado de Segurança
AgRg no REsp	Agravo Regimental no Recurso Especial
AgRg no RHC	Agravo Regimental no Recurso em **Habeas Corpus**
AgRg no RMS	Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança
AgRg nos EDcl na MC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar
AgRg nos EDcl na Rcl	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação
AgRg nos EDcl no Ag	Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento
AgRg nos EDcl no AgRg no Ag	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg nos EDcl no CC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Conflito de Competência
AgRg nos EDcl no HC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no **Habeas Corpus**
AgRg nos EDcl no REsp	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
AgRg nos EDcl no RHC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso em **Habeas Corpus**
AgRg nos EDcl nos EAgRg no Ag	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
AgRg nos EREsp	Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial
AgRg nos ERMS	Agravo Regimental nos Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança

AI no RMS	Argüição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Anel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei
DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl na AI no RMS	Embargos de Declaração na Argüição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl na APn	Embargos de Declaração na Ação Penal
EDcl na AR	Embargos de Declaração na Ação Rescisória
EDcl na IF	Embargos de Declaração na Intervenção Federal
EDcl na MC	Embargos de Declaração na Medida Cautelar
EDcl na Pet	Embargos de Declaração na Petição
EDcl na Rcl	Embargos de Declaração na Reclamação
EDcl na Rp	Embargos de Declaração na Representação
EDcl no Ag	Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento

EDcl no AgRg na APn	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Ação Penal
EDcl no AgRg na AR	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Ação Rescisória
EDcl no AgRg na Pet	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Petição
EDcl no AgRg na Rcl	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Reclamação
EDcl no AgRg na SS	Embargos de Declaração no Agravo Regimenntal na Suspensão de Segurança
EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg no AgRg na MC	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo Regimental na Medida Cautelar
EDcl no AgRg no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg no RE no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg no REsp	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial
EDcl no AgRg no AgRg nos	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo
EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp	Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial
EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg no RE no Ag	Embargo de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Agravo de Instrumento

EDcl no AgRg nos EREsp	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial
EDcl no CAt	Embargos de Declaração no Conflito de Atribuições
EDcl no CC	Embargos de Declaração no Conflito de Competência
EDcl no HC	Embargos de Declaração no **Habeas Corpus**
EDcl no MS	Embargos de Declaração no Mandado de Segurança
EDcl no REsp	Embargos de Declaração no Recurso Especial
EDcl no RHC	Embargos de Declaração no Recurso em **Habeas Corpus**
EDcl no RMS	Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl nos EDcl na IF	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração na Intervenção Federal
EDcl nos EDcl no Ag	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento
EDcl nos EDcl no AgRg na Pet	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Petição
EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial
EDcl nos EDcl no AgRg no REsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial
EDcl nos EDcl no REsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
EDcl nos EDcl no RMS	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no RMS	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl nos EREsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Recurso Especial

EJSTJ	Ementário de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
El	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
HC	**Habeas Corpus**
HD	**Habeas Data**
IExec na APn	Incidente de Execução na Ação Penal
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ no AgRg no Ag	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
IUJ no REsp	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso Especial
IUJ no RMS	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso em Mandado de Segurança
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt em HC	Pedido de Extensão em **Habeas Corpus**
PExt no REsp	Pedido de Extensão no Recurso Especial
PExt no RHC	Pedido de Extensão no Recurso em **Habeas Corpus**
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO na Apn	Questão de Ordem na Ação Penal
QO no Ag	Questão de Ordem no Agravo de Instrumento

QO no REsp	Questão de Ordem no Recurso Especial
QO no RMS	Questão de Ordem no Recurso em Mandado de Segurança
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RE	Petição de Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em **Habeas Corpus**
RHD	Petição de Recurso Ordinário em **Habeas Data**
RMI	Petição de Recurso Ordinário em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
SF	Senado Federal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
SS	Suspensão de Segurança
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário

Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S/A – Portaria n. 1, de 19.08.1985 – DJ de 21.08.1985 ..... n. 01

Revista de Direito Administrativo – editada pela Editora Renovar Ltda – Portaria n. 2, de 19.08.1985 – DJ de 21.08.1985. ..... n. 02

Revista LTr – Legislação do Trabalho e Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda – Portaria n. 5, de 26.08.1985 – DJ de 28.08.1985 ..... n. 03

Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio – editada pela Juruá Editora Ltda – Portaria n. 6, de 09.09.1985 – DJ de 12.09.1985. ..... n. 04

Julgados dos Tribunais Superiores – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda – Portaria n. 7, de 06.11.1987 – DJ de 10.11.1987 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 06.03.2001 – DJ de 09.03.2001 ..... .n. 05

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – Portaria n. 1, de 29.11.1989 – DJ de 1º.12.1989 ..... n. 06

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Portaria n. 1, de 08.02.1990 – DJ de 12.02.1990. ..... n. 07

Revista Jurídica Mineira – Portaria n. 3, de 02.04.1990 – DJ de 04.04.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 13.05.1999 – DJ de 04.06.1999 ..... n. 08

Revista Jurídica – editada por Notadez Informação Ltda – Portaria n. 4, de 02.04.1990 – DJ de 04.04.1990.. ..... n. 09

Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – Portaria n. 5, de 02.05.1990 – DJ de 09.05.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 16.11.2000 – DJ de 24.11.2000 ..... n. 10

Revista de Processo – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 6, de 31.05.1990 – DJ de 06.06.1990.. ..... n. 11

Revista de Direito Civil – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 7, de 31.05.1990 – DJ de 06.06.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 06.06.2000 – DJ de 09.06.2000 ..... n. 12

Revista dos Tribunais – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 8, de 31.05.1990 – DJ de 06.06.1990. ..... n. 13

Revista de Direito Público – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 9, de 31.05.1990 – DJ de 06.06.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 11.06.2001 – DJ de 19.06.2001. ..... n. 14

Revista Ciência Jurídica – editada pela Editora Nova Alvorada Edições Ltda – Portaria n. 10, de 21.08.1990 – DJ de 24.08.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2,de 04.07.2003 – DJ de 14.07.2003. ..... n. 15

Revista Jurisprudência Mineira – editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 12, de 10.09.1990 – DJ de 12.09.1990. ..... n. 16

Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 13, de 17.12.1990 – DJ de 19.12.1990. ..... n. 17

Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Portaria n. 1, de 22.05.1991 – DJ de 27.05.1991. ..... n. 18

Revista Síntese Trabalhista – editada pela Editora Síntese Ltda – Portaria n. 3, de 16.09.1991 – DJ de 20.09.1991. ..... n. 19

Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo – editada pela Lex Editora S/A – Portaria n. 1, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992 ..... n. 20

Jurisprudência do Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S/A – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ de 13.03.1992 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000 ..... n. 21

Lex – Jurisprudênca do Supremo Tribunal Federal – editada pela Lex Editora S/A – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ de 13.03.1992. ..... n. 22

Revista de Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda – Portaria n. 4, de 20.04.1992 – DJ de 24.04.1992. ..... n. 23

Revista Forense – editada pela Editora Forense – Portaria n. 5, de 22.06.1992 – DJ de 06.07.1992. ..... n. 24

Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda – Portaria n. 6, de 06.11.1992 – DJ de 10.11.1992. – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 04.07.2003 – DJ de 14.07.2003 ..... n. 25

Série – Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda – Portaria n. 1, de 18.02.1993 – DJ de 25.02.1993 ..... n. 26

Revista Ata – Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 2, de 11.02.1994 – DJ de 18.02.1994 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 04.05.1999 – DJ de 18.05.1999 ..... n. 27

Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – editada pela Livraria do Advogado Ltda – Portaria n. 3, de 02.03.1994 – DJ de 07.03.1994. ..... n. 28

Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 4 ,de 15.06.1994 – DJ de 17.06.1994. ..... n. 29

Genesis – Revista de Direito do Trabalho – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 5, de 14.09.1994 – DJ de 16.09.1994..... ..... n. 30

Decisório Trabalhista – editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda – Portaria n. 6, de 02.12.1994 – DJ de 06.12.1994. ..... n. 31

Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo – Portaria n. 1, de 18.12.1995 – DJ de 20.12.1995. ..... n. 32

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Portaria n. 1, de 11.04.1996 – DJ de 22.04.1996. ..... n. 33

Lex – Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos – editada pela Lex Editora S/A – Portaria n. 2, de 29.04.1996 – DJ de 02.05.1996. ..... n. 34

Revista de Direito Renovar – editada pela Editora Renovar Ltda – Portaria n. 3, de 12.08.1996 – DJ de 15.08.1996. ..... n. 35

Revista Dialética de Direito Tributário – editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda – Portaria n. 1, de 16.06.1997 – DJ de 23.06.1997 ..... n. 36

Revista do Ministério Público – Portaria n. 1, de 26.10.1998 – DJ de 05.11.1998 ..... n. 37

Revista Jurídica Consulex – Portaria n. 1, de 04.02.1999 – DJ de 23.02.1999 – **Registro cancelado** (a pedido) – Portaria n. 1, de 06.03.2001 – DJ de 09.03.2001. ..... n. 38

Genesis – Revista de Direito Processual Civil – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 2, de 12.04.1999 – DJ de 15.04.1999. ..... n. 39

Jurisprudência Brasileira Criminal – editada pela Juruá Editora Ltda – Portaria n. 6, de 14.06.1999 – DJ de 22.06.1999. ..... n. 40

Jurisprudência Brasileira Trabalhista – editada pela Juruá Editora Ltda – Portaria n. 7, de 14.06.1999 – DJ de 22.06.1999 ..... n. 41

Revista de Estudos Tributários – editada pela Editora Síntese Ltda – Portaria n. 8, de 14.06.1999 – DJ de 22.06.1999 ..... n. 42

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda – Portaria n. 10, de 29.06.1999 – DJ de 05.07.1999 – Registro cancelado – Portaria n. 1, de 23.08.2004 – DJ de 26.08.2004 ..... n. 43
Revista Interesse Público – editada por Notadez Informação Ltda – Portaria n. 1, de 14.03.2000 – DJ de 21.03.2000. ..... n. 44
Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil – editada pela Editora Síntese Ltda – Portaria n. 2, de 14.03.2000 – DJ de 21.03.2000 ..... n. 45
Revista Brasileira de Direito de Família – editada pela Editora Síntese – Portaria n. 3, de 29.03.2000 – DJ de 03.04.2000 ..... n. 46
Revista ADCOAS Previdenciária – editada pela Editora Esplanada Ltda – ADCOAS – Portaria n. 5, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000. ..... n. 47
Revista ADCOAS Trabalhista – editada pela Editora Esplanada Ltda – ADCOAS – Portaria n. 6, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 ..... n. 48
Revista de Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda – ADCOAS – Portaria n. 7, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 ..... n. 49
Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal – editada pela Editora Síntese Ltda – Portaria n. 6, de 06.03.2001 – DJ de 09.03.2001. ..... n. 50
Revista Tributária e de Finanças Públicas – editada pela Editora Revista dos Tribunais – Portaria n. 4, de 11.06.2001 – DJ de 19.06.2001 ..... n. 51
Revista Nacional de Direito e Jurisprudência – editada pela Editora Nacional de Direito Livraria Editora Ltda – Portaria n. 1, de 08.04.2002 – DJ de 02.05.2002 ..... n. 52
Revista do Tribunal Regional Federal 5ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Portaria n. 2, de 23.04.2002 – DJ de 02.05.2002 ..... n. 53
Revista Dialética de Direito Processual – editada pela Editora Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda – Portaria n. 1, de 30.06.2003 – DJ de 07.07.2003 ..... n. 54
Revista Júris Plenum – editada pela Editora Plenum Ltda – Portaria n. 1, de 23.05.2005 – DJ de 30.05.2005 ..... n. 55

ISSN 0103-4286