

Jurisprudência da Corte Especial

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 595.099-RS (2004/0133272-0)**

Relator: Ministro Felix Fischer
Embargante: Estado do Rio Grande do Sul
Procuradores: Paulo César Klein e outros
Embargada: Miranda e Quadros Ltda
Advogado: Ivogacy Nascimento da Silveira

EMENTA

Embargos de divergência. Execução. Penhora. Boxe de estacionamento. Penhorabilidade.

O boxe de estacionamento, identificado como unidade autônoma em relação à residência do devedor, tendo, inclusive, matrícula própria no registro de imóveis, não se enquadra na hipótese prevista no art. 1º da Lei n. 8.009/1990, sendo, portanto, penhorável.

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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sr^a. Ministra Eliana Calmon e os votos dos Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Luiz Fux, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves e Carlos Alberto Menezes Direito, por unanimidade, preliminarmente, conhecer dos embargos de divergência e, no mérito, por maioria, acolher, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Luiz Fux, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Ari Pargendler, José Delgado e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Francisco Falcão, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki, Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 2 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O Estado do Rio Grande do Sul interpôs embargos de divergência contra v. acórdão prolatado pela Segunda Turma, cuja ementa restou assim definida:

“Execução fiscal. Vaga de garagem de apartamento. Penhora. Bem de família. Impenhorabilidade. Pretendida reforma. Recurso especial conhecido, mas improvido.

É comezinho que o Superior Tribunal de Justiça, guardião do direito federal, ao examinar a correta aplicação de uma legislação, não deve fazê-lo de modo a desprezar as demais normas que regem a matéria. Assim, é de rigor cotejar o disposto na Lei n. 8.009/1990 com os ditames que regulam o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias (Lei n. 4.591, de 16.12.1964). Esse mandamento legal, com a redação dada pela Lei n. 4.864, de 29.11.1965, prevê que o direito de guarda de veículos nas vagas de garagem “poderá ser transferido a outro condômino, independentemente da alienação da unidade a que corresponder, vedada sua transferência a pessoas estranhas ao condomínio” (§ 2º).

A exigência, inserida na Lei de Condomínio, veio a lume para conter abusos por parte de alguns incorporadores que alienavam unidade residencial com direito à garagem e depois esta não era encontrada no solo. A matrícula imobiliária das vagas, distinta do apartamento, tutela com mais eficácia o interesse dos condôminos. Mas, porém, na prática, a autonomia conferida pela norma legal não corresponde à autonomia orgânica.

A respeito do tema em comento, já se posicionou o douto Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no sentido de que “há um elemento indispensável para manter a garagem, no caso, sob o regime tutelar do bem de família que é a impossibilidade de negócio em separado”. Em outro passo, adverte o ilustre Magistrado que, “em muitos condomínios é vedada a utilização da garagem por quem não é condômino, com o que sequer é possível o aluguel da mesma para pessoa estranha ao condomínio. Sem dúvida, em se tratando de imóvel residencial, a garagem adere ao principal, não sendo, a meu sentir, possível apartá-la para efeito da incidência da Lei n. 8.009/1990.” (cf. REsp n. 222.012-SP, DJ 24.04.2000)

Não custa lembrar que os titulares de bem de família, na propriedade horizontal, acabariam por ter tratamento diferenciado para pior em relação aos de imóveis não-condominiais.

Recurso especial conhecido, mas improvido.” (Fls. 89/90)



O embargante aponta divergência jurisprudencial com v. acórdão prolatado pela Terceira Turma, qual seja, REsp n. 311.408-SC, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 1º.10.2001, que, em situação similar a do v. acórdão embargado, teria divergido deste. Sustenta, em suma, ser possível a penhora de vaga de garagem em condomínio residencial, por não estar amparada pela Lei n. 8.009/1990.

Admitidos os embargos (fl. 113), não foi apresentada impugnação. (Fl. 118)
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A *quaestio* trazida à baila nos presentes embargos de divergência diz respeito à possibilidade de penhora de boxe de estacionamento em condomínio residencial.

Sobre a impenhorabilidade do bem de família e o seu alcance, assim dispôs o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.009/1990:

“A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.”

In casu, o boxe de garagem é identificado como unidade autônoma em relação à residência do devedor, tendo, inclusive, matrícula própria no registro de imóveis (fl. 16). Não há, portanto, como enquadrar o referido bem nas hipóteses previstas no dispositivo legal transcrito.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

“Civil e Processual. Execução. Bem de família. Vaga de garagem em condomínio vertical, com matrícula própria. Impenhorabilidade afastada. Lei n. 8.009/1990, art. 1º. Exegese.

I - O entendimento pacificado na Segunda Seção do STJ é no sentido de que pode ser objeto de penhora a vaga de garagem que possua inscrição própria no Registro de Imóveis, portanto diversa do apartamento onde residem os executados, apenas este considerado como bem de família e protegido pela Lei n. 8.009/1990.

II - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 582.044-RS, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 29.03.2004)

“Processual Civil. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Execução. Garagem. Matrícula própria. Penhora. Possibilidade.

1. Não decidida pelo Tribunal de origem matéria suscitada no especial, ressoante-se o recurso do necessário prequestionamento.

2. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, a garagem que tem matrícula e registro próprios pode ser objeto de constrição, não se lhe aplicando a impenhorabilidade da Lei n. 8.009/1990, tampouco afigurando-se como empecilho eventual convenção de condomínio, assegurando exclusividade de uso aos condôminos. Inteligência do art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei n. 4.591/1964.

3. Recursos especiais não conhecidos.” (REsp n. 316.686-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 29.03.2004)

“Execução. Penhora de vaga de garagem. Admissibilidade.

Tendo em vista a natureza autônoma da vaga de garagem com registro e matrícula própria, é possível sua penhora. Precedentes.

Recurso parcialmente conhecido, mas improvido.” (REsp n. 541.696-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 28.10.2003)

“Civil. Garagem. Se a garagem tem matrícula própria no Registro de Imóveis, não está alcançada pelo art. 1º da Lei n. 8.009, de 1990. Jurisprudência pacificada no âmbito da Segunda Seção. Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag n. 453.085-SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 16.12.2002)

“Execução. Penhora. Vaga de garagem.

I - As vagas de garagem de apartamento residencial, individualizadas como unidades autônomas, com registros individuais e matrículas próprias, podem ser penhoradas, não se enquadrando na hipótese prevista no art. 1º da Lei n. 8.009/1990.

II - Recurso especial conhecido, mas desprovido.” (REsp n. 311.408-SC, Terceira Turma, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 1º.10.2001)

“Execução. Penhora. Boxe de estacionamento. Penhorabilidade.

O boxe de estacionamento, identificado como unidade autônoma em relação à residência do devedor, tendo, inclusive, matrícula própria no registro de imóveis, não se enquadra na hipótese prevista no art. 1º da Lei n. 8.009/1990, sendo, portanto, penhorável.

Recurso desprovido.” (REsp n. 205.898-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 1º.07.1999)

“Execução. Impenhorabilidade. Lei n. 8.009, de 23.03.1990. Vaga de garagem.



O boxe de estacionamento, quando individualizado como unidade autônoma no Registro de Imóveis (art. 2º, §§ 1º 2º, da Lei n. 4.591, de 16.12.1964), é suscetível de penhora sem as restrições apropriadas ao imóvel de moradia familiar. Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 182.451-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 14.12.1998)

Pelo exposto, acolho os embargos de divergência.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Srª. Ministra Eliana Calmon: O presente recurso tem como Relator o Ministro Felix Fischer que em judicioso voto conheceu dos embargos de divergência e lhes deu provimento.

O tema central da controvérsia desenvolveu-se em torno de duas teses jurídicas antagônicas: a constante do acórdão impugnado, oriundo da Segunda Turma relatado pelo Ministro Franciulli Netto, proclamando a impenhorabilidade do bem objeto da constrição, por tratar-se de bem de família, consubstanciado em uma garagem com matrícula independente e registro próprio, dissociado da unidade residencial pertencente a seu proprietário; a retratada no acórdão paradigma, oriundo da Terceira Turma, relatado pelo Ministro Pádua Ribeiro, considerando que o box garagem quando independente da unidade residencial e com matrícula própria é penhorável e não integra a unidade residencial que se tornou impenhorável por ser bem de família.

Como o Relator, concluí que deve ser o recurso conhecido, porque configurado está o confronto. Aliás, há no âmbito desta Corte divergência de entendimento sobre o tema.

Entendem ser a garagem indissociável da unidade residencial, para efeito de penhora, posição que acompanha o entendimento do acórdão impugnado alguns poucos julgados relatados pelos Ministros Franciulli Netto — REsp n. 595.099 e Carlos Alberto Menezes Direito — REsp n. 222.012, o qual mantém posição bem definida e extremada, para não aceitar a penhora de garagem, independentemente da unidade residencial, mesmo quando é ela independente e com matrícula própria. Disse Sua Excelência no precedente aqui referido: “A garagem de apartamento residencial, embora com matrícula própria, não pode ser penhorada, estando sob a proteção da Lei n. 8.009/1990”.

A grande maioria dos julgados, diferentemente, aceita a penhora autônoma das garagens, quando a mesma tem matrícula independente. Neste sentido são os

Recursos Especiais ns. 316.686, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 541.696, Relator Ministro César Asfor Rocha, 311.408, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 205.898, Relator Ministro Felix Fischer, 32.284, Relator Ministro Ari Pargendler, 23.420, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, 182.451, Relator Ministro Barros Monteiro e 582.044, Relator Ministro Aldir Passarinho.

Na espécie em julgamento o bem penhorado é um box garagem com matrícula independente e autônoma da unidade residencial.

Diante da posição jurisprudencial da Corte, acompanho o Relator, conhecendo, e provendo o recurso.

É o voto.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator porque a regra é sempre no sentido de que a impenhorabilidade é a exceção.

No caso, tratamos de lei que regula o bem de família, cuja razão de ser é a proteção da habitação familiar, no sentido de que a vaga de garagem não é servil a esse desígnio legal.

Conheço dos embargos de divergência e os acolho.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sr. Presidente, peço vênia para ficar vencido. Acompanho o voto proferido pelo Sr. Ministro Franciulli Netto. Já tenho o meu entendimento. Mesmo no caso do paradigma que foi apresentado, fiquei vencido no âmbito da Turma no sentido de que, no caso, não haveria como desvincular a vaga do bem de família, porque, em muitos condomínios, e acontece freqüentemente, a vaga está umbilicalmente ligada à unidade, não podendo sequer ser comercializada. Por essa razão, ao meu sentir, não caberia essa dissociação.

Peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para permanecer com a minha posição originária. Fico vencido.

Conheço dos embargos de divergência, mas lhes nego provimento.



Jurisprudência da Primeira Seção

**AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA
N. 33.052-SP (2001/0097520-7)**

Relator: Ministro Humberto Martins
Agravante: Ministério Público Federal
Procuradores: Moacir Guimarães Morais Filho e outros
Agravado: R. decisão de fls. 27/29
Interessada: Fazenda Nacional
Procuradores: Sandro Gomes Naegele de Abreu e outros
Interessado: Interior Representações S/C Ltda

EMENTA

Processo Civil. Agravo regimental. Execução fiscal. Conflito negativo de competência — não-localização de pessoa jurídica executada no endereço indicado. Declinação da competência para o endereço do sócio responsável. Impossibilidade. Competência territorial só argüida por meio de exceção. Precedentes.

1. Na linha dos precedentes desta Corte, a competência se estabelece no momento da propositura da ação. (Arts. 87 e 578 do CPC).

2. Não há distinção a ser feita apenas por se tratar de execução fiscal movida em face de pessoa jurídica não encontrada no endereço indicado para citação.

3. Não pode a execução ser redirecionada de ofício ou a requerimento da exeqüente para o domicílio de representante legal da executada.

4. Competência territorial, que é relativa, só se altera com ação declinatória de foro (art. 112 CPC) a ser movida pelo executado. Leitura dos Verbetes ns. 33 e 58-STJ.

5. Permanece competente o juízo suscitado, onde a ação foi inicialmente proposta.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, José Delgado, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, a Sr^a. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJ 02.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo Federal da 10^a Vara de Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado de São Paulo em face do Juízo Federal da 3^a Vara de Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado Paraná, nos autos de execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional contra Interior Representações S/C Ltda.

Assevera o Juízo suscitante (fl. 17) que não foi obtido êxito na citação da executada, porquanto não encontrada em endereço indicado, situado na Seção Judiciária do Juízo suscitado. Daí porque requereu a exequente fosse efetivada a citação na pessoa do representante legal da devedora, que reside na comarca do Juízo suscitante.

Sustenta ainda o Juízo suscitante (fls. 17/18) que exsurgiu a *perpetuatio jurisdictiones* quando da propositura da ação, de maneira que seria vedado o declínio de competência territorial do modo como feito à fl. 15.

A Subprocuradoria Geral da República, por sua vez, manifestou-se pela competência do Juízo suscitante aos argumentos de que, assim, a execução seria processada da maneira menos gravosa para o executado, e que o representante da empresa não está sujeito ao art. 87 do Código de Processo Civil, porque ainda não era parte da relação jurídica processual no instante da propositura da ação. (Fls. 21/25)

Atribuído que foi inicialmente o referido conflito de competência à relatoria do saudoso Ministro Franciulli Netto, houve ele por bem declarar competente o Juízo suscitado (3^a Vara de Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado Paraná), com base em precedentes da Corte. (Fls. 27/29)

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs agravo interno (fls. 34/40), ao argumento de que “a teor da norma contida no art. 578, do Código de Processo Civil, a própria decisão reconhece, explicitamente, ser possível a modificação do foro executório em razão do interesse público intrínseco da parte credora (...).”



Asseverou ainda o *Parquet* não ser o caso de aplicação do Verbete n. 33 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, e que incide também a regra do art. 620 do Código de Processo Civil que aduz dever a execução correr pelo modo menos gravoso ao credor.

Pugna pela reforma da r. decisão de fls. 27/29.

Os autos a mim foram redistribuídos em 03.07.2006.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Inicialmente, conheço do recurso por preencher seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos.

Passo ao mérito recursal.

A respeitosa decisão agravada deve prevalecer.

A alegação do Ministério Público Federal não encontra guarida nesta Corte, uma vez que proposta execução fiscal fora do domicílio do executado, “só este poderá recusar o juízo, mediante exceção *declinatoria fori*” (CC n. 1.499-SP, Ministro Ilmar Galvão, DJ 18.02.1991). Pois se trata de competência territorial, que só poderá ser afastada pelo executado, com a utilização da exceção de competência. (Art. 112 CPC).

Cabe ponderar que, apenas por se tratar de execução fiscal, não há exceção à regra da perpetuação da jurisdição consubstanciada no art. 87 do Código de Processo Civil.

A competência, mesmo em sede de executivo fiscal, é estabelecida no momento da propositura da ação, de modo a incidir analogicamente o Verbete n. 58 da Súmula desta Corte, que substituiu o Verbete n. 189 do extinto Tribunal Federal de Recursos e assim estabelece: “proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada.”

O pensamento alinhavado na decisão agravada é idêntico. Confira-se:

“Com efeito, proposta a execução fiscal no juízo suscitado, restou determinada a competência desse foro, a teor do comando inserto no art. 578, parágrafo único do estatuto processual civil.

Colocada a questão nesses termos, cumpre uma vez mais recorrer ao preciso magistério de Araken de Assis ao dilucidar que ‘instituída a competência atendendo às conveniências do credor, a presença do interesse público, imanente à própria parte (Fazenda Pública), não torna absoluta a

competência' (*op. cit.*, p. 203). Daí decorre que, se a competência, *in specie*, não é absoluta, mas relativa.

A título de reforço, merece ser trazido à colação v. aresto exarado pelo ilustre Ministro Ari Pargendler, quando do julgamento do Conflito de Competência n. 17.596-MS, DJ 02.09.1995, cuja ementa está assim vazada:

‘Conflito de competência. Execução fiscal. Competência relativa. A regra de que a execução fiscal deve ser processada no domicílio do réu constitui espécie de competência relativa, que não pode ser declinada de ofício (...)’.

Dessa feita, não oposta exceção, é defeso ao magistrado determinar a remessa dos autos, *ex officio*, a outro Juízo, consoante matéria já sedimentada pela Súmula n. 33 deste Sodalício (‘A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício’) e Súmula n. 58 (‘Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do devedor não desloca a competência já fixada’).

Trilhando esse pensar, podem ser lembrados, entre outros, os seguintes julgados: Conflito de Competência n. 39.122-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 30.06.2003; Conflito de Competência n. 37.973-RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 1^a.07.2003; Conflito de Competência n. 37.543-SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 04.02.2003; Conflito de Competência n. 35.906-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 25.10.2002, e Conflitos de Competência ns. 33.773-AP e 33.774-AP, ambos relatados por este subscritor.” (Fls. 28/29)

Recentemente, a Primeira Seção, à unanimidade de votos, assim pontuou:

“Conflito de competência. Execução fiscal. Alteração do endereço da executada. Incompetência relativa. Declaração de ofício.

Impossibilidade. Súmulas ns. 33 e 58-STJ. Competência do juízo federal onde foi proposta a demanda.

1. O art. 578 do Código de Processo Civil estabelece que a execução fiscal será ajuizada no foro do domicílio do réu. Não obstante isso, cumpre ressaltar que a competência territorial é relativa, e, portanto, só poderia a incompetência ser argüida por meio de exceção (CPC, art. 112).

2. Feita a escolha e ajuizada a ação, ficou definida a competência do Juízo Federal da 2^a Vara da Seção Judiciária do Estado de Tocantins (CPC, art. 87), não podendo ser reconhecida *ex officio* eventual incompetência do Juízo, nos termos do enunciado da Súmula n. 33-STJ.



3. Além disso, segundo o entendimento consolidado com a edição da Súmula n. 58-STJ, 'proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada'.

4. Ressalta-se que, em relação à análise de conflitos de competência, o Superior Tribunal de Justiça exerce jurisdição sobre as Justiças Estadual, Federal e Trabalhista, nos termos do art. 105, I, **d**, da Carta Magna. Desse modo, invocando os princípios da celeridade processual e economia processual, esta Corte Superior pode definir a competência e determinar a remessa dos autos ao juízo competente para a causa, mesmo que ele não faça parte do conflito." (CC n. 47.761-PR, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 19.12.2005).

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Tocantins, onde foi ajuizada a execução fiscal." (CC n. 53.750-TO, Relator Ministro Denise Arruda, DJ 15.05.2006).

Nesse sentido, improcedentes as razões do Ministério Público Federal, uma vez que somente o executado poderá oferecer exceção de incompetência (art. 112 CPC) se entender pertinente; não pode nem a União nem o Juízo suscitado, alterá-la *sonte propria*.

Remanesce competente, para julgar e processar o feito, por ora, o Juízo da 3ª Vara de Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado Paraná, o suscitado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 485.969-SP (2005/0152163-1)**

Relator: Ministro José delgado

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: Município de São Bernardo do Campo

Procuradores: Adriana Bueno Zular e outros

EMENTA

Processual Civil, Administrativo e Constitucional. Embargos de divergência. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público.

Direito constitucional à creche, aos menores de zero a seis anos. Obrigação de fazer. Exigibilidade em juízo. Precedentes desta Corte e do colendo STF

1. O acórdão embargado reconheceu, *ex officio*, a ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor, visto que, na referida ação, atua o *Parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional, configurando a ilegitimidade quando a escolha se dá na proteção de um único menor.

2. “Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário”. (AgRg no RE n. 463.210-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 03.02.2006)

3. “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF,



art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.” (AgRg no RE n. 410.715-SP Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 03.02.2006)

4. Legitimidade ativa do Ministério Público reconhecida.
5. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF
6. Embargos de divergência conhecidos e providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. A Sr^a. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 11.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Ministério Público Federal intenta embargos de divergência para discutir acórdãos da egrégia Segunda Turma desta Corte, da lavra da eminente Ministra Eliana Calmon, assim ementados:

“Processo Civil. Ação civil pública: legitimidade do Ministério Público. Nulidade absoluta não argüida. Limites do recurso especial.

1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas.

2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas *ex officio*, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula n. 456-STF).

3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 87 da Lei n. 9.393/1996, ensejando o reconhecimento *ex officio* da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.

4. Na ação civil pública atua o *Parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de um único menor para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não substituto processual.

6. Recurso especial provido.”

“Processual Civil. Embargos de declaração. Efeito infringente.

1. Prestação jurisdicional devidamente entregue, visto que o Tribunal não está obrigado a responder questionários formulados pelas partes.

2. Inexistente qualquer hipótese do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração com caráter infringente.

3. Embargos de declaração rejeitados.”

A embargante afirma que o mencionado aresto divergiu de outros, quais sejam: REsp n. 467.160-SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi; REsp n. 600.532-DF, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti; REsp n. 662.033-RS, Primeira Turma, deste Relator, no sentido oposto à decisão embargada.

Distribuídos inicialmente ao insigne Ministro Barros Monteiro, este proferiu o seguinte despacho:

“(…)

Destaco que a competência para apreciar os embargos de divergência com relação ao julgado proveniente da Primeira Turma é da colenda Primeira Seção.



Com relação aos demais julgados, não se encontra evidenciada a dissidência pretoriana.

Primeiro, porque não foram observadas as exigências previstas nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, porquanto deixou o recorrente de mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados de modo a evidenciar a divergência.

Segundo, porque são distintas as molduras fáticas dos julgados em confronto. Quanto ao paradigma da Terceira Turma, o recurso foi conhecido e provido por afronta ao art. 535 do CPC, o Acórdão embargado, por sua vez, conheceu do recurso especial por afronta ao art. 535 do CPC, porém acolheu preliminar de ilegitimidade de parte, o que prejudicou eventual provimento do recurso quanto ao art. 535 do CPC. O REsp n. 600.532-DF, por sua vez, refere-se à existência de julgamento *extra petita*, que mesmo sendo questão de ordem pública, não pode ser apreciada sem que tenha havido o prequestionamento da matéria, enquanto que, neste caso, trata-se de ilegitimidade de parte que, como condição da ação, pode ser apreciada de ofício.

Ante o exposto, indefiro liminarmente os embargos com fundamento no art. 266, § 3º, do RISTJ, e determino a remessa dos autos à colenda Primeira Seção para apreciação da divergência em relação ao julgado da egrégia Primeira Turma.”

A ementa do julgado da egrégia Primeira Turma registra:

“Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública. Cassação de liminar. Extinção do processo por ilegitimidade ativa. Fornecimento de medicamento, pelo estado, à criança hipossuficiente, portadora de doença grave. Obrigatoriedade. Afastamento das delimitações. Proteção a direitos fundamentais. Direito à vida e à saúde. Dever constitucional. Art. 7º, c.c. os arts. 98, I, e 101, V, do estatuto da criança e do adolescente. Arts. 5º, *caput*, 6º, 196 e 227, da CF/1988. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF

1. Recurso especial contra acórdão que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o qual ajuizou ação civil pública objetivando a proteção de interesses individuais indisponíveis (direito à vida e à saúde de criança ou adolescente), com pedido liminar para fornecimento de medicação (hormônio do crescimento recombinante TTO) por parte do Estado.

2. O art. 7º, c.c. os arts. 98, I, e 101, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dão plena eficácia ao direito consagrado na Carta Magna

(arts. 196 e 227), a inibir a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a menor necessitado, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização.

3. Pela peculiaridade do caso e, em face da sua urgência, há que se afastarem delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de qualquer ilegalidade a decisão que ordena que a Administração Pública dê continuidade a tratamento médico, psiquiátrico e/ou psicológico de menor.

4. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera pars*) é crucial para o próprio exercício da função jurisdicional, não devendo encontrar óbices, salvo no ordenamento jurídico.

5. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora e fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

6. A verossimilhança faz-se presente (as determinações preconizadas no Estatuto da Criança com o do Adolescente — Lei n. 8.069/1990, em seus arts. 7º, 98, I, e 101, V, em combinação com atestado médico indicando a necessidade do tratamento postergado). Constatação, também, da presença do *periculum in mora* (a manutenção do *decisum a quo*, determinando-se a suspensão do tratamento (fornecimento do medicamento), com risco de dano irreparável à saúde do menor). Se acaso a presente medida não for outorgada, poderá não mais ter sentido a sua concessão, haja vista a possibilidade de danos irreparáveis e irreversíveis ao menor.

7. Prejuízos irá ter o menor beneficiário se não lhe for concedida a liminar, visto que estará sendo usurpado no direito constitucional à saúde, com a cumplidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação



jurisdicional deve ser prestigiada pelo juiz, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

8. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

9. Recurso provido.”

Conhecida a divergência e devidamente intimada, a parte embargada restou silente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A matéria submetida a exame já foi apreciada pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal. No REsp n. 718.203-SP, julgado, à unanimidade, em 06.12.2005, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 13.02.2006, surgindo do julgado a seguinte ementa:

“Administrativo. Constitucional. Ação civil pública. *Legitimatío ad causam* do *Parquet*. Art. 127 da CF/1988. Arts. 7º, 200, e 201 da Lei n. 8.069/1990. Direito à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à proibição da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n. 248.889-SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129).

6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

7. Outrossim, a Lei n. 8.069/1990, nos arts. 7º, 200 e 201, consubstancia a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como “substituição processual”.

8. Impõe-se, contudo, ressalvar que a jurisprudência predominante do egrégio STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp n. 706.652-SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 18.04.2005; REsp n. 664.139-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 20.06.2005; e REsp n. 240.033-CE, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 18.09.2000).

9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores, de zero a seis anos, é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990): “Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.”



10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

12. A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise a afastar a garantia pétrea.

13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

18. O direito do menor à frequência em creche insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anússe, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: REsp n. 575.280-SP, desta relatoria p/ o acórdão, publicado no DJ 25.10.2004.

20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE n. 436.996-6-SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ 07.11.2005, decidiu *verbis*:



‘Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre

que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.’

21. Recurso especial provido.”

No voto que conduziu a ementa supra, o eminente Ministro Luiz Fux desenvolveu as seguintes fundamentações, *verbis*:

“Versam os autos, originariamente, Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando compelir o Município de Santo André a efetivar matrícula de criança, contando com três anos de idade à época do ajuizamento da ação, em creche municipal.

Como cediço, a ação civil pública está centrada na violação a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Hugo Nigro Mazilli, discorrendo sobre o tema da legitimidade do Ministério Público, afirma:

‘A possibilidade de o Ministério Público agir como autor no processo civil supõe autorização taxativa na lei, salvo as hipóteses de legitimação genérica nas ações civis públicas em defesa de interesses transindividuais.’
(*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 16ª ed., p. 90)

É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um micro-sistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

Deveras, é mister concluir que nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

In casu, segundo a jurisprudência predominante deste Sodalício, a hipótese não se amolda a interesse transindividual a legitimar a atuação do Ministério Público, mas apenas interesse material particular de menor. As decisões desta Corte neste sentido têm assentado que não se coaduna com



a ação civil pública, objeto mediato individual, mas tão-somente transindividual. À guisa de exemplo, vale conferir:

‘Processo Civil. Ação civil pública: legitimidade do Ministério Público. Nulidade absoluta não argüida. Limites do recurso especial.

1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas.

2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas *ex officio*, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula n. 456-STF).

3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 11, V, da Lei n. 9.394/1996, ensejando o reconhecimento *ex officio* da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.

4. Na ação civil pública atua o *Parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.

6. Recurso especial parcialmente provido.’ (REsp n. 706.652-SP Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 18.04.2005)

‘Processo Civil. Ação civil pública: legitimidade do Ministério Público. Nulidade absoluta não argüida. Limites do recurso especial.

(...) 3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 11, V, da Lei n. 9.394/1996, ensejando o reconhecimento *ex officio* da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.

4. Na ação civil pública atua o *Parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.

6. Recurso especial provido.’ (REsp n. 466.861-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 29.11.2004)

‘Ação civil pública. Ministério público. Legitimidade. Fornecimento de medicamentos. Menor. Carente.

1. Na esteira do art. 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a ‘orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV’. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.

3. Recurso especial improvido.’ (REsp n. 664.139-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 20.06.2005)

A despeito do posicionamento exarado nos recentes julgados, tenho que, à luz da dicção final do art. 127 da Carta Maior, legitimado está o Parquet, a demandar em prol de interesses indisponíveis como o que ora se afigura. Resta assim redigido o referido dispositivo:

‘Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.’

Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n. 248.889-SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: ‘É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.’ Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a



incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129).

O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

Outrossim, a Lei n. 8.069/1990, nos arts. 7º, 200 e 201, consubstancia a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como 'substituição processual', senão vejamos:

'Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.'

'Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica.'

'Art. 201. Compete ao Ministério Público:

(...)

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;'

Ultrapassadas as questões preliminares e feitas as considerações pertinentes, subjaz o exame de mérito do recurso especial.

O art. 208 da Constituição Federal garante o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, *verbis*:

'Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;'

Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996), no art. 4º, IV repetiu a garantia constitucional no afã de assegurar creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos, nos seguintes termos:

‘Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino.’

Muito embora a matéria pareça gravitar única e exclusivamente em sede constitucional, o que retiraria a competência do STJ para aferir a legitimidade da decisão recorrida no âmbito do recurso especial, a realidade é que a questão vem traçada no ECA (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 54, que assim dispõe:

‘Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade; (*omissis*).’

Ora, se é dever do Estado, é direito subjetivo da criança.

Deveras, em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

De tudo quanto se alegou, revela notável seriedade a questão da suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração.

Sob esse ângulo, não nos parece correta a alegada discricionariedade do administrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vinculada, inadmitindo-se qualquer exegese que vise a afastar a garantia pétrea.

Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitucionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da



República, não se poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância a categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente da promessa constitucional a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

Realmente, meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

Sobre o tema leciona Luís Roberto Barroso, in *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, 5ª ed., *litteris*:

‘(...) A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado mediante a garantia de ‘ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria’ (inciso I), bem como pelo ‘atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência...’ (inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos.

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando assim mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que ‘o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo’. O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual — dever do Estado configuram, na mesma sorte, direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas tão-somente ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao

comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insusceptível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva' (p. 115).

Entretanto, quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.

Afastada assim a ingerência entre os poderes, o judiciário atacado de malferimento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal.

Assim, se é direito do menor a freqüência em creche, o Estado, num sentido lato deve desincumbir-se desse dever através da sua rede própria.

Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel.

Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano.

Ora, o Estado prometeu o direito à creche e cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade político e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi essa, no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País.

Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

Versando tema análogo, o STF legou princípio a que se deve manter vigília em hipóteses como essa, em que se exige o cumprimento dos deveres constitucionais mercê do respeito e harmonia entre os poderes:

'Mandado de segurança. Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República. Demissão qualificada. Admissibilidade do mandado de segurança. Preliminar rejeitada. Processo administrativo-disciplinar. Garantia do contraditório e da plenitude de defesa. Inexistência



de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial. Validade do ato demissório. Segurança denegada.

1. A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do Poder Estatal — como convém a uma sociedade democrática e livre — ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. é preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito conseqüencial, a interdição de seu exercício abusivo. (...)’ (MS n. 20.999, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 25.05.1990)

Deveras, colocar um menor numa fila de espera e atender a outros significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mas também ferir de morte a dignidade humana.

O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche a crianças entre zero e seis anos.

Nesse sentido confira-se julgado da Primeira Turma, no REsp n. 575.280-SP, desta relatoria p/ o acórdão, publicado no DJ 25.10.2004, *verbis*:

‘Direito constitucional à creche extensivo aos menores, de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do estatuto da criança e do adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.

1. O direito constitucional à creche extensivo aos menores, de zero a seis anos, é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei

Federal. 'É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.'

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o di-



reito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. O direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre

bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa ‘fila de espera’, quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12. Recurso especial provido.’

Deveras, o Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6-SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ 07.11.2005, decidiu *verbis*:

‘Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão



demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.

Sobre o *thema decidendum* destaque-se, pela juridicidade de suas razões, os fundamentos desenvolvidos pelo Ministro Celso de Mello, no voto condutor da decisão supracitada, *litteris*:

‘Decisão: O presente recurso extraordinário foi interposto contra decisão, que, proferida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fl. 189):

‘Embargos infringentes — Ação civil pública, objetivando matrícula de criança em creche municipal. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da Administração. Embargos rejeitados.’

A parte recorrente sustenta que o acórdão ora impugnado teria transgredido os preceitos inscritos nos arts. 208, IV, 211, § 2º, e 227, todos da Constituição da República.

O exame da presente causa convence-me da inteira correção dos fundamentos, que, invocados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, informam e dão consistência ao recurso extraordinário ora em julgamento.

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação — que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, *caput*) — qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, ‘às crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV).

O eminente Pinto Ferreira (Educação e Constituinte, *in Revista de Informação Legislativa*, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, expende magistério irrepreensível:

‘O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.’

Para Celso Lafer (*A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação — que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração — exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem:

‘(...) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo ‘welfare state’, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos — como o direito ao trabalho, à saúde, à educação — têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira



geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva ‘ex parte populi’, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...).’

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil — ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de ‘atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV) — não podem ser menosprezados pelo Estado, ‘obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência’ (Wilson Donizeti Liberati, *Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar*, in *Direito à Educação: Uma Questão de Justiça*, p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.

Cabe referir, neste ponto, a observação de Pinto Ferreira (*Educação e Constituinte* in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 92, p. 171/173), quando adverte — considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra — sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público:

‘O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...).’

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes

e responsáveis — notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola —, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Ao julgar a ADPF n. 45-DF, Relator Ministro Celso de Mello, proferi decisão assim ementada (Informativo-STF n. 345/2004):

‘Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).’

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam — enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) — com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Relator Ministro Celso de Mello).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1.212/1.213, Relator Ministro Celso de Mello), o Supremo Tribunal Federal:

‘Desrespeito à Constituição. Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público.



O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

(...)

A omissão do Estado — que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional — qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.’ (RTJ 185/794/796, Relator Ministro Celso de Mello, Pleno)

É certo — tal como observei no exame da ADPF n. 45-DF, Relator Ministro Celso de Mello (Informativo-STF n. 345/2004) — que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 5, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York; Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização — depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele — a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45-DF, Relator Ministro Celso de Mello, Informativo-STF n. 345/2004).

Cumprindo advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta observação de Regina Maria Fonseca Muniz (*O Direito à Educação*, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema — após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana — põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social



e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação.”

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil — que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) — tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada Maria Cristina de Brito Lima, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (*A Educação como Direito Fundamental*, 2003, Lumen Juris).

Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, ilustre Procuradora Regional da República (*Políticas Públicas — A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: ‘Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

(...)

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

(...)

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

(...)

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.’

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios — que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

As razões ora expostas convencem-me da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, seja em face das considerações que expendeu no presente recurso extraordinário, seja, ainda, em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte a diversas decisões, sobre o tema em análise, já proferidas no âmbito desta Suprema Corte (AI n. 455.802-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, AI n. 475.571-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, RE n. 401.673-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, RE n. 411.518-SP, Relator Ministro Marco Aurélio).

Cumprе destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro Marco Aurélio (RE n. 431.773-SP), no sentido de que, ‘Conforme preceitua o art. 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado — União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios — deve



aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa’.

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (Ana Maria Moreira Marchesan, *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa*, in RT n. 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário ‘às crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV).

Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo magistrado de primeira instância (fls. 73/76). Publique-se.’

Ex positis, dou provimento ao recurso especial.”

Registro mais os seguintes precedentes:

“Administrativo. Constitucional. Mandado de segurança. *Legitimitio ad causam* do *Parquet*. Art. 127 da CF/1988. Arts. 7º, 200, e 201 do da Lei n. 8.069/1990. Direito à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do estatuto da criança e do adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Cabimento e procedência.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n. 248.889-SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: ‘É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.’ Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129).

6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

7. Outrossim, a Lei n. 8.069/1990 no art. 7º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como ‘substituição processual’.



8. Impõe-se, contudo, ressaltar que a jurisprudência predominante do egrégio STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp n. 706.652-SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 18.04.2005; REsp n. 664.139-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Castro Meira, DJ 20.06.2005; e REsp n. 240.033-CE, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 18.09.2000).

9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores, de zero a seis anos, é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990): 'Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.'

10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há

discricionabilidade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

14. Afastada a tese descabida da discricionabilidade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revelasse essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias



sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa ‘fila de espera’, quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: REsp n. 575.280-SP, desta relatoria p/ o acórdão, publicado no DJ 25.10.2004.

20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE n. 436.996-6-SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ 07.11.2005, decidiu *verbis*:

‘Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.’

21. Recurso especial provido.” (REsp n. 736.524-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 03.04.2006)

“Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do estatuto da criança e do adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.

1. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.”

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas



promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise a afastar a garantia pétrea.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revelase essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anússe, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12. Recurso especial provido.” (REsp n. 575.280-SP, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, Relator p/ o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ 25.10.2004)

Na mesma linha, o colendo STF externou o seguinte entendimento:

“Constitucional. Atendimento em creche e pré-escola.

I - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.



II - Agravo não provido.” (AgReg no RE n. 463.210-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 03.02.2006)

“Recurso extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Recurso improvido.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais,

especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.” (AgRg no RE n. 410.715-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 03.02.2006)

Destarte, diante de minuciosos e vastos estudos desenvolvidos nos precedentes acima transcritos, desnecessário acrescer quaisquer comentários, a fim de cair em repetição.

Esse é o posicionamento que continuo a seguir, por entender ser o mais coerente.

Por tais considerações, conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento, invertendo-se, ainda, os ônus da sucumbência.

É como voto.

Jurisprudência da Primeira Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 18.508-PR (2004/0087207-8)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Luiz Fernando Martins Bonette

Advogado: Luiz Fernando Martins Bonette (em causa própria)

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Impetrada: Juíza de Direito da Vara Criminal de Rebouças-PR

EMENTA

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Retenção de autos pelo advogado. Penalidade do art. 196 do CPC. Intimação pessoal por mandado.

1. Havendo excesso de prazo de vista dos autos, deve o advogado ser intimado, pessoalmente, para sua devolução. Acaso não restituídos os autos em 24 horas, perderá o direito de vista fora de cartório, além de incorrer em multa, à luz do art. 196 do CPC.

2. A intimação para a devolução dos autos, na forma do art. 196 do CPC, deve ser engendrada *in faciem* para caracterizar a retenção indevida e intencional, por isso que insubstituível pela publicação oficial.

3. Nesse sentido é remansosa a doutrina quanto ao tema:

Nelson Nery: “Deverá ser feita mediante intimação pessoal do advogado. Somente depois de realizada a intimação é que pode ser aplicada a sanção prevista na norma comentada.” (*in Código de Processo Civil Comentado*, 6ª ed., RT, 2002, Rio de Janeiro, p. 547)

Moniz de Aragão: “Deferida a cobrança, ao advogado será intimado, por mandado, a devolver os autos em 24 horas, contadas no momento em que tomou ciência da determinação judicial.

Se não fizer, ficará sujeito a duas distintas conseqüências: perda do direito à vista dos autos fora de cartório, em virtude do abuso de confiança e multa, a ser imposta e cobrada pelo órgão da classe.” *in Comentários ao Código de Processo Civil*, 9ª ed., Forense, 1998, p. 123

Antônio D’Agnol: “Constatada a falta, determinará o juiz a intimação do advogado que retém os autos por prazo excessivo para que os devolva a cartório em vinte e quatro horas.

A intimação, no caso, há de realizar-se através de mandado, a ser cumprido pelo oficial de justiça (art. 143), uma vez que o outro modo previsto para a espécie de comunicação — pelo escrivão (art. 141, I) inviabiliza-se na ausência dos autos.

Prazo em horas tem seu termo inicial no exato momento da intimação, correndo de minuto a minuto.” (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, RT, 2000, p. 412)

4. Recurso ordinário 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 ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Luiz Fernando Martins Bonette interpôs Recurso ordinário em mandado de segurança, com fulcro no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

“Mandado de segurança. Cobrança de autos em poder de advogado. Aplicação do art. 196 do CPC. Sanção não condicionada a intimação pessoal. Válido o ato de comunicação pela imprensa. Segurança denegada.

A aplicação da sanção do art. 196 do CPC não está condicionada à intimação pessoal, sendo válido o ato de comunicação processual pela imprensa.”

Trata-se, originariamente, de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo advogado, ora recorrente, contra ato praticado pela Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Rebouças, a qual decretou a perda do seu direito de vista dos autos do processo criminal fora do Cartório. Sustentou o impetrante que ato é abusivo e ilegal, porquanto não fora intimado pessoalmente para devolver os autos que retinha em seu poder.



A liminar foi indeferida.

Nas informações de fls. 38/39, a autoridade coatora afirmou que o impetrante retirou os autos em carga no dia 23.05.2003 para a apresentação de alegações finais. Decorrido o prazo para devolução, o Cartório procedeu à regular cobrança, mediante intimação publicada no DJ 09.06.2003. Decorridas 24 horas da intimação, manteve-se inerte o impetrante, tentando o Cartório manter contato telefônico com o mesmo, mas não obteve êxito. Certificados esses fatos, o Juízo determinou a instauração de incidente de cobrança de autos, com a expedição de mandado de exibição de entrega de autos, sendo expedida carta precatória para essa finalidade em 17.06.2003, sendo a mesma devolvida em 30.07.2003, tendo o Sr. Oficial de Justiça certificado que procedeu à intimação do impetrante em 28.07.2003, e os autos foram devolvidos em 25.07.2003.

A MM^a. Juíza sustentou, por derradeiro, que com base no art. 196, levando em conta a gravidade da conduta do D. defensor que, injustificadamente, permaneceu em poder dos autos por dois meses, causando com isso retardamento do feito, no qual o réu se encontra preso, é que proferi a decisão de fl. 1.187 que é objeto deste *mandamus*.

O parecer do Ministério Público local foi no sentido de denegar a segurança.

O Tribunal *a quo* denegou a segurança, sob o fundamento de que extinguiu-se o prazo de 120 dias para impetração do *mandamus* contados da ciência, bem como que o art. 196 do CPC não exige que o advogado seja intimado pessoalmente e o Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça expressamente prevê que a intimação poder ser feita pelo Diário de Justiça ou pessoal.

Na presente irresignação, sustenta o impetrante, em síntese, que patrocina a defesa do réu nos autos em questão e que o ato coator da Juíza feriu seu direito líquido e certo de vista dos autos, ao argumento de que, para suspender a vista, deveria o mesmo ser intimado pessoalmente, consoante o disposto no art. 196, do CPC e não via imprensa.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso às fls. 81/83.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): O dispositivo tido por violado está assim redigido:

“Art. 196. É lícito a qualquer interessado cobrar os autos ao advogado que exceder o prazo legal. Se, intimado, não os devolver dentro em 24 (vinte e quatro) horas, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa, correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo.”

Deveras, ao retirar os autos do cartório, o advogado se compromete, mediante anotação no livro de carga, a devolvê-los no prazo legal. Não o fazendo, a parte contrária ou qualquer outro interessado poderá cobrar a devolução. Quando intimado a restituir os autos, o advogado deverá fazê-lo dentro de vinte e quatro horas; não o fazendo, perderá o direito à vista fora do cartório e incorrerá em multa, além de que o juiz determinará, de ofício, seja riscado o que neles houver escrito, bem como o desentranhamento das alegações e documentos que apresentar.

Constata-se, aqui, uma sanção de ordem processual, posto que a demora na devolução dos autos acarreta a preclusão e, por isso, manda o juiz riscar as alegações da parte faltosa. A multa, de caráter disciplinar, só o órgão de classe, a OAB, poderá aplicá-la.

Entretanto, a aplicação da penalidade do art. 196 do CPC a advogado que retém os autos irregularmente depende de intimação. Essa intimação, segundo a melhor doutrina, deve ser pessoal e não por publicação no órgão oficial.

A respeito do tema, Nelson Nery *verbis*:

“Deverá ser feita mediante intimação pessoal do advogado. Somente depois de realizada a intimação é que pode ser aplicada a sanção prevista na norma comentada.” (*in Código de Processo Civil Comentado*, 6ª ed., RT, 2002, Rio de Janeiro, p. 547)

No mesmo sentido, E. D. Moniz de Aragão:

“Deferida a cobrança, ao advogado será intimado, por mandado, a devolver os autos em 24 horas, contadas no momento em tomou ciência da determinação judicial.

Se não fizer, ficará sujeito a duas distintas conseqüências: perda do direito à vista dos autos fora de cartório, em virtude do abuso de confiança e multa, a ser imposta e cobrada pelo órgão da classe.” (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, 9ª ed., Forense, 1998, p. 123)

Também no escólio de Antônio D’Agnol:

“Constatada a falta, determinará o juiz a intimação do advogado que retém os autos por prazo excessivo para que os devolva a cartório em vinte e quatro horas.



A intimação, no caso, há de realizar-se através de mandado, a ser cumprido pelo oficial de justiça (art. 143), uma vez que o outro modo previsto para a espécie de comunicação — pelo escrivão (art. 141, I) inviabiliza-se na ausência dos autos.

Prazo em horas tem seu termo inicial no exato momento da intimação, correndo de minuto a minuto.” (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, RT, 2000, p. 412)

Com essas considerações, dou provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 440.720-SC (2002/0067735-8)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Município de Concórdia

Advogados: Gilmar Bolsi e outro

Recorrido: Cesbe S/A Engenharia e Empreendimentos

Advogados: Norma Teresinha Franzoni e outro

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Ação condenatória contra Município. Rito ordinário. Responsabilidade civil contratual. Denúnciação da lide ao ex-prefeito. Impossibilidade. Inexistência de garantia legal ou contratual. Suposta ofensa ao art. 70, III, do CPC. Não-ocorrência. Doutrina. Precedentes. Desprovimento.

1. A questão controvertida, de natureza processual, consiste em saber se é obrigatória a denúnciação da lide a ex-prefeito, para responder, regressivamente, por pretensão condenatória exercida contra o município, em decorrência de obrigação contratual adimplida com atraso (mora) durante o seu mandato eletivo.

2. O cabimento da litisdenúnciação, prevista no art. 70, III, do CPC, é restrito, porque pressupõe a existência de garantia própria entre os sujeitos denunciante/denunciado, e não mera garantia genérica ou imprópria.

3. O contrato administrativo de fornecimento de material e execução de serviços não impôs ao então prefeito municipal a obrigação

de responder, pessoalmente, por eventual mora no adimplemento das parcelas ajustadas. O compromisso foi firmado em nome do ente público, competindo-lhe o pagamento do preço de acordo com as condições e prazos estabelecidos.

4. Os diplomas normativos invocados (Lei n. 8.429/1992, arts. 10, 11, 12, II; Lei n. 4.320/1964, art. 60; Lei Orgânica Municipal, art. 107, II) não prevêm garantia própria, mas apenas a responsabilidade civil genérica — em abstrato — de o agente político ressarcir eventuais prejuízos causados ao erário público.

5. A pretensão de ressarcimento poderá ser objeto de ação regressiva autônoma, para não comprometer a rápida solução do litígio, hoje consubstanciada em garantia individual fundamental (CF/1988, art. 5º, LXXVII).

6. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 17 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 07.11.2006

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial em ação de cobrança interposto pelo Município de Concórdia-SC, com fundamento no art. 105, III, **a e c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sintetizado na seguinte ementa (fl. 156):

“Administrativo e Civil. Ação de cobrança. Denúnciação à lide do ex-prefeito. Descabimento. Correção monetária. Juros legais. Custas. Isenção.

1. ‘Só se permite a denúnciação da lide, na exegese restritiva necessária que se faz ao inciso III do art. 70 do CPC, quando há relação jurídica de garantia propriamente dita entre o denunciante e o denunciado. A aplicação



restrita refere-se aos casos em que a lei ou o contrato asseguram, previamente, à parte o direito regressivo contra o obrigado a indenizar o prejuízo, não assim no caso de mera possibilidade de vir a nascer aquele direito regressivo, *a posteriori*, com a sentença condenatória' (RT ns. 598/171).

2. Tendo o Município se beneficiado com os serviços contratados, fica obrigado à satisfação da contraprestação devida, acrescida de juros e correção monetária. Entendimento diverso propiciaria ao ente público enriquecimento sem causa.

3. De acordo com a Lei Complementar n. 156/1997, é isento de custas a fazenda do Estado e dos Municípios (art. 35, alínea **h**, com as alterações da LC n. 161/1997)."

O recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial (Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, Agravo de Instrumento n. 91.80-8, 3ª Câmara Cível, Relator Juiz Domingos Ramina), violação do art. 70, III, do Código de Processo Civil.

Alega, em resumo, que é devida, por força de lei, a denunciação da lide ao ex-prefeito, Sr. Odacir Zonta, para que seja condenado ao pagamento de correção monetária e juros moratórios de obrigação vencida e não-cumprida durante o seu mandato.

Em sede de contra-razões (fls. 184/188), a recorrida defende o não-conhecimento do recurso especial ou, sucessivamente, o seu desprovimento. Afirma que o direito de regresso contra o agente público responsável pelo ato lesivo ao patrimônio público deve ser exercido por meio de ação autônoma, e não através de denunciação da lide.

Admitido o recurso na origem (fl. 205), subiram os autos.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 205/206, opina:

"Recurso especial. Inadimplência. Contratual. Incidência de juros e correção monetária. Denunciação da lide a ex-prefeito. Art. 70, III, do Código de Processo Civil. Obrigatoriedade. Inexistência. Precedentes jurisprudenciais. Parecer pelo não conhecimento do recurso especial ou pelo seu desprovimento, acaso conhecido."

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): Satisfeitos os pressupostos de recorribilidade (cabimento, legitimidade de partes, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, prequestionamento, inexistência de fato extintivo

ou impeditivo do direito de recorrer), bem como demonstrado e comprovado o dissídio pretoriano, impõe-se o conhecimento do recurso especial. Prossegue-se, assim, no exame da controvérsia.

A Cesbe S/A Engenharia e Empreendimentos ajuizou ação condenatória, sob rito ordinário, contra o Município de Concórdia-SC, pleiteando sua condenação ao pagamento de valores decorrentes de contrato de fornecimento de material e execução dos serviços de recuperação e recapeamento da pista do Aeroporto Municipal, acrescidos de juros, correção monetária e honorários advocatícios de sucumbência.

A r. sentença rejeitou as preliminares de inépcia da petição inicial e da denunciação da lide ao ex-prefeito e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o recorrente ao pagamento dos valores contratados, acrescidos de juros moratórios à razão de 6% ao ano, a partir da citação, bem como de correção monetária pelo BTN, desde 14 de dezembro de 1990 até 1º de fevereiro de 1991 e, após essa data, nos termos do Provimento n. 13/1995 da Corregedoria Geral de Justiça, até o efetivo pagamento, incluídos, ainda, as custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação (fls. 93/107).

O Tribunal de Justiça, por seu turno, afastou a preliminar de denunciação da lide e negou provimento ao recurso de apelação, mantendo, destarte, a r. sentença. Não obstante, deu provimento ao reexame necessário para isentar a municipalidade do pagamento de custas processuais (fls. 156/161).

Eis os fundamentos do acórdão local: I - a denunciação da lide prevista no art. 70, III, do CPC só é admissível nas hipóteses em que há relação jurídica de garantia, decorrente de lei ou contrato, entre denunciante e denunciado, que assegure o direito de regresso; na hipótese dos autos, a denunciação da lide ao ex-prefeito criaria uma demanda paralela — atrasando, por conseguinte, a conclusão do processo principal — e o Município não se poderia eximir de cumprir sua obrigação contratual, a pretexto de responsabilizar o ex-prefeito pelo atraso no pagamento; II - a irregularidade administrativa do Município não pode prejudicar o direito do credor de receber o que lhe é devido, por força da execução do contrato de fornecimento de material e execução de serviços sem a devida contraprestação; III - o atraso no pagamento do preço impõe o pagamento de juros e correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa do ente público.

A pretensão recursal não discute o mérito da causa (condenação ao pagamento de juros e correção monetária), mas tão-somente a preliminar de denunciação da lide ao ex-prefeito, Sr. Odacir Zonta.



Portanto, a questão controvertida, de natureza processual, consiste em saber se é obrigatória a denúncia da lide a ex-prefeito, para responder, regressivamente, por pretensão condenatória exercida contra o município, em decorrência de obrigação contratual adimplida com atraso (mora) durante o seu mandato eletivo.

O art. 70, III, do CPC estabelece que a litisdenuciação é obrigatória “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder na demanda”.

Com base nessa regra, cabe a denúncia toda vez que alguém tiver alguma relação jurídica com outrem, estabelecida no contrato ou imposta pela lei, que *garante* um determinado proveito econômico, mesmo diante da ocorrência de dano. O exemplo usualmente mencionado é o contrato de seguro (Bueno, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 251).

Relativamente à *responsabilidade civil extracontratual objetiva* das pessoas jurídicas de direito público (CF/1988, art. 37, § 6º; CC/2002, art. 43), a denúncia da lide não é obrigatória, ou seja, a Administração Pública acionada em ação de indenização não está obrigada a denunciar a lide aos agentes públicos supostamente responsáveis pelo ato lesivo, porque, além de impor ao autor manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional, tal pretensão regressiva pode ser objeto de ação autônoma.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, com propriedade, adverte: “(...) tem razão Weida Zancaner ao sustentar o descabimento de tal denúncia. Ela implicaria, como diz a citada autora, mesclar-se o tema de uma responsabilidade objetiva — a do Estado — com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva — a do funcionário. Procede sua assertiva de que, ademais, haveria prejuízos para o autor, porquanto ‘procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que este dependa da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o Estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não necessário para a efetivação do ressarcimento a que tem direito.’” (*Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 917/918)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça compartilha desse entendimento, como se verifica nos seguintes precedentes: EREsp n. 313.886-RN, Primeira Seção, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 22.03.2004; REsp n. 237.180-RN, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 22.08.2005; REsp n. 620.829-MG, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 22.11.2004;

AgRg no REsp n. 631.723-CE, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 13.09.2004.

Essa interpretação, contudo, não se aplica na hipótese dos autos, porquanto se trata de *responsabilidade civil contratual* do Município de Concórdia-SC, em razão da relação jurídica obrigacional preexistente (contrato administrativo de fornecimento de material e execução de serviços de recuperação e recapeamento da pista do Aeroporto Municipal).

A distinção entre os modelos de responsabilidade contratual e extracontratual é de fundamental importância, porque tem pressupostos e efeitos distintos. Conforme Sérgio Cavalieri Filho, na “*responsabilidade contratual*, antes de emergir a obrigação de indenizar, já existe uma relação jurídica previamente estabelecida pelas partes, fundada na autonomia da vontade e regida pelas regras comuns dos contratos”, ao passo que na “*responsabilidade extracontratual* inexistente qualquer liame jurídico anterior entre o agente causador do dano e a vítima (eles são estranhos) até que o ato ilícito ponha em ação os princípios geradores da obrigação de indenizar.” (*Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 296, grifou-se)

A responsabilidade contratual do Poder Público, ou seja, aquela decorrente de uma relação jurídica preestabelecida, é subjetiva. Por isso, depende, além de outros pressupostos (existência de um contrato anterior válido, inexecução contratual, dano e nexos de causalidade), da demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa), não se lhe aplicando, pois, a teoria do risco administrativo que norteia a responsabilidade extracontratual objetiva.

O administrativista Hely Lopes Meirelles, ao analisar a responsabilidade civil decorrente de inexecução, no todo ou em parte, de contrato administrativo, doutrina:

“Inexecução ou inadimplência do contrato é o descumprimento de suas cláusulas, no todo ou em parte. Pode ocorrer por ação ou omissão, culposa ou sem culpa, de qualquer das partes, caracterizando o retardamento (mora) ou o descumprimento integral do ajustado. Qualquer dessas situações pode ensejar responsabilidade para o inadimplente e até mesmo propiciar a rescisão do contrato, como previsto na lei (arts. 77 a 80).

(...)

Essa inexecução ou inadimplência tanto pode referir-se aos prazos contratuais (mora), como ao modo de realização do objeto do ajuste, como à sua própria consecução, ensejando, em qualquer caso, a aplicação das sanções legais ou contratuais proporcionalmente à gravidade da falta



cometida pelo inadimplente. Essas sanções variam desde as multas até a rescisão do contrato, com a cobrança de perdas e danos (...).

Responsabilidade civil é a que impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial. Pode provir da lei (responsabilidade legal), do ato ilícito (responsabilidade por ato ilícito) e da inexecução do contrato (responsabilidade contratual), que é a que nos interessa nesta exposição.

Na inexecução do contrato administrativo a responsabilidade civil surge como uma de suas primeiras conseqüências, pois, toda vez que o descumprimento do ajustado causar prejuízo à outra parte, o inadimplente fica obrigado a indenizá-la. Essa é a regra, só excepcionada pela ocorrência de causa justificadora da inexecução, porquanto o fundamento normal da responsabilidade civil é a culpa, em sentido amplo.

A responsabilidade civil decorrente de contrato administrativo rege-se pelas normas pertinentes do Direito Privado, observado o que as partes pactuaram para o caso de inexecução e atendidas previamente as especificidades do Direito Administrativo no que concerne ao objeto do ajuste (...).

A responsabilidade civil é independente de qualquer outra e abrange não só as efetivas perdas e danos (lucros cessantes e dano emergente) como as multas moratórias ou compensatórias prefixadas em cláusula penal do contrato. Nela podem incidir tanto o particular contratado como a própria Administração.” (Grifou-se)

Conclui-se, destarte, que tanto a responsabilidade do município como a do agente político têm natureza subjetiva. Isso não significa, porém, admitir a intervenção de terceiro na hipótese; apenas afasta o entendimento — aplicável à responsabilidade extracontratual — da impossibilidade de se introduzir na lide principal, por meio da denúncia, discussão acerca da culpa do agente público.

Partindo-se do *correto enquadramento jurídico da controvérsia* (responsabilidade civil contratual subjetiva), é preciso, para a solução da questão federal suscitada, saber se existe vínculo jurídico substancial de garantia, decorrente de lei ou contrato, entre o ex-prefeito e o Município de Concórdia-SC, que imponha ao litisdenciado o dever de pagar os encargos contratuais.

O recorrente, conforme ressaltado, entende que o responsável pelo pagamento dos juros moratórios e correção monetária incidentes sobre obrigação contratual adimplida com atraso é o ordenador primário da despesa, concretamente, o ex-prefeito municipal (fl. 169). Por isso, a denúncia da lide, à luz do art. 70, III, do CPC, seria obrigatória, na medida em que existe garantia legal

de regresso (CF/1988, art. 37, § 6º; Lei n. 8.429/1992, arts. 10, 11 e 12, II; Lei n. 4.320/1964, art. 60; Lei Orgânica Municipal, art. 107, II), sendo inconcebível, além de tudo, imputar tal ônus ao erário.

Não procede a tese do recorrente.

Processualistas de elite, como Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 403/406) e José Roberto dos Santos Bedaque (*Código de Processo Civil Interpretado*, Antônio Carlos Marcato (Coord.), São Paulo: Atlas, 2004, p. 184/190), entendem que a interpretação da regra positivada no art. 70, III, do CPC deve ser ampliativa, admitindo-se a denúncia para veicular qualquer direito de regresso, independentemente do fundamento.

Contudo, essa orientação é minoritária. Segundo a corrente doutrinária e jurisprudencial predominante, a admissibilidade da litisdenúncia prevista no art. 70, III, do CPC é restrita, porque pressupõe a existência de *garantia própria* entre os sujeitos denunciante/denunciado, e não mera *garantia genérica ou imprópria*.

Athos Gusmão Carneiro assim aborda o tema: “(...) a obrigatoriedade da denúncia da lide (v. art. 70) deve ser entendida nos devidos termos. Aroldo Plínio Gonçalves, em tese de livre-docência à Faculdade de Direito da UFMG, apreciou o tema da ‘obrigatoriedade’ da denúncia da lide a partir da distinção entre garantia própria (formal), derivada da ‘transmissão de direitos’, e garantia imprópria, vinculada apenas à ‘responsabilidade civil’, sustentando que a não-denúncia acarreta a perda do direito de regresso nos casos de garantia própria (o adquirente de direitos perderá a garantia prometida pelo transmitente); nos casos de garantia imprópria, restaria assegurado, embora a não-denúncia, o direito de regresso contra o responsável civil, em processo autônomo. O ilustre professor e magistrado liga a garantia própria às hipóteses do art. 70, I e II, e algumas hipóteses do item III; a garantia imprópria aos casos de responsabilidade civil do art. 70, III (...).”

Em seguida, conclui o autor: “A doutrina bastante diverge quanto à abrangência dessa previsão legal [CPC, art. 70, III]: a) sustentaram alguns que na expressão ‘ação regressiva’ somente estariam compreendidos os casos em que o direito houvesse sido transferido ao denunciante pela pessoa a ser chamada ao processo através da denúncia; b) para outros, a *denúncia*, com arrimo no art. 70, III, do CPC, supõe que a ação de regresso contra o terceiro decorra de texto expresso de lei ou previsão contratual, previsão esta que poderá ser expressa ou decorrer implicitamente do caráter e dos propósitos da avença firmada entre denunciante e denunciado; c) uma terceira corrente, invocando a vantagem de



ordem prática em diminuir o número de demandas regressivas em processos posteriores, advoga o cabimento da denunciação em todos os casos em que um terceiro esteja adstrito a reembolsar os prejuízos sofridos por aquele que denuncia. *A jurisprudência parece inclinar-se pela solução b, à qual vimos aderir* (assim reconsiderando, em parte, posição exposta até a 6ª ed., desta obra). O Superior Tribunal de Justiça, regra geral, adotou exegese não permissiva da denunciação prevista no art. 70, III, naqueles casos de direito regressivo cujo exame implique a análise de fundamento novo, não constante da lide originária” (*Intervenção de Terceiros*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 100/101 e 110/111, grifou-se).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem o dispositivo, reforçam a interpretação restritiva:

“Ação de garantia. A denunciação, na hipótese do CPC art. 70 III, restringe-se às ações de garantia, isto é, àquelas em que se discute a obrigação legal ou contratual do denunciado em garantir o resultado da demanda, indenizando o garantido em caso de derrota. Daí não ser admissível a denunciação da lide, quando nela se introduzir fundamento novo, estranho à lide principal. Exemplos dessa inadmissibilidade é essa denúncia da lide, pela administração, ao funcionário que agiu com dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva), quando a denunciante é demandada pelo risco administrativo (responsabilidade objetiva). O CPC, 70, III é hipótese de garantia própria (...).

14. *Direito de regresso. A ação de garantia não se caracteriza como mero direito genérico de regresso, isto é, fundado em garantia imprópria. Este não enseja a denunciação da lide, sob pena de ofenderem-se os princípios da celeridade e economia processual. Por direito de regresso, autorizador da denunciação da lide com base no CPC 70 III, deve-se entender aquele fundado em garantia própria.”* (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 9ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 246, grifou-se)

No mesmo sentido: Kopper, Max Guerra. *Da denunciação da lide*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 87; Alvim, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, São Paulo: RT, 1999, p. 267/291; Sanches, Sydney. *Denunciação da Lide*, Revista de Processo n. 34, São Paulo: RT, 1984, p. 47/59.

Nessa perspectiva, rejeita-se, de plano, a existência de garantia contratual, porquanto o contrato administrativo (fls. 13/15) não impôs ao então chefe do Poder Executivo Municipal a obrigação de responder, pessoalmente, por eventual mora no adimplemento das parcelas componentes do preço. O ajuste foi firmado em nome do Município, competindo-lhe o pagamento de acordo com as condições e prazos estabelecidos.

Inexiste, do mesmo modo, garantia própria de ordem legal, porque os diplomas normativos invocados pelo recorrente (Lei n. 8.429/1992, arts. 10, 11 e 12, II; Lei n. 4.320/1964, art. 60; Lei Orgânica Municipal, art. 107, II) apenas prevêm, abstratamente, responsabilidade civil genérica do agente político em ressarcir eventuais prejuízos causados ao erário.

A configuração do alegado ato de improbidade administrativa por omissão ou a violação das normas de direito financeiro que orientam a execução do orçamento público constituem elementos/fundamentos novos, estranhos à causa de pedir desta lide (descumprimento de deveres contratuais). Com efeito, a pretensão de ressarcimento do recorrente poderá ser objeto de ação regressiva autônoma, para não comprometer a rápida solução do litígio, hoje consubstanciada em garantia individual fundamental (CF/1988, art. 5º, LXXVII, com redação conferida pela Emenda Constitucional n. 45/2004).

É digna de referência, nesse particular, a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

“Ocorre, com freqüência, que a denúncia da lide seja qualitativamente diversa da ‘ação principal’, exigindo, assim, se não instrução diferenciada, pelo menos pesquisas sobre temas diferentes.

Como já acentuei diversas vezes e indiquei como uma das premissas fundamentais para desenvolvimento deste trabalho (item 5 do Capítulo I), a *denúncia da lide, como, de resto, todas as demais espécies de intervenção de terceiros, é instituto calcado no princípio da economia processual*. Pretende-se, com a denúncia, a otimização da prestação jurisdicional, resolvendo-se, de uma só vez e a partir de uma mesma ou coerente instrução processual (identidade de bases procedimentais), a ‘ação principal’ e as ações que lhe são conexas, as ‘ações regressivas’.

Toda vez que a ação regressiva a ser proposta por intermédio da denúncia da lide basear-se em fundamento diverso ou exigir instrução processual qualitativamente diversa da ação principal, movida pelo ou contra o denunciante, deve ela ser indeferida. Não há, é certo, qualquer vedação neste sentido na lei processual civil. No entanto, *a admissão da intervenção de terceiros nestas condições seria ir de encontro à razão de ser do próprio instituto, seria ferir o princípio da economia processual, hoje constitucionalizado, razão suficiente para afastar, no caso, a denúncia da lide.*” (op. cit., p. 252/253, grifou-se)

A título de exemplo, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

“Denúncia da lide. Indeferimento. Ação de garantia. Introdução de fundamento novo.



A denunciação da lide, na hipótese do art. 70, III, do CPC, restringe-se às ações de garantia, isto é, àquelas em que se discute a obrigação legal ou contratual do denunciado em garantir o resultado da demanda, indenizando o garantido em caso de derrota, sendo vedado, além do mais, introduzir-se fundamento novo no feito, estranho à lide principal.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 648.253-DF, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 03.04.2006)

“Processo Civil. Denunciação da lide. Direito de regresso. Fundamento jurídico novo. Inadmissibilidade. Obrigatoriedade. Inocorrência. Precedentes. Recurso não conhecido.

I - Em relação à exegese do art. 70, III, CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denunciação nos casos de alegado direito de regresso da lide originária.

II - 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 susceptível de pôr em risco tais princípios.

III - Segundo entendimento doutrinário predominante, somente nos casos de evicção e transmissão de direito (garantia própria) é que a denunciação da lide se faz obrigatória.

IV - Recurso não conhecido.” (REsp n. 157.147-MG, Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 10.05.1999)

Por essas razões, o recurso especial deve ser conhecido, mas desprovido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 494.510-MG (2002/0134049-3)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Fabrício da Soller e outros

Recorridos: Fluorquímica Ltda e outros

Advogados: Henrico Pinto Coelho Vimieiro e outros

EMENTA

Tributário. Depósito judicial. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Valores a serem levantados e convertidos em renda da fazenda. Decisão do magistrado.

I - Com o trânsito em julgado da decisão, o valor depositado com a finalidade de suspender a exigibilidade do tributo é devolvido ao contribuinte se julgada procedente a ação ou convertida em renda da Fazenda, caso a exação seja declarada devida.

II - O valor que será convertido em renda da Fazenda Pública, a teor do art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, será definido pelo magistrado, que não está vinculado ao cálculo da Administração, podendo se valer de procedimento de liquidação ou lastrear seu decisum em meros cálculos aritméticos, conforme a complexidade do caso. Havendo inexatidão, a Fazenda poderá, no prazo de homologação do lançamento (art. 150, § 4º, CTN), rever os cálculos e, sendo o caso, cobrar a diferença.

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 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 Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 7 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela União, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que restou assim ementado, *verbis*:

“Tributário. Depósito judicial do tributo. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Levantamento pelo contribuinte bem sucedido na demanda.

1. Tendo o contribuinte depositado valores atinentes ao PIS, segundo a regência dos Decretos-Leis ns. 2.445 e 2.449/1988, enquanto discute a sua legitimidade constitucional, tem direito ao levantamento da parcela proporcional ao seu sucesso na demanda, com a conversão do restante em renda da União.

2. O levantamento pode ser feito a partir dos cálculos apresentados pela parte. Eventual inexatidão nos valores pretendidos não representa empecilho ao levantamento, não só porque pode o juiz, independentemente de liquidação formal, decidir os incidentes aritméticos surgidos, como também porque a União pode, no prazo de homologação do lançamento (art. 150, § 4º, CTN), rever os cálculos e, sendo o caso, cobrar a diferença.

3. Agravo a que se nega provimento.” (Fl. 52)

Sustenta a recorrente que o acórdão vergastado negou vigência ao art. 142 do CTN, aduzindo, em síntese, que, ao final da demanda em que se discute a cobrança de determinado tributo, cabe à autoridade administrativa dizer o valor do depósito que dever ser levantado e o que deve ser convertido em renda.

Aponta, ainda, divergência jurisprudencial quanto ao tema.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, pelo prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados, conheço do presente recurso.

Quanto à divergência apresentada, entendo que foram atendidos os requisitos constantes do art. 255 do RISTJ, também viabilizando o apelo, desta feita, pelo conduto da alínea c do permissivo constitucional.

Assim dispõe o art. 142 do CTN, que a recorrente sustenta não ter sido observado, *litteris*:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Sua irrisignação reside no fato de o Juiz ter determinado o levantamento dos valores depositados judicialmente para suspender a exigibilidade da exação, tendo o Magistrado fixado quanto do depósito deveria ser convertido em renda, a partir dos critérios adotados na sentença.

Com base no dispositivo citado, a recorrente afirma que apenas a autoridade administrativa tem competência para estabelecer o *quantum* do tributo.

Todavia, tenho que não merece reforma o acórdão recorrido.

O art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 trata da questão concernente ao depósito judicial em matéria tributária, *in verbis*:

“Art. 32. Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos:

(...)

§ 2º 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”.

Como pode se verificar, a sentença que decide celeuma que envolve cobrança de tributo encerra apenas a prestação jurisdicional cognitiva do juiz, a quem não é vedado, como medida satisfativa do que foi decidido, determinar quanto o contribuinte poderá reaver do que foi depositado, bem como o valor que deve converter em renda à Fazenda. O Magistrado, nessa fase, poderá se valer de procedimento de liquidação, podendo também prolatar sua decisão baseada em meros cálculos aritméticos, conforme a complexidade do caso.

Nessa linha de pensamento é a posição do tributarista Hugo de Brito Machado sobre o tema, *in verbis*:

“A suspensão da exigibilidade, pelo depósito, justifica-se precisamente porque o direito da Fazenda Pública, se reconhecido pela sentença com trânsito em julgado, estará com sua satisfação garantida. A sentença resolve o litígio e entrega ao vendedor o que afirma ser o seu direito. Se julga a ação procedente, ou acolhe os embargos do executado, autoriza o levantamento do depósito pelo autor, ou executado-embargante. Se julga a ação improcedente, ou rejeita os embargos, converte o depósito em renda da Fazenda Pública.” (*Curso de Direito Tributário*, Hugo de Brito Machado, 24ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004, p. 213)

Dessa forma, afigura-se desarrazoada a tese da recorrente, não estando o Magistrado vinculado à atividade fiscal da Fazenda para definir o *quantum* devido da exação, para fins de levantamento dos valores depositados no curso da ação.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso especial.

É o meu voto.



RECURSO ESPECIAL N. 640.344-PR (2004/0010796-0)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Estado do Paraná
Procuradores: César Augusto Binder e outros
Recorrida: J. Malucelli Florestal Ltda
Advogada: Ana Paula Conti Bastos
Interessados: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra
Procuradores: Eliane Greyce de Oliveira Guerra e outros

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Desapropriação para fins de reforma agrária. Terras situadas em faixa de fronteira. Alegada violação do art. 9º da LC n. 76/1993. Discussão acerca do domínio no âmbito da ação de desapropriação. Impossibilidade. Divergência jurisprudencial não-demonstrada. Inexistência de similitude fática entre os arestos confrontados.

1. Para que a ação de desapropriação possa se desenvolver validamente, como qualquer outra, devem estar presentes as chamadas condições da ação, tais como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

2. A Lei Geral das Desapropriações (Decreto-Lei n. 3.365/1941) já previa, em seu art. 20, a possibilidade de a contestação versar sobre vício do processo judicial, permitindo ao julgador, no âmbito da ação de desapropriação, conhecer de questões relacionadas aos pressupostos processuais e às condições da ação, garantindo, assim, o desenvolvimento válido e regular do processo.

3. Interpretação semelhante deve ser conferida à norma contida no art. 9º da Lei Complementar n. 76/1993 — “A contestação deve ser oferecida no prazo de quinze dias se versar matéria de interesse da defesa, excluída a apreciação quanto ao interesse social declarado”.

4. A ausência das condições da ação, aliás, por constituir matéria de ordem pública, pode ser reconhecida até mesmo de ofício pelas instâncias ordinárias.

5. Hipótese de desapropriação de terras situadas em faixa de fronteira, cujo domínio seria da União, alienadas a terceiros pelo Estado do Paraná.

6. A desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, de imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, é competência da União, a teor do disposto no art. 184 da Constituição Federal. Sob tal aspecto, seria impossível ao Incra, com fundamento em um decreto expropriatório expedido pelo Presidente da República, desapropriar uma área já pertencente ao domínio da União. Em eventual demanda situada nesses termos, fica evidente a impossibilidade jurídica do pedido e a ausência de interesse processual, a ensejar a extinção do feito sem apreciação do mérito.

7. Deve-se atentar, contudo, para o teor da norma contida no art. 252 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), a qual dispõe que o “registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”.

8. A simples existência do registro, ainda que tenha a sua validade contestada, é suficiente para afastar eventuais nulidades do processo, relacionadas à ausência de qualquer das condições da ação.

9. É certo, ainda, que a eventual invalidação do registro não pode ser buscada no âmbito da ação de desapropriação, mormente se considerado o limitado número de questões que podem ser discutidas em demandas dessa natureza. Precedentes.

10. Não se conhece do recurso especial por suposta divergência jurisprudencial quando os acórdãos apontados como paradigmas não guardam qualquer similitude fática com o aresto impugnado.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado e, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 5 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 07.11.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4^a Região cuja ementa é a seguinte:

“Desapropriação. Questões fundiárias. Regularização.

As condições da ação confundem-se com o mérito da causa. Com base no CPC, art. 515, § 3^o, estando a demanda devidamente instruída e em condições de julgamento, cabível a apreciação do mérito.

A desapropriação de imóvel rural por interesse social é de competência exclusiva da União. Constituição Federal, art. 184.

Desapropriação de área nominada ‘Faixa de Fronteira’, cuja titulação foi levada a efeito pelo Estado do Paraná.

O Incra possui plenos poderes para atuar em feitos relacionados à posse e à propriedade de terras devolutas.

Não cabe, por meio da ação de desapropriação, discussão acerca da domialidade das terras. Provido apelo da parte expropriada. Cassada a sentença. Determinado o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento do feito. Prejudicado o julgamento dos demais apelos.” (fl. 771-verso)

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Em suas razões recursais (fls. 791/798), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 9^o da LC n. 76/1993. Afirma, em síntese, que “o art. 9^o da Lei Complementar n. 76/1993 proibiu a contestação apenas quanto ao interesse social declarado, não havendo, contudo, qualquer impedimento no que concerne à discussão de outras controvérsias, como, por exemplo, a produtividade do imóvel, o valor da indenização e, porque não, o domínio” (fl. 795). Sustenta, ainda, que “a evolução do direito processual civil exige uma mudança na maneira de encarar a ação de desapropriação que, em razão de previsão legal explícita, deve ser conduzida de forma a propiciar uma cognição ampla e exauriente a respeito da controvérsia” (fl. 795). A demonstração do alegado dissídio pretoriano escora-se em julgado da Corte Suprema no qual se decidiu que a ação expropriatória, nos termos da LC n. 76/1993, tem amplo caráter cognitivo, limitado apenas quanto ao interesse social declarado.

Apresentadas as contra-razões e admitido o recurso, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opina pelo não-conhecimento do recurso e, se conhecido, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): Para que a ação de desapropriação possa se desenvolver validamente, como qualquer outra, devem estar presentes as chamadas condições da ação, tais como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Por esse motivo, a Lei Geral das Desapropriações (Decreto-Lei n. 3.365/1941) já previa, em seu art. 20, a possibilidade de a contestação versar sobre vício do processo judicial.

Confira-se:

“Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.”

Em sede doutrinária, José Carlos de Moraes Salles (*in A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 5^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 418) traz o seguinte comentário sobre a referida norma:

“Destarte, a defesa indireta de conteúdo processual, além de poder abordar questões relacionadas com os pressupostos processuais (que dizem respeito à constituição ou ao desenvolvimento válido da relação jurídica processual), poderá também versar sobre as chamadas condições da ação, de cujo exame o juiz conclui se as partes estão ou não em situação de merecer a tutela jurisdicional pretendida.

Pelas razões expostas, a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, ou a inexistência das condições da ação, darão origem à extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, IV e VI, do CPC), acolhida, assim, pelo juiz, a defesa indireta de conteúdo processual ou defesa de rito.

No feito expropriatório, questões como as da incompetência absoluta, inépcia da inicial, litispendência, coisa julgada, incapacidade da parte ou defeito de representação podem dar lugar à extinção do processo, com fundamento no art. 267 do CPC.

Por outro lado, a existência de causa que determine a impossibilidade jurídica do pedido de desapropriação, a falta de interesse processual para a ação de desapropriação ou a ilegitimidade ad causam poderão ser, também, fatores determinantes da extinção do processo expropriatório com fundamento no art. 267 do CPC.”



Sobre o tema, vale conferir, ainda, a lição de José dos Santos Carvalho Filho (*in Manual de Direito Administrativo*, 14ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 669/670):

“Nos termos do art. 20 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, ‘a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta’.

A expressão vícios do processo judicial tem que ser creditada à época em que a lei foi criada. Adaptando-a ao sistema do vigente Código de Processo Civil, tem-se que a defesa do réu, *como matéria preliminar*, abrange todas as questões relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais. Desse modo, o réu pode suscitar ilegitimidade de parte, falta de interesse de agir, inépcia da inicial, litispendência, coisa julgada e, enfim, todas as matérias contidas no art. 267 do CPC, as quais, se acolhidas, conduzem à extinção do processo sem julgamento do mérito. Como se pode notar, não são matérias apenas relacionadas ao processo, como parece indicar o dispositivo, mas também aquelas que concernem à ação, como é o caso das condições da ação.

O expropriante, como dissemos, faz a oferta do preço na petição inicial. Note-se que o pedido é de fato a fixação do valor indenizatório, porque o direito do expropriante à transferência do bem é, de antemão, albergado na legislação aplicável. O expropriado se incumbirá de impugnar o preço ofertado se com ele não concordar. Daí podermos afirmar que, *no mérito*, a controvérsia cinge-se à discussão do *quantum* indenizatório.” (Grifos do original)

Interpretação semelhante deve ser conferida à norma contida no art. 9º da Lei Complementar n. 76/1993 — “A contestação deve ser oferecida no prazo de quinze dias se versar matéria de interesse da defesa, excluída a apreciação quanto ao interesse social declarado” —, permitindo-se ao julgador, no âmbito da ação de desapropriação para fins de reforma agrária, conhecer de questões relacionadas aos pressupostos processuais e às condições da ação, garantindo, assim, o desenvolvimento válido e regular do processo.

A ausência das condições da ação, aliás, por constituir matéria de ordem pública, pode ser reconhecida até mesmo de ofício pelas instâncias ordinárias.

A questão versada nos presentes autos diz respeito à desapropriação de terras situadas em faixa de fronteira, cujo domínio seria da União, alienadas a terceiros pelo Estado do Paraná.

A desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, de imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, é competência da União, a teor do disposto no art. 184 da Constituição Federal.

Sob tal aspecto, seria impossível ao Incra, com fundamento em um decreto expropriatório expedido pelo Presidente da República, desapropriar uma área que já pertencente ao domínio da União. Em eventual demanda situada nesses termos, fica evidente a impossibilidade jurídica do pedido e a ausência de interesse processual, a ensejar a extinção do feito sem apreciação do mérito.

Deve-se atentar, contudo, para o teor da norma contida no art. 252 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), a qual dispõe que o “registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”.

A simples existência do registro em nome de um particular, ainda que tenha a sua validade contestada, é suficiente para afastar eventuais nulidades do processo, relacionadas à ausência de qualquer das condições da ação.

É certo, ainda, que a eventual invalidação do registro não pode ser buscada no âmbito da ação de desapropriação, mormente se considerado o limitado número de questões que podem ser discutidas em demandas dessa natureza.

Vale transcrever, nesse ponto, trecho do parecer ofertado pelo representante do Ministério Público Federal:

“Fácil é perceber que a amplitude de conhecimento estabelecida pela Lei Complementar n. 76/1993, em sede de ação de desapropriação, restringe-se unicamente à possibilidade de realização de prova pericial ‘adstrita a pontos impugnados do laudo de vistoria administrativa’, exatamente o entendimento adotado no acórdão paradigma, que indeferiu o *writ* ao argumento de que a produção de prova destinada à demonstração de que se tratava de imóvel produtivo, ao contrário do que havia sido definido na vistoria administrativa, deveria ser feita no bojo da própria ação expropriatória, e não em processo autônomo.

Ao revés, na hipótese sob análise, a eventual produção probatória teria objetivo diverso, qual seja a determinação do verdadeiro proprietário do imóvel rural objeto da desapropriação, finalidade esta que não é abarcada pelo disposto no art. 9º da referida Lei Complementar. Noutras palavras, o ‘amplo caráter cognitivo’ da ação expropriatória refere-se apenas às possíveis inconsistências da vistoria administrativa, o que efetivamente não é o caso, de modo que não há falar em afronta ao referido dispositivo legal.” (Fl. 859)

Acerca da impossibilidade de discussão acerca do domínio em sede de desapropriação, é oportuno conferir os seguintes julgados desta Corte:



“Processual Civil e Administrativo. Desapropriação. Justa indenização. Matéria constitucional e fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Dúvida acerca do domínio.

Omissis.

2. O domínio em sede de ação de desapropriação deve ser discutido em ação própria, que não a expropriatória, a qual segue o seu curso normal até o momento do levantamento do preço, que se mantém em depósito enquanto não dirimidas as dúvidas quanto à titularidade do bem. Precedente.

3. Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 580.131-PR, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 13.02.2006)

“Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Desapropriação direta. Pagamento da indenização. Dúvida acerca do domínio. Trânsito em julgado. Prequestionamento. Embargos declaratórios. Ausência de omissão. Precedentes.

O domínio deve ser discutido em ação própria, que não a expropriatória, que terá o seu curso normal até o momento do levantamento do preço. Este ficará em depósito enquanto não dirimidas as dúvidas quanto à titularidade do bem. Ausência de prequestionamento. Inexistência de ofensa aos arts. 486 e 535 do CPC.” (REsp n. 374.606-PR, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 15.12.2003)

Desse modo, havendo dúvida acerca do domínio, o valor da indenização ficará depositado à disposição do juízo enquanto os interessados não resolverem seus conflitos em ações próprias.

Não se configura, portanto, a contrariedade ao dispositivo legal indicado nas razões do recurso especial.

A alegada divergência jurisprudencial, por outro lado, não pode ser conhecida em razão da inexistência de similitude fática entre os arestos confrontados. Com efeito, o acórdão indicado como paradigma considera possível discutir, na ação expropriatória, matéria relativa à produtividade do imóvel expropriado, situação fática diversa daquela verificada nos presentes autos, em que se pretende promover discussão acerca do domínio.

Assim, à falta da efetiva comprovação do dissídio jurisprudencial, nos termos exigidos pelos arts. 541, do Código de Processo Civil e 255 do Regimento Interno desta Corte Superior, torna-se inviável o conhecimento do recurso nesse ponto.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

“Tributário e Processual Civil. Dissídio jurisprudencial. Inexistência de similitude fática entre os acórdãos confrontados. Denúncia espontânea. Art. 138 do CTN. Multa moratória e correção monetária. Cofins. Comercialização de imóveis. Incidência. Súmula n. 83-STJ.

1. Não se conhece da alegada divergência jurisprudencial nas hipóteses em que o recorrente, desatendendo o disposto no art. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ, não demonstra o necessário cotejo analítico.

2. Constitui pressuposto para a configuração do dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial a demonstração de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

Omissis.

6. Recurso especial não-conhecido.” (REsp n. 195.044-GO, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 18.04.2005)

“Recurso especial. Tributário. Imposto de Renda. Benefícios previdenciários pagos de modo acumulado. Alteração da alíquota de tributação. Impossibilidade. Lei n. 9.250/1995, art. 3º, parágrafo único. Inexistência de violação. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Dissenso pretoriano. Não caracterização. Art. 255 do RISTJ.

Omissis.

5. Não se conhece do recurso pela alínea c quando ausente a similitude fática entre as hipóteses em cotejo.

6. Recurso especial conhecido em parte, e, nessa, desprovido.” (REsp n. 667.238-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 28.02.2005)

À vista do exposto, o recurso especial deve ser parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 675.433-RS (2004/0113598-4)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Companhia Catarinense de Rádio e Televisão

Advogados: Guillermo Antônio Araújo Grau e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Sérgio Volker e outros



EMENTA

Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Contribuição previdenciária. Não-incidência. Participação dos empregados nos lucros da empresa. Natureza não-remuneratória. Art. 7º, XI, da CF. MP n. 794/1994. Tribunal de origem. Não-comprovação de que a verba refere-se à participação nos lucros. Súmula n. 7-STJ. Recurso desprovido.

1. Não viola os arts. 535, II, e 458, II, do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. O art. 7º, XI, da Constituição Federal, é norma de eficácia plena no que diz respeito à natureza não-salarial da verba destinada à participação nos lucros da empresa, pois explicita sua desvinculação da remuneração do empregado; no entanto, é norma de eficácia contida em relação à forma de participação nos lucros, na medida em que dependia de lei que a regulamentasse.

3. A Medida Provisória n. 794/1994 somente enfatizou a previsão constitucional de que os valores relativos à participação nos lucros da empresa não possuíam caráter remuneratório. Portanto, anteriormente à sua edição já havia norma constitucional prevendo a natureza não-salarial de tal verba, impossibilitando, assim, a incidência de contribuição previdenciária.

4. O Tribunal de origem entendeu que não restou comprovado que os pagamentos efetuados correspondiam efetivamente à participação dos empregados nos lucros da empresa. Todavia, para entender de forma diversa a essa conclusão, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula n. 7-STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 3 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 26.10.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto por Companhia Catarinense de Rádio e Televisão, com fundamento no art. 105, III, **a e c**, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo TRF da 4^a Região, assim ementado:

“Execução fiscal. Embargos. Contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salários. Pagamentos a título de participação dos empregados nos lucros da empresa. Multa fiscal.

A contribuição patronal sobre a folha de salários não incide sobre a participação dos empregados nos lucros da empresa (Lei n. 8.212/1991, art. 22, § 2^o), desde que paga em conformidade com a lei regulamentadora, que corresponde à MP n. 794/1994. Anteriormente à edição dessa MP, a exclusão da base de cálculo da contribuição previdenciária sobre os pagamentos registrados àquele título requer prova robusta de que o benefício efetivamente corresponda à participação dos trabalhadores nos resultados da empresa.

Não cabe ao Judiciário reduzir a multa fiscal moratória, se ela é imposta com base em graduação objetivamente estabelecida pela lei, porquanto não pode o juiz atuar como legislador positivo.

Apelação desprovida.” (Fl. 105)

Opostos embargos de declaração, esses foram parcialmente acolhidos para fins de prequestionamento.

No presente recurso especial, a ora recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. a) 535, II, e 458, II, do CPC, alegando que o Tribunal de origem omitiu-se na análise das questões levantadas em sede de embargos declaratórios; b) 28, § 9^o, **j**, da Lei n. 8.212/1991, e 457, § 1^o, da CLT, sob o argumento de ser indevida a cobrança de contribuição previdenciária sobre o montante referente à participação nos lucros da empresa, porquanto não possui natureza salarial. Afirma, outrossim, que “do cotejo analítico entre os acórdãos, se depreende que a decisão recorrida entende que os valores de participação nos lucros integram o salário de contribuição e, conseqüentemente, são passíveis de tributação a título de contribuição previdenciária. De modo totalmente diverso,



os acórdãos paradigmas entendem que tais valores não integram o salário de contribuição, mesmo antes da edição da Medida Provisória n. 794, de 1994, em razão do objetivo maior assegurado na Constituição Federal: a participação dos empregados nos lucros.” (Fl. 137)

Transcorreu *in albis* o prazo para apresentação das contra-razões.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): No que tange à ofensa aos arts. 535, II, e 458, II, do CPC, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não viola tais dispositivos, tampouco nega 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, conforme ocorreu no acórdão em exame, não se podendo cogitar de sua nulidade. Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag n. 571.533-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 21.06.2004; AgRg no Ag n. 552.513-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 17.05.2004; EDcl no AgRg no REsp n. 504.348-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 08.03.2004; REsp n. 469.334-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 05.05.2003; AgRg no Ag n. 420.383-PR, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 29.04.2002.

No mérito, ressalte-se, inicialmente, que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consagra o entendimento de que a norma inserta no art. 7^o, XI, da Constituição Federal, tem “eficácia plena na parte em que desvincula a verba de participação nos lucros da empresa, da remuneração” (REsp n. 698.810-RS, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 11.05.2006), vedando, assim, a incidência de contribuição previdenciária sobre tal parcela.

O referido dispositivo constitucional dispõe:

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

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada de sua remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.”

Nota-se que essa norma é de eficácia plena no que diz respeito à natureza não-salarial da verba destinada à participação nos lucros da empresa, pois explicita sua desvinculação da remuneração do empregado; no entanto, de eficácia contida em relação à forma de participação nos lucros, na medida em que dependia de lei que a regulamentasse.

Essa é a conclusão constante do voto condutor do acórdão de relatoria do Ministro Francisco Falcão, segundo o qual “a lei a que se refere a Constituição apenas poderá regulamentar a forma como será a participação nos lucros, não podendo, contudo, vincular tais valores à remuneração, sob pena de modificar o entendimento expresso no dispositivo legal supra transcrito” (REsp n. 698.810-RS, acima mencionado).

Infere-se, pois, que a Medida Provisória n. 794/1994 somente enfatizou a previsão constitucional de que os valores relativos à participação nos lucros da empresa não possuíam caráter remuneratório. Portanto, anteriormente à sua edição já havia norma constitucional prevendo a natureza não-salarial de tal verba, impossibilitando, assim, a incidência de contribuição previdenciária.

A propósito:

“Feitas essas considerações, bem é de ver que na espécie a autarquia defende a tese de que o art. 28, § 9º, letra j, da Lei n. 8.212/1991, por ausência de lei a disciplinar a participação nos lucros (prevista no art. 7º, inciso XI, da Constituição Federal), não pode ser aplicado. Alega que a lei específica veio a lume com a edição da Medida Provisória n. 794, de 29 de dezembro de 1994, ao passo que o caso presente refere-se ao período de fevereiro de 1988 a março de 1990.

Com isso, quer o INSS sustentar o caráter remuneratório da participação nos lucros, a dar respaldo à cobrança da contribuição previdenciária.

Essa tese, contudo, não merece prosperar.

Com efeito, dispõe o art. 7º, inciso XI, da Constituição Federal que:

(...)

A letra fria desse dispositivo da Carta Maior, embora não totalmente auto-aplicável ou de eficácia contida, é plenamente eficaz num ponto, mesmo antes da Medida Provisória n. 794, de 29 de dezembro de 1994, ou seja, no que diz respeito à desvinculação entre participação nos lucros e remuneração do trabalhador.

(...)

Deveras, jamais poderia lei ordinária dispor de modo diferente, dada a efetividade já contida na norma constitucional, no particular.



A leitura da norma inserida no § 9º, letra **j**, do art. 28 da Lei n. 8.212/1991, não poderia ser diversa da estampada nos presentes autos, porquanto não poderia a legislação ordinária restringir direito que a Carta Maior tratou de assegurar.

Conclui-se, portanto, que o Poder Constituinte originário, ao salvar a participação nos lucros como um direito social, cuja finalidade é a justiça social, não poderia ver sua obra fustigada pela legislação infra-constitucional, quando esta última enumera a necessidade de lei para que o comando constitucional venha ter efetividade.

Impende evidenciar que as verbas percebidas a título de participação nos lucros, mesmo antes da edição da Lei n. 8.212/1991 e da Medida Provisória n. 794/1994, não mereceram tratamento legal a justificar a incidência do salário-de-contribuição. Ressalte-se que não é na omissão da lei que poderá ser cobrada qualquer exação, pois, se assim fosse, estaríamos na vigência de um estado de insegurança jurídica, o que a própria Constituição Federal veda, na forma de inúmeros preceitos.

(...)

Ademais, a edição da Medida Provisória n. 794/1994 veio assegurar o caráter não remuneratório das verbas pagas a título de distribuição dos lucros aos empregados, a dispor também que não sofressem a incidência de contribuições trabalhistas nem previdenciárias, segundo denota-se da leitura do art. 3º, *verbis*:

‘Art. 3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista ou previdenciário’.

(...)” (REsp n. 283.512-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 31.03.2003)

Nessa linha de entendimento, cabe mencionar os seguintes precedentes desta Corte: REsp n. 698.810-RS, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 11.05.2006; REsp n. 420.390-PR, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 11.10.2004; REsp n. 283.512-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 31.03.2003; REsp n. 381.834-RS, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 08.04.2002.

Desse modo, tendo em vista a jurisprudência deste Tribunal Superior, não prevalece o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que “na época dos fatos, a lei regulamentadora da participação dos trabalhadores nos lucros da empresa não havia sido editada, o que só ocorreu em dezembro de 1994, por meio da MP n. 794/1994.” (Fl. 101)

Todavia, embora deva ser afastado tal fundamento, o recurso especial não merece ser provido, porquanto o Tribunal de origem entendeu que não restou comprovado que os pagamentos efetuados correspondiam efetivamente à participação dos empregados nos lucros da empresa, conforme a seguir transcrito:

“Portanto, ainda que não se possa exigir da empresa contribuinte o atendimento dos requisitos fixados em lei posterior aos fatos para que os referidos pagamentos sejam excluídos da base de cálculo da contribuição patronal (v.g., existência de acordo firmado entre a empresa e seus empregados que regulamente a participação nos lucros, arquivado justamente para fins de fiscalização, conforme preceitua a MP n. 794/1994), é indispensável a demonstração de que os pagamentos efetuados efetivamente correspondem à participação nos lucros.

Contudo, isso não ocorre nos autos. Não há qualquer início de prova no sentido de que os lançamentos efetuados tenham recaído sobre verbas que efetivamente correspondam à participação nos lucros. A propósito, transcrevo excerto da sentença recorrida, que bem apreciou a questão (fls. 67/68):

No caso em tela, ainda que se admitisse que a embargante não estava obrigada aos ditames da MP n. 794/1994, tendo em vista que a dívida é anterior a sua edição, mesmo assim, não há como desonerá-la de demonstrar com prova documental ou outra permitida em lei que realmente os valores pagos signifiquem participação nos lucros e resultados, tendo com eles alguma ligação lógica, para que se pudesse cogitar de seu eventual não enquadramento como remuneração, o que não fez, limitando-se a argumentar com normas nas quais admite não se enquadrar, sem apresentar prova quanto ao fato alegado. Nesse passo, poderia ter demonstrado a ligação entre os valores pagos na folha a título de participação nos lucros e os resultados havidos em balanço da empresa, o que não aparece nos autos sequer de forma indiciária, não vislumbrando este juízo, então, como dar guarida à pretensão constante na inicial.

Assim, se desde logo não se enquadram no disposto na norma os pagamentos efetuados, para descaracterizá-los como salário e, portanto, verba sujeita à contribuição previdenciária, caberia à embargante produzir prova robusta do desacerto da autuação, demonstrando cabalmente nos autos que, pela natureza dos valores pagos, não representavam ‘gratificações’ ou ‘abonos’ pagos pelo empregador e caracterizáveis como remuneração a teor do disposto no § 1º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, pois não é a denominação dada à verba paga que traz a sua natureza jurídica.



Assim, diante da inexistência de qualquer elemento de prova no sentido de que os pagamentos efetivamente correspondam à participação dos empregados nos lucros da empresa, a pretensão da embargante não merece acolhida no ponto.” (Fls. 102/103)

Ocorre que, para se entender de forma diversa a essa conclusão, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula n. 7-STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Sobre o tema, leciona o doutrinador Roberto Rosas, em sua obra Direito Sumular:

“O exame do recurso especial deve limitar-se à matéria jurídica. A razão dessa diretriz deriva da natureza excepcional dessa postulação, deixando-se às instâncias inferiores o amplo exame da prova. Objetiva-se, assim, impedir que as Cortes Superiores entrem em limites destinados a outros graus. Em verdade, as postulações são apreciadas amplamente em 1º grau, e vão, paulatinamente, sendo restringidas para evitar a abertura em outros graus.” (Malheiros Editores, 12ª ed., p. 342)

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Reexame de conjunto fático-probatório. Súmula n. 7-STJ.

1. Trata-se de agravo regimental (fls. 225/231) interposto por Concórdia Engenharia Ltda contra decisão (fls. 210/212) de minha lavra que negou provimento a agravo de instrumento. Aduz a agravante, em suma, que: a) o Tribunal *a quo* desobedece a lei ao apreciar um tipo de prova quando na verdade deveria examinar outros ou quando exige certo tipo de prova não exigido por lei; b) nesses casos, deve o Superior Tribunal de Justiça pronunciar-se a respeito. O que é vedado ao STJ é reexaminar o que já foi examinado; e c) na hipótese em exame, houve violação à Lei Federal, perpetrada por Tribunal local, infringindo normas de direito probatório.

2. O acórdão recorrido fundamentou-se, exclusivamente, no conjunto fático-probatório da controvérsia, sendo o seu reexame vedado em sede de recurso especial por força do Verbete n. 7 da Súmula desta Corte Superior, *litteris* ‘a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’.

3. Agravo regimental não-provido.” (AgRg no Ag n. 646.118-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 29.08.2005, p. 162)

“Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. ISSQN. Fato gerador. Local da prestação do serviço. Recurso especial. Ausência de pressupostos de admissibilidade. Reexame de prova e Súmula n. 83-STJ.

1. Inadmissível o recurso especial quando o acórdão recorrido decide a controvérsia com respaldo no substrato fático contido nos autos.

(...)

3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 735.209-MG, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 29.08.2005, p. 319)

“Agravo regimental. Agravo de instrumento. ICMS. Farelo de soja exportado. Inexistência de eiva no julgado recorrido. Tribunal de origem decidiu a lide com base em suporte fático-probatório. Incidência das Súmulas ns. 7 e 211 deste Sodalício.

(...)

O Tribunal *a quo*, ao estabelecer solução para a controvérsia, reportou-se a suporte fático-probatório contido nos autos. Concluir de modo diferente é ignorar o óbice disposto na Súmula n. 7 deste Sodalício.

Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 509.334-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 20.06.2005, p. 197)

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 710.388-GO (2004/0176385-1)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Ita — Empresa de Transportes Ltda

Advogados: Lúcio Gaião Torreão Braz e outros

Recorrente: Associação Goiana de Empreiteiros — Age

Advogados: Nelson Figueiredo e outro

Recorridos: Os mesmos

Interessado: Município de Goiânia

Advogados: Adriana Guimarães Xavier Thome e outros

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada. Ação declaratória. Edital de concorrência



pública. Impropriedade. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Extinção sem julgamento de mérito. Fixação de honorários advocatícios.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. 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.

2. Ação Declaratória de Nulidade de Licitação ajuizada pela Associação Goiana de Empreiteiros em face do Município de Goiânia e de Ita Empresa de Transportes Ltda, objetivando a declaração de nulidade do Edital de Concorrência Pública n. 1/97, no qual sagrou-se vencedora a empresa Ita — Empresa de Transportes Ltda, que foi extinta sem julgamento de mérito pelo Juiz Singular, a uma: ante a impropriedade da via eleita — ação declaratória — para rescindir contrato decorrente de licitação; a duas: ante a ilegitimidade *ativa ad causam* da autora, posto que estaria defendendo o interesse de apenas uma de suas associadas a Warres Engenharia e Saneamento Ltda.

3. Ação declaratória cujo pedido, que reclama interpretação (art. 293 do CPC), revela caráter constitutivo negativo.

4. A propositura de ação declaratória pressupõe a existência de controvérsia entre as partes quanto à relação jurídica na qual se funda a pretensão.

5. *In casu*, consoante noticia a sentença à fl. 629: “a Associação Goiana de Empreiteiros — Age não faz parte do negócio jurídico estabelecido entre o Município de Goiânia e Ita Empresa de Transportes Ltda, cuja relação jurídica está estabelecida entre estas duas partes, incabível é a presente Ação Declaratória, principalmente se esta ação não se presta à desconstituição de atos jurídicos, restrita que é às hipóteses dos incisos I e II, do art. 4º, do Código de Processo Civil. (...)”

6. Como é de sabença, os sindicatos ostentam *legitimatío ad causam* para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, como dispõe o art. 8º, III, da CF. Trata-se de legitimação extraordinária que decorre da titularidade da ação para a defesa de direito alheio, cognominada de “substituição processual”. Esse instituto está implícito no art. 5º, LXX da Carta Constitucional, que conferiu legitimidade ativa a diversas entidades para agir em juízo na defesa do direito de seus filiados.

7. Deveras, o STF, no que pertine à legitimidade da associação para representar seus associados, manifestou-se através do eminente Ministro Carlos Velloso, no voto-condutor do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 225.965/3-DF, publicado no DJ 05.03.1999, *litteris*:

(...)

Repito o que disse na decisão agravada: no art. 5º, LXX, b, da Constituição não distingue entre entidade de classe e organização sindical. Trata-se, aí, entretanto, de segurança coletiva. Quando a Constituição não distinguiu procedimentos judiciais, instituindo a substituição processual — CF, art. 8º, III, referiu-se, apenas, ao sindicato. E quando a Constituição exigiu autorização expressa dos filiados — CF, art. 5º, XXXI, referiu-se, apenas, à organização associativa. No voto que proferi no RMS n. 21.514-DF registrei a distinção, escrevendo que “entidades associativas não compreendem organizações sindicais, mas associações de classe de natureza diversa daquelas.

No caso, repito, porque a recorrente é uma associação de classe e porque tem-se, aqui, ação ordinária, tem aplicação a regra do art. 5º, XXI, da CF.”

8. *In casu*, sobreleva notar, a Recorrente é uma associação e ajuizou ação sob o procedimento ordinário, aplicando-se-lhe, portanto, a regra inserta no art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, que exige expressamente a autorização expressa dos filiados para representá-los judicialmente.

9. Com efeito, tendo o Tribunal de origem mantido a r. sentença extintiva, não subsiste condenação imposta à Associação Goiana de Empreiteiros, circunstância que atrai a incidência da regra do art. 20, § 4º, do CPC, devendo o julgador fixar os honorários advocatícios mediante apreciação equitativa.

10. Destarte, em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado que o arbitramento da verba honorária se fez de modo irrisório ou exorbitante, a jurisprudência desta Corte tem entendido cuidar-se de questão de direito e não de matéria fática, não incidindo, portanto, o óbice previsto na Súmula n. 7-STJ.

11. Ora, consoante se infere das razões expendidas no voto-condutor do acórdão hostilizado, o valor atribuído a título de honorários advocatícios, *in casu*, cinquenta mil reais, não se revela irrisório e tampouco exorbitante, tendo em vista que a sua fixação



levando-se em conta o valor da causa, para incidir percentual de 15% (quinze por cento) sobre a cifra de 76.899.734,40 (setenta e seis milhões, oitocentos e noventa e nove mil, setecentos e trinta e quatro reais e quarenta centavos), a toda evidência configuraria *quantum* exorbitante, considerando o trabalho desenvolvido pelos causídicos em razão da extinção da ação sem julgamento de mérito.

12. Recursos especiais interpostos por Ita — Empresa de Transportes Ltda e pela Associação Goiana de Empreiteiros desprovidos.

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 aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Sustentou oralmente pela parte recorrente Dr. Jonas Modesto da Cruz.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 20.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Tratam-se de dois recursos especiais interpostos por Ita — Empresa de Transportes Ltda (fls. 841/856) com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal e pela Associação Goiana dos Empreiteiros (fls. 879/895), com fulcro no art. 105, III, alínea”, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado:

“Ação declaratória. Edital de concorrência pública. Improriedade. Ilegitimidade *ativa ad causam*. Extinção sem julgamento de mérito. Honorários advocatícios.

1. Imprópria a ação declaratória para a declaração de nulidade de negócio jurídico.

2. A associação é entidade que aglutina o interesse comum (geral) de todas as suas associadas, não tendo legitimidade ativa, quando não autorizada a agir como substituta processual de interesse particular.

3. Por se tratar de sentença extintiva em ação declaratória, os honorários devem ser fixados na forma do § 4º do art. 20 do CPC, não estando o magistrado adstrito aos limites legais previstos no § 3º do mesmo artigo.

4. Recurso provido em parte.” (Fl. 822)

Noticiam os autos que a Associação Goiana dos Empreiteiros ajuizou Ação Declaratória de Nulidade de Licitação em face do Município de Goiânia e de Ita Empresa de Transportes Ltda, cujo processo foi extinto, sem julgamento do mérito, consoante sentença de fls. 619/636.

Irresignada, a Associação Goiana dos Empreiteiros interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás sustentando, em preliminar, que a sentença aplicou indevidamente do disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás deu parcial provimento ao recurso, apenas, para fixar os honorários na importância de R\$ 50.000,00, sob o fundamento de que, por se tratar de sentença extintiva em ação declaratória, os honorários devem ser fixados na forma do § 4º do art. 20 do CPC, não estando o julgador adstrito aos limites legais previstos no § 3º.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados, consoante julgado de fls. 833/836.

A primeira Recorrente, Ita — Empresa de Transportes Ltda, em sede de recurso especial, sustenta, preliminarmente, violação do art. 535 do CPC, ao fundamento de que a despeito da oposição de embargos de declaração, o Tribunal local não manifestou-se acerca da fixação dos honorários advocatícios. No mérito, aduz que o acórdão recorrido, ao fixar os honorários sem considerar a importância da causa (§ 3º, do art. 20, do CPC), violou o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, bem como divergiu de julgados do STJ. (REsp n. 153.028-RS, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 1ª.06.1998; REsp n. 210.017-MT, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 11.09.2000 e REsp n. 153.353-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20.09.1999)

A Associação Goiana dos Empreiteiros apresentou contra-razões, fls. 137/148, sustentando, em suma, que no acórdão recorrido não há valor da condenação para servir de base para a fixação dos honorários, porquanto o feito fora extinto sem julgamento de mérito, incidindo o princípio da equidade constante na regra do § 4º do art. 20 do CPC.

A segunda recorrente, Associação Goiana dos Empreiteiros (fls. 879/895), em sede de recurso especial, sustenta violação do art. 4º, parágrafo único e art. 20, § 4º do CPC, ao fundamento de que: a) é perfeitamente cabível a ação declaratória para constatar a ilegalidade de ato administrativo, *in casu*, licitação



pública e b) a Recorrente é parte legítima para figurar no pólo ativo da ação, porquanto como associação representa todas as empresas a ela associadas.

A Empresa Ita, em contra-razões às fls. 926/945, pugna pelo improvimento do recurso especial interposto pela Associação Goiana de Empreiteiros, ao fundamento *litteris*:

“O v. acórdão recorrido manteve inatacados os judiciosos fundamentos da r. sentença monocrática, que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por entender que a recorrente, Age, é carecedora da ação.

Tal como dito na contestação, a intenção da Recorrente é ver declarada ‘a nulidade da Concorrência n. 1/1997, realizada pela Prefeitura Municipal de Goiânia, bem como o Contrato n. 79/1998, firmado entre o Município de Goiânia e a empresa Ita empresa de Transportes Ltda (...)’.
(sic fl. 644, § 13)

Todavia, a Recorrente utilizou-se de via transversa, ação declaratória, cuja finalidade é dirimir incertezas ou dúvidas que, eventualmente, possam surgir de um negócio jurídico do qual não é parte, para pedir a sua anulação, conforme reiterado pelo Recorrente no § 22, fl. 887, do recurso especial.

(...)

Não se limita o pedido a anular a Concorrência n. 1/1997. O que a Recorrente vem postulando, de fato, é a nulidade do contrato firmado entre esta e o Município de Goiânia.

A questão é que a Recorrente valeu-se de uma ação de cunho meramente declarativo para obter a anulação de um negócio jurídico do qual, como já dito, ela sequer participou (...).

De outro lado, além de eleger erradamente a ação declaratória para anular um negócio jurídico, a Recorrente não demonstrou uma das condições da ação, declinada o art. 76 do Código Civil c.c. o art. 3^a, que é justamente o interesse de agir.’

Com base na provas dos autos, o v. acórdão afirma que, nesse aspecto, a Associação Goiana de Empreiteiros vem advogando, em seu nome, interesse privado de um único associado seu, a Warre Engenharia, mas sem poderes para tanto.

É acertado o posicionamento que não reconhece ao Recorrente os indispensáveis interesse e legitimidade.

(...)

Como já aduzido em linhas pretéritas, a intenção da Recorrente é ver declarada ‘a nulidade da Concorrência n. 1/1997, realizada pela Prefeitura Municipal de Goiânia, bem como do Contrato n. 79/1998, firmado entre o Município de Goiânia e a empresa Ita Empresa de Transportes Ltda (...)’, maliciosamente atribuindo à causa o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Todavia, o negócio jurídico que a Recorrente pretende anular atinge a importância de R\$ 76.899.734,40 (setenta e seis milhões, oitocentos e noventa e nove mil, setecentos e trinta e quatro reais e quarenta centavos).

(...)

Sob esse prisma, percebe-se que os honorários advocatícios arbitrados no v. acórdão vergastado não são exorbitantes, mas, sim, irrisórios, porquanto fixados à razão aproximada de 0,06% (zero vírgula zero seis por cento) do valor atribuído à causa, mormente se se considerar a responsabilidade civil dos advogados das partes, envolvidos no processo)(...)” (Fls. 926/936)

O recurso especial interposto por Ita — Empresa de Transporte Ltda foi inadmitido no Tribunal *a quo* (fls. 965/966), subindo a esta Corte por força de provimento ao Agravo de Instrumento n. 577.736-GO.

O recurso especial interposto pela Associação Goiana dos Empreiteiros foi inadmitido no Tribunal local (fls. 967/968), subindo a esta Corte por força de provimento ao Agravo de Instrumento n. 581.626-GO.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço dos recursos especiais interpostos por Ita — Empresa de Transporte Ltda e pela Associação Goiana dos Empreiteiros, uma vez que a matéria restou devidamente prequestionada, bem como demonstrada a divergência, nos moldes exigidos pelo RISTJ.

Versam os autos, originariamente, ação declaratória de nulidade de licitação ajuizada pela Associação Goiana de Empreiteiros em face do Município de Goiânia e de Ita Empresa de Transportes Ltda, cujo processo foi extinto sem julgamento do mérito, consoante sentença de fls. 619/636.

Irresignada, a Associação Goiana dos Empreiteiros interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás sustentando, em preliminar, que a sentença utilizou indevidamente do disposto no art. 20, § 3º do CPC.



O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás deu parcial provimento ao recurso, apenas, para fixar os honorários na importância de R\$ 50.000,00, sob o fundamento de que, por se tratar de sentença extintiva em ação declaratória, os honorários devem ser fixados na forma do § 4º do art. 20 do CPC, não estando o julgador adstrito aos limites legais previstos no § 3º, consoante acórdão, *verbis*:

“Ação declaratória. Edital de concorrência pública. Improriedade. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Extinção sem julgamento de mérito. Honorários advocatícios.

1. Imprópria a ação declaratória para a declaração de nulidade de negócio jurídico.

2. A associação é entidade que aglutina o interesse comum (geral) de todas as suas associadas, não tendo legitimidade ativa, quando não autorizada a agir como substituta processual de interesse particular.

3. Por se tratar de sentença extintiva em ação declaratória, os honorários devem ser fixados na forma do § 4º do art. 20 do CPC, não estando o magistrado adstrito aos limites legais previstos no § 3º do mesmo artigo.

4. Recurso provido em parte.” (Fl. 822)

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados, consoante julgado de fls. 833/836.

Ultrapassadas as questões preliminares e feitas as considerações pertinentes, subjaz o exame de mérito dos recursos especiais.

Ofensa ao art. 535, do CPC

Com efeito, na hipótese *sub examine*, a violação do art. 535 do CPC não restou configurada. Isto porque o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração. 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, consoante se infere do voto condutor dos embargos de declaração às fls. 335/342.

Nesse sentido confira-se, à guisa de exemplo, julgado desta Relatoria no REsp n. 665.538-PE, DJ 17.12.2004, *litteris*:

“Processual Civil. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. 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.

2. Recurso especial a que se nega seguimento (art. 557, *caput*, do CPC).

Ação declaratória objetivando a nulidade de negócio jurídico

Com efeito, a Associação Goiana de Empreiteiros ajuizou ação declaratória, objetivando a declaração de nulidade do Edital de Concorrência Pública n. 1/1997, no qual sagrou-se vencedora a empresa Ita — Empresa de Transportes Ltda, que foi extinta sem julgamento de mérito pelo Juiz Singular, a uma: ante a impropriedade da via eleita — ação declaratória — para rescindir contrato decorrente de licitação; a duas: ante a ilegitimidade ativa *ad causam* da autora, posto que estaria defendendo o interesse de apenas uma de suas associadas a Warres Engenharia e Saneamento Ltda.

In casu, consoante se infere do voto-condutor do acórdão hostilizado a Associação Goiana de Empreiteiros, a despeito de denominar como declaratória a ação interposta em face do município, a sua pretensão revela nítido caráter constitutivo negativo.

Deveras, a propositura de ação declaratória pressupõe a inexistência de controvérsia entre as partes quanto ao fato na qual se funda a pretensão declaratória.

Ocorre que, na hipótese *sub examine*, consoante noticia a sentença à fl. 629: “a Associação Goiana de Empreiteiros — Age não faz parte do negócio jurídico estabelecido entre o Município de Goiânia e Ita Empresa de Transportes Ltda, cuja relação jurídica está estabelecida entre estas duas partes, incabível é a presente ação declaratória, principalmente se esta ação não se presta à desconstituição de atos jurídicos, restrita que é às hipóteses dos incisos I e II, do art. 4º, do Código de Processo Civil. (...)”

Nesse sentido, confira-se julgados desta Corte:

“Declaratória. Carência de ação. A pretensão de reconhecimento de vício no negócio jurídico e de sua anulabilidade delira da abrangência da ação declaratória. Recurso especial de que não se conheceu.” (REsp n. 6.227-GO, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJ 1º.06.1992)

“Processo Civil. Ação declaratória. Art. 4º, I, CPC. Pedido declaratório a mascarar. Pretensão a anulação de negócio jurídico. Descabimento. Recurso desacolhido. A ação declaratória tem por finalidade a declaração da existência, ou inexistência, de uma relação jurídica, não se prestando a albergar pedido de desconstituição de situação jurídica.” (REsp n. 40.344-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 03.11.1997)



Ofensa ao art. 4º, I, do CPC

A Associação Goiana de Empreiteiros — Age alega que as Associações têm legitimidade ativa *ad causam* para a defesa de interesses individuais da categoria independentemente da autorização expressa dos substituídos.

Como é de sabença, os sindicatos ostentam *legitimatío ad causam* para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, como dispõe o art. 8º, III, da CF. Trata-se de legitimação extraordinária que decorre da titularidade da ação para a defesa de direito alheio, cognominada de “substituição processual”. Esse instituto está implícito no art. 5º, LXX da Carta Constitucional, que conferiu legitimidade ativa a diversas entidades para agir em juízo na defesa do direito de seus filiados.

Com efeito, o Tribunal local bem examinou a questão concernente à legitimidade da Associação, consoante se extrai de trecho do voto-condutor do aresto hostilizado, *verbis*:

“A Associação, como se observa, é entidade que aglutina o interesse comum (geral) de todas as suas associadas, e não apenas de uma delas, a qual está tutelando no feito, no caso a Warre Engenharia e Saneamento Ltda.

Esclarece bem a questão o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, quando observa: *In casu*, vê-se que a apelante atuou como substituta processual da empresa Warre Engenharia e Saneamento Ltda, em nome próprio, porém, buscando a proteção de direito individual desta, na medida em que o cerne de toda a questão centra-se na inabilitação da mesma para participar do procedimento licitatório promovido pelo Município de Goiânia’.

Porém, o estatuto social da recorrente somente a autoriza a atuar na defesa dos interesses de todos seus membros associados e não de um ou de outro individualmente.

Além disso vislumbra-se que a associação somente está autorizada a representar suas associadas e não substituí-las processualmente, em legitimação extraordinária.

Não bastasse isto, referido estatuto prevê a promoção dos interesses de suas associadas mediante representação, somente perante repartições públicas, e não em juízo.

Por outro lado, o art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, expressa que ‘as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente’.

‘È certo que essa autorização pode estar prevista em lei, nos estatutos, ou ser dada individualmente pelos associados, hipóteses estas, ressalte-se, não configuradas no caso sub examine. Como bem discorreu o juiz *a quo*, a apelante ‘está exercendo a ação em causa própria, mas o faz em nome de Warre Engenharia e Saneamento Ltda, que não lhe conferiu tal poder (fls. 714/15)’.

Deveras, a Associação Goiana de Empreiteiros ajuizou Ação Declaratória de Nulidade de Licitação em face do Município de Goiânia e de Ita Empresa de Transportes Ltda, objetivando a declaração de nulidade do Edital de Concorrência Pública n. 1/1997 e do Contrato celebrado com a empresa vencedora do certame (Ita — Empresa de Transportes Ltda).

Sobre a legitimidade da associação para representar seus associados, manifestou-se o eminente Ministro Carlos Velloso, no voto-condutor do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 225.965/3-DF, publicado no DJ 05.03.1999, *litteris*:

“(…)

Destaco da decisão agravada, de minha lavra:

No RE n. 181.438-SP, de que fui relator, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, decidiu:

“Ementa: Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. CF art. 5º, LXX, **b**.

I - A legitimação das organizações entidades de classe ou associações, para a coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em substituição processual. CF art. 5º, LXX.

II - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla hipótese de representação.

III - O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.

IV - RE conhecido e provido.”



No mesmo sentido, tratando-se de segurança coletiva: RE ns. 182.543-SP e 212.707-DF, ambos por mim relatados, e 141.733-SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão.

Registre-se, entretanto, que tais decisões foram tomadas relativamente ao mandado de segurança coletivo: CF, art. 5º, LXX, b.

No caso sob julgamento não se tem mandado de segurança coletivo, mas ação sob o procedimento ordinário. Neste caso, evidentemente, não há invocar o art. 5º, LXX, b, da CF. Seria impertinente, também, a invocação do art. 8º, III, da mesma Carta, dado que a mencionada norma tem como destinatário o sindicato. A recorrente não é sindicato, mas entidade de classe. No art. 5º, LXX, b, a Constituição não distingue entre entidade de classe e organização sindical. Trata-se, aí, entretanto, conforme já foi dito, de segurança coletiva. Quando a Constituição não distinguiu procedimentos judiciais, instituindo a, substituição processual — CF, art. 8º, III, distinguiu, entretanto, entre entidade de classe e organização sindical, conferindo a substituição processual apenas ao sindicato. E quando a Constituição exigiu autorização expressa dos filiados, CF, art. 5º, XXI, distinguiu entre entidade associativa e organização sindical: a autorização é exigida daquela, apenas. No voto que proferi no RMS n. 21.514-DF, registrei a distinção, escrevendo que “entidades associativas” não compreendem organizações sindicais, mas associações de classe, de natureza jurídica diversa daquelas.

Assim posta a questão, verifica-se que o RE é inviável: a recorrente é uma associação de classe e tem-se, no caso, ação ordinária. Aplica-se-lhe, portanto, a regra do art. 5º, XXI, da CF (...).” (Fls. 528/529) (grifos nossos)

A decisão é de ser mantida, por seus fundamentos.

A uma, porque, tratando-se de segurança coletiva, ter-se-ia de Substituição processual. Neste caso, não seria exigida a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da CF que contempla hipótese de representação: RE n. 181.438-SP, Velloso. Plenário, DJ 04.10.1996.

No caso, não se tem mandado de segurança coletivo, mas ação sob o procedimento ordinário.

Por isso, deixei expresso, na decisão agravada, que, aqui, não há invocar o art. 5º, LXX, b, tampouco o art. 8º, III, ambos da Constituição, dado que as referidas normas têm como destinatário organização sindical e a ora agravante é entidade de classe e não organização sindical.

Repito o que disse na decisão agravada: no art. 5º, LXX, b, da Constituição não distingue entre entidade de classe e organização sindical. Trata-se,

aí, entretanto, de segurança coletiva. Quando a Constituição não distinguiu procedimentos judiciais, instituindo a substituição processual, CF, art. 8º, III, referiu-se, apenas, ao sindicato. E quando a Constituição exigiu autorização expressa dos filiados, CF, art. 5º, XXXI, referiu-se, apenas, à organização associativa. No voto que proferi no RMS n. 21.514-DF registrei a distinção, escrevendo que “entidades associativas não compreendem organizações sindicais, mas associações de classe de natureza diversa daquelas. (Grifos nossos)

No caso, repito, porque a recorrente é uma associação de classe e porque tem-se, aqui, ação ordinária, tem aplicação a regra do art. 5º, XXI, da CF.”

In casu, sobreleva notar, a Recorrente é uma associação e ajuizou ação sob o procedimento ordinário, aplicando-se-lhe, portanto, a regra inserta no art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, que exige expressamente a autorização expressa dos filiados para representá-los judicialmente.

Ofensa ao art. 20, § 3º e 4º do CPC

No que pertine à fixação de honorários, tanto a empresa Ita — Empresa de Transportes Ltda quanto à Associação Goiana de Empreiteiros apresentaram recurso especial.

A Empresa — Empresa de Transportes Ltda aduz que o acórdão recorrido, ao fixar os honorários sem considerar a importância da causa (§ 3º, do art. 20, do CPC), violou o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, bem como divergiu de julgados do STJ.

Por outro lado, a Associação Goiana de Empreiteiros sustenta ofensa ao disposto no § 4º, do art. 20 do CPC, ao fundamento de que honorários fixados pelo Tribunal *a quo* (R\$ 50.000,00) revelam-se exorbitantes, tendo em vista a ausência de condenação na ação declaratória, que, inclusive, foi extinta sem julgamento de mérito.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás deu parcial provimento ao recurso, apenas, para fixar os honorários na importância de R\$ 50.000,00, sob o fundamento, *litteris*:

“(…)

Como não houve condenação, por se tratar de sentença extintiva em ação declaratória, os honorários devem ser fixados na forma do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não estando o magistrado adstrito aos limites legais previstos no § 3º do mesmo artigo.

Certo é que o julgador pode até fixar sobre o valor da causa, segundo apreciação equitativa, mas a fixação levando-se em conta tal parâmetro é



extremamente absurda, tendo em vista que os honorários incidiriam em percentual de 15% (quinze por cento) sobre a cifra de R\$ 76.899.734,40 (setenta e seis milhões, oitocentos e noventa e nove mil, setecentos e trinta e quatro reais e quarenta centavos), pois como bem define Nelson Nery Jr: “o critério da equidade deve ter em conta o justo, não vinculado à legalidade, não significado necessariamente modicidade” (*Princípios do Código Processo Civil*, ed. RT, p. 54)

Assim sendo, hei por reformar a r. Sentença neste aspecto para fixar os honorários na importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), consoante interpretação do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.” (Fls. 820/821)

Com efeito, tendo o Tribunal de origem mantido a r. sentença de improcedência do pedido, não subsiste condenação imposta à Associação Goiana de Empreiteiros, circunstância que atrai a incidência da regra do art. 20, § 4º, do CPC, devendo o julgador fixar os honorários advocatícios mediante apreciação equitativa.

Destarte, em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado que o arbitramento da verba honorária se fez de modo irrisório ou exorbitante, a jurisprudência desta Corte tem entendido cuidar-se de questão de direito e não de matéria fática, não incidindo, portanto, o óbice previsto na Súmula n. 7-STJ, consoante se infere dos julgados, *litteris*:

“Processual Civil. Fixação de honorários advocatícios. Irrisoriidade. Revisão. Possibilidade.

1. Em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado que o arbitramento da verba honorária se fez de modo irrisório, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido cuidar-se de questão de direito e não de matéria fática, não incidindo, portanto, o óbice previsto na Súmula n. 7-STJ.

2. *In casu*, verifica-se que o valor da causa alcança a vultosa quantia de dois milhões de reais, restringindo-se a fixação de verba honorária em quinhentos reais. Ora, sendo irrisório o valor atribuído a título de honorários advocatícios, é possível a revisão de sua fixação pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedente: REsp n. 331.108-PR, Relator Ministro Menezes Direito, DJ 05.08.2002.

3. Recurso Especial provido.” (REsp n. 675.095-RJ, desta relatoria, DJ 25.05.2005)

“Honorários de advogado. Incidência do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil. Valor irrisório. Precedentes da corte.

1. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Privado está assentada no sentido da possibilidade de revisão do valor dos honorários, fixados com base no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, quando, consideradas as circunstâncias da causa, ínfimo, irrisório, o que ocorre neste feito, para evitar que se amesquinhe a verba honorária ao abrigo do conceito de equidade.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 331.108-PR, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05.08.2002)

In casu, verifica-se que o valor da causa alcança a vultosa quantia de R\$ 76.899.734,40 (setenta e seis milhões, oitocentos e noventa e nove mil, setecentos e trinta e quatro reais e quarenta centavos), e o Tribunal *a quo*, consideradas as peculiaridades do acaso, reduziu a verba honorária ao valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ora, consoante se infere das razões expendidas no voto-condutor do acórdão hostilizado, o valor atribuído a título de honorários advocatícios, *in casu*, cinquenta mil reais, não se revela irrisório e tampouco exorbitante, tendo em vista que a sua fixação levando-se em conta o valor da causa, para incidir percentual de 15% (quinze por cento) sobre a cifra de R\$ 76.899.734,40 (setenta e seis milhões, oitocentos e noventa e nove mil, setecentos e trinta e quatro reais e quarenta centavos), à toda evidência configuraria *quantum* exorbitante, considerando o trabalho desenvolvido pelos causídicos em razão da extinção da ação sem julgamento de mérito.

Ex positis, nego provimento aos recursos especiais interpostos por Ita — Empresa de Transportes Ltda e pela Associação Goiana de Empreiteiros.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 717.254-RS (2005/0011368-9)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Jaqueline Maggioni Piazza e outros

Recorrido: Banco do Brasil S/A

Advogados: Orival Grahl e outros



EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Admissibilidade. Súmula n. 7-STJ. Prodição de prova pericial. Necessidade. Princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada. Contribuição previdenciária. Ajuda de custo. Utilização de veículo próprio.

1. O princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, a teor do que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil, revela que ao magistrado cabe apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos.

2. O Recurso especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula n. 7-STJ.

3. A Previdência Social é instrumento de política social do governo, sendo certa que sua finalidade primeira é a manutenção do nível de renda do trabalhador em casos de infortúnios ou de aposentadoria, abrangendo atividades de seguro social definidas como aquelas destinadas a amparar o trabalhador nos eventos previsíveis ou não, como velhice, doença, invalidez: aposentadorias, pensões, auxílio-doença e auxílio-acidente do trabalho, além de outros benefícios ao trabalhador.

4. A concessão dos benefícios restaria inviável não houvesse uma contraprestação que assegurasse a fonte de custeio.

5. Consectariamente, o fato ensejador da contribuição previdenciária não é a relação custo-benefício e sim a natureza jurídica da parcela percebida pelo servidor, que encerra verba recebida em virtude de prestação do serviço.

6. Tratando-se de uma reparação pelos gastos efetuados pelo empregado para a realização do serviço no interesse do empregador, a ajuda de custo tem natureza indenizatória, não se integrando ao salário. Incorporar-se-á a este, todavia, quando impropriamente paga de forma habitual, como contraprestação pelo serviço realizado.

7. Hipótese em que as verbas pagas pelo Banco do Brasil aos seus empregados a título de ajuda de custo em razão da utilização de veículo próprio para transporte, não ostentam caráter habitual, mas, antes, natureza de reembolso das despesas efetuadas por estes para a realização do serviço, tanto que, para a percepção dos valores pelos empregados, eram exigidos o registro e a demonstração dos gastos havidos com transporte próprio para fins do serviço.

8. Destarte, forçoso concluir que as mencionadas verbas não integraram os salários dos empregados, uma vez que não eram habituais, mas tiveram por escopo indenizar os gastos com combustível despendidos pelos funcionários na realização de serviços externos, afastando a incidência, sobre elas, da contribuição previdenciária.

9. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, desprovido.

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, 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 e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Tributário. Ação anulatória. Indeferimento de produção de provas pelo juiz. Cerceamento de defesa. Contribuição previdenciária. Incidência sobre verba paga a título de ressarcimento de despesas com utilização de veículo próprio por quilômetro rodado. Honorários.

1. Não há falar em cerceamento de defesa, se o Juiz considera desnecessária a realização de prova técnica para a solução da lide, tendo em vista tratar-se de matéria exclusivamente de direito.

2. As verbas comprovadamente destinadas a ressarcir os empregados de despesas efetuadas, tais como o reembolso pela utilização de veículo próprio, não constituem fato gerador de contribuição previdenciária.

3. Verba honorária mantida.”

Consta dos autos que o Banco do Brasil S/A ajuizou em face do recorrente ação anulatória de débito previdenciário, referente ao não-recolhimento de



contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos a seus empregados a título de utilização de veículo próprio destes para transporte.

O pedido foi julgado procedente em primeira instância, tendo a autarquia previdenciária apelado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, nos termos da ementa acima confirmou a sentença impugnada.

Em sede de recurso especial, o INSS alega violação dos arts. 28, I, da Lei n. 8.212/1991 e 130 e 330 do CPC.

Contra-razões às fls. 396/400, pugnando pelo desprovimento do recurso.

O recurso especial foi admitido na instância de origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impende consignar a existência de prequestionamento da questão federal, viabilizando o processamento do recurso.

No pertinente à alegação de cerceamento de defesa, e conseqüente vulneração aos arts. 130 e 330, I, do CPC, desassiste razão ao Recorrente.

O v. aresto recorrido, julgando recurso de Apelação, consignou ser desnecessária a produção de prova pericial para o deslinde da presente controvérsia, tendo em vista tratar-se de matéria exclusivamente de direito.

Cumpra assinalar que inexistente, *in casu*, qualquer ilegalidade no acórdão impugnado, porquanto, consagrando o princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, a teor do que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil, ao magistrado cabe apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos.

Ora, a verificação da necessidade de produção de prova técnica para construir o convencimento do julgador demanda indispensável reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em sede de recurso especial, ante o disposto na Súmula n. 7, deste Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.”

Quanto ao mérito do inconformismo, melhor sorte não socorre ao Recorrente.

A controvérsia dos autos cinge-se à incidência ou não da contribuição previdenciária sobre os valores pagos pelo Banco do Brasil S/A aos seus empregados em razão da utilização de veículo próprio para transporte.

Consoante é de sabença, a Previdência Social é instrumento de política social do governo, sendo certo que sua finalidade primeira é a manutenção do nível de renda do trabalhador em casos de infortúnios ou de aposentadoria, abrangendo atividades de seguro social definidas como aquelas destinadas a amparar o trabalhador nos eventos previsíveis ou não, como velhice, doença, invalidez, aposentadorias, pensões, auxílio-doença e auxílio-acidente do trabalho, além de outros benefícios ao trabalhador.

Por seu turno, o art. 195, § 5º, da Carta Magna determina que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Assim, a concessão dos benefícios restaria inviável não houvesse contraprestação que assegurasse a fonte de custeio.

Como é cediço, o sistema de previdência social vem sendo reformulado no afã de imprimir uma melhor distribuição de rendas, bem como reduzidas as desigualdades sociais, como se revelou o escopo da Emenda Constitucional n. 20 de 15.12.1998, que trouxe novos contornos à Previdência Social, que assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

Por outro lado, o art. 28 da Lei n. 8.212/1991 preceitua que:

“Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

- I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 8º e respeitados os limites dos §§ 3º, 4º e 5º deste artigo;



II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para a comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração;

III - para o trabalhador autônomo e equiparado, empresário e facultativo: o salário-base, observado o disposto no art. 29.

1ª Quando a admissão, a dispensa, o afastamento ou a falta do empregado ocorrer no curso do mês, o salário-de-contribuição será proporcional ao número de dias de trabalho efetivo, na forma estabelecida em regulamento.

2ª O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição.

3ª O limite mínimo do salário-de-contribuição é de um salário-mínimo, tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo durante o mês.

4ª O limite mínimo do salário-de-contribuição do menor aprendiz corresponde à sua remuneração mínima definida em lei.

5ª O limite máximo do salário-de-contribuição é de Cr\$ 170.000,00 (cento e setenta mil cruzeiros), reajustado o partir da data da entrada em vigor desta lei, na mesma época e com os mesmos índices que os do reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social.

6ª No prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data de publicação desta lei, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei estabelecendo a previdência complementar, pública e privada, em especial, para os que possam contribuir acima do limite máximo estipulado no parágrafo anterior deste artigo.

7ª O décimo terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição, na forma estabelecida em regulamento.

8ª O valor total das diárias pagas, quando excedente a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal, integra o salário-de-contribuição pelo seu valor total.

9ª Não integram o salário-de-contribuição:

a) as cotas do salário-família recebidas nos termos da lei;

b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei n. 5.929, de 30 de outubro de 1973;

c) a parcela *in natura* recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei n. 6.321, de 14 de abril de 1976;

d) os abonos de férias não excedentes aos limites da legislação trabalhista;

e) a importância recebida a título de aviso prévio indenizado, férias indenizadas, indenização por tempo de serviço e indenização a que se refere o art. 9º da Lei n. 7.238, de 29 de outubro de 1984;

f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;

g) a ajuda de custo recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado;

h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;

i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei n. 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com a lei específica.

Consoante se observa, foi assegurado aos trabalhadores regime de previdência de caráter contributivo, verificando-se os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Deveras, o fato ensejador da contribuição previdenciária não é a relação custo-benefício e sim a natureza jurídica da parcela percebida pelo empregado, vale dizer: tratando-se de verba recebida em virtude de prestação do serviço exercido, deverá necessariamente contribuir para a previdência social.

Na hipótese dos autos, impõe-se definir a natureza das verbas recebidas pelos funcionários do Banco do Brasil, a título de ajuda de custo em razão da utilização de veículo próprio para transporte.

A respeito do tema, confira-se a doutrina de Amauri Mascaro Nascimento:

“Ajuda de custo é o valor dado ao empregado pelo empregador para fazer frente aos gastos de movimentação em serviço. Pressupõe exercício de atividades fora do estabelecimento. Assim, não é adequado denominar ajuda de custo o pagamento feito a empregado que cumpre a sua função unicamente em atividades internas. A sua finalidade é a satisfação das despesas exigidas pelo deslocamento do trabalhador, decorrentes de transporte, alimentação, representação, etc. Tem natureza jurídica indenizatória. Porém, se imprópria, passa a ser considerada salário. *Para saber se a ajuda de custo é própria (indenização) ou imprópria (salário) é preciso verificar a*



destinação do pagamento feito a esse título. Se, realmente, o seu fim é o ressarcimento dos gastos de locomoção, não há dúvida quanto à sua espécie. Será indenização, não se incorporando ao salário. No entanto, se o empregado não movimenta-se, no exercício das suas atribuições, em atividades externas ao estabelecimento, recebe parte do seu ganho com o nome ajuda de custo, será imprópria essa qualificação jurídica.

(...)

Para Orlando Gomes (*O Salário no Direito Brasileiro*, 1947, ed. Konfino, p. 54), ‘a ajuda de custo é a soma dada pelo empregador para que o empregado possa satisfazer certas despesas. Não tem caráter continuativo, sendo, propriamente uma indenização. Paga periodicamente, perde sua natureza, não importando que conserve o nome.’ (*O Salário no Direito Brasileiro*, São Paulo, Editora LTr, p. 181)

Conclui-se, assim, que, tratando-se de uma reparação pelos gastos efetuados pelo empregado para a realização do serviço no interesse do empregador, a ajuda de custo tem natureza indenizatória, não se integrando ao salário. Incorporar-se-á a este, todavia, quando impropriamente paga de forma habitual, como contraprestação pelo serviço realizado.

In casu, as instâncias ordinárias, soberanas na apreciação das matérias fáctico-probatórias, firmaram o entendimento de que as verbas pagas pelo Banco do Brasil aos seus empregados a título de ajuda de custo em razão da utilização de veículo próprio para transporte, não ostentam caráter habitual, mas, antes, natureza de reembolso das despesas efetuadas por estes para a realização do serviço, tanto que, para a percepção dos valores pelos empregados, eram exigidos o registro e a demonstração dos gastos havidos com transporte próprio para fins do serviço.

Destarte, forçoso concluir que as mencionadas verbas não integraram os salários dos empregados, uma vez que não eram habituais, mas tiveram por escopo indenizar os gastos com combustível despendidos pelos funcionários na realização de serviços externos, afastando a incidência, sobre elas, da contribuição previdenciária.

Em casos semelhantes ao dos autos, o egrégio Tribunal Superior do Trabalho adotou o mesmo posicionamento, consoante se depreende dos precedentes abaixo:

“Quilometragem. Ajuda de custo. Integração.

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tal parcela possui natureza indenizatória, sendo paga ao empregado como ressarcimento

pelas despesas decorrentes da utilização de seu próprio veículo, a serviço da empresa, constituindo espécie de ‘ajuda de custo’, prevista no § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho. Seu objetivo é ressarcir despesas com uso do veículo do empregado na execução do serviço, e não pagamento pelo serviço prestado, tendo, portanto, natureza indenizatória.

(...)

Recurso parcialmente conhecido, mas deprovido.” (RR n. 505.098, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 03.05.2002)

“Verba ‘quilometragem’. Natureza indenizatória.

Paga ao empregado como ressarcimento pelas despesas decorrentes da utilização de seu próprio veículo, a serviço da empresa, a parcela ‘quilometragem’ constitui espécie de ajuda de custo, prevista no § 2º do art. 457 da CLT.

Assim, como não representa pagamento pelo serviço prestado, reveste-se de natureza indenizatória, sendo indevida a sua integração ao salário.

Recurso parcialmente conhecido e provido.” (RR n. 508.572, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 16.06.2002)

“Verba quilometragem. Natureza salarial.

Não integra o salário verba paga a título de quilometragem, mesmo que mensalmente, eis que seu objeto é ressarcir despesas de veículo do empregado na execução de seu serviço, e não um pagamento pelo serviço prestado, tendo, portanto, a parcela, natureza meramente indenizatória.” (RR n. 264.126, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 27.11.1998)

Outro não foi o entendimento adotado pela Primeira Turma do STJ:

“Tributário. Salário-de-contribuição. Despesas de quilometragem. Contribuição previdenciária. Natureza indenizatória. Não-incidência.

1. A utilização de veículo do próprio empregado é um benefício em favor da empresa, por sujeitar seu patrimônio aos riscos e depreciações, custos esses que bem podem ser dimensionados com a comparação de valores locatícios de veículos em empresas especializadas, tudo a indicar inexistir excesso de valores indenizados.

2. O ressarcimento das despesas realizadas a título de quilometragem, prestadas por empregados que fazem uso de seus veículos particulares, não tem natureza salarial, não integrando, assim, o salário-de-contribuição para fins de pagamento da previdência social.

3. Situação diversa ocorre quando a empresa não efetua tal ressarcimento, pelo que passa a ser devida a contribuição para a previdência social,



porque tal valor passou a integrar a remuneração do trabalhador. No caso, têm as referidas despesas natureza utilitária em prol do empregado. São ganhos habituais sob forma de utilidades, pelo que os valores pagos a tal título integram o salário-de-contribuição.

4. Recurso não provido.” (REsp n. 395.431-SC, Relator Ministro José Delgado, DJ 25.03.2002)

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 724.507-PR (2005/0023671-2)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrida: International Importação e Exportação de Aeronaves Ltda

Advogados: José Carlos Cal Garcia Filho e outros

Interessada: Fazenda Nacional

Procuradores: dolizete Fátima Mechelin e outros

EMENTA

Processual Civil. Ação anulatória de débito fiscal. Ministério público. Intervenção como assistente da Fazenda Pública. Descabimento.

1. No processo civil, a legitimação de terceiro para intervir como assistente de uma das partes supõe a existência de interesse jurídico próprio, que se qualifica por uma das seguintes circunstâncias: a) a de ser titular de uma relação jurídica sujeita a sofrer efeitos reflexos da sentença, caso em que pode intervir como assistente simples (CPC, art. 50); ou b) a de ser co-titular da própria relação jurídica que constitui o objeto litigioso, caso em que poderá intervir como assistente litisconsorcial (CPC, art. 54).

2. O Ministério Público, no exercício das suas funções institucionais, não é titular de interesse jurídico assim qualificado. Cumpre-lhe, por força da Constituição (art. 127), tutelar a ordem jurídica, o sistema democrático e os interesses sociais, ou seja, o interesse público genericamente considerado, razão pela qual a sua intervenção em processo

de que não é parte se dá, não como assistente de um dos litigantes, mas pela forma própria e peculiar de custos legis (art. 82 do CPC).

3. Recurso improvido.

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, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 05.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional em face de acórdão do TRF da 4ª Região que, em agravo de instrumento de decisão que indeferiu pedido do Ministério Público para atuar como assistente da União em ação anulatória de lançamento, negou provimento ao recurso, ao argumento de que a) “a mera declaração de nulidade dos lançamentos, porque realizados por agentes incompetentes, não traz (...) influência direta sobre a investigação da materialidade do crime imputado à autora” (fl. 202-v); b) “o Ministério Público não manifesta interesse jurídico, o que não interfere, deveras, no seu interesse jurídico no que tange ao direito penal” (fl. 203); c) “o dano à coletividade deflagrado pelo suposto crime não decorre apenas dos impostos não recolhidos, mas pode ser encontrado, outrossim, em outros delitos cuja autoria é imputada à agravada” (fl. 203); d) “no que respeita ao interesse na apreciação da arguição de falsidade, a despeito de constituir questão para a qual está o Ministério Público repleto de interesse e de legitimidade, também não lhe aproveita para fins de admissão de assistência, porque a discussão travada nos autos é eminentemente de direito, versando sobre a competência dos auditores fiscais responsáveis pela fiscalização e autuação, não sendo necessária, para tanto, dilação probatória, não lhe aquilantando ostentar, por isso, condição de interessado jurídico.” (Fl. 203)

Opostos embargos de declaração (fls. 211/213), foram parcialmente acolhidos para fins de prequestionamento dos arts. 50, 288 e 299 do CPC e 12, I, da



Lei n. 8.137/1990 (fls. 219/222). No recurso especial (fls. 225/234), o recorrente aponta ofensa ao art. 50 do CPC, alegando, em síntese, que a) a nulidade dos autos de infração foi imputada unicamente a ele, já que, no entender da recorrida, foi por ordem do MPF que teriam sido efetuados os lançamentos discutidos, “razão pela qual tem interesse na produção de prova comprobatória da validade e da legalidade dos lançamentos atacados” (fl. 232); b) a declaração da inexistência do débito pode influir na fixação da pena na ação penal por ele proposta em face do procurador da recorrida, “por prejudicar a aplicação da agravante prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990” (fl. 232); c) ajuizou ação civil pública para afastar a alegada nulidade do lançamento na esfera administrativa; d) tem interesse em comprovar a argüição de falsidade suscitada, pois “o uso de documentos ideologicamente falsos para instruir ação perante o Juízo Federal, em tese, constitui crime de ação penal pública incondicionada” (fl. 233); e) “não se trata de mera ação anulatória de débito como outra qualquer (...), mas de uma ação entre dezenas de outras já propostas” (fl. 233). Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. No Processo Civil, o instituto da assistência está assim disciplinado nos arts. 50 (assistência simples) e 54 (assistência litisconsorcial) do CPC:

“Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.”

“Art. 54. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

Parágrafo único. Aplica-se ao assistente litisconsorcial, quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e julgamento do incidente, o disposto no art. 51.”

Explicitando os conceitos, diz a doutrina:

“A assistência diz-se simples ou adesiva quando o assistente intervém para discutir a relação jurídica do assistido, mas o faz porque a sua situação jurídica é dependente e conexas com aquela deduzida em juízo, de tal sorte

que a decisão final refletirá em sua posição jurídica. Encontra-se na posição de assistente simples o subempreiteiro na ação em que o empreiteiro discute sobre a validade da empreitada. A assistência diz-se litisconsorcial quando o assistente intervém para discutir a relação jurídica deduzida nos autos e que também lhe pertence. Trata-se de relação subjetivamente plúrima, que pertence também ao assistente, não obstante tenha o assistido dado início à ação. Nessas hipóteses, o assistente, em verdade, acopla-se ao processo, para defender direito próprio, diversamente do que o faz o assistente simples. Assim, v.g., o sócio que adere à pretensão de outro na dissolução da sociedade; o acionista que ingressa na ação em que um grupo pede a anulação da assembléia geral ordinária; o condômino que intervém em prol do outro condômino da coisa na ação possessória; o adquirente da coisa litigiosa que atua ao lado do alienante na ação em que outrem se afirma dono da coisa. Todos esses casos são de assistência litisconsorcial”. (Fux, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 278/279)

“A assistência é, em si, a ajuda que uma pessoa presta a uma das partes principais do processo, com vista a melhorar suas condições para obter a tutela jurisdicional. Na disciplina das intervenções de terceiros, chama-se assistência o ingresso voluntário de um terceiro no processo, com a finalidade de ajudar uma das partes. Segundo dispõe o art. 50 do Código de Processo Civil, pode intervir no processo o terceiro com interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes. O interesse que legitima a assistência é sempre representado pelos reflexos jurídicos que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro. Esses possíveis reflexos ocorrem quando o terceiro se mostra titular de algum direito ou obrigação cuja existência ou inexistência depende do julgamento da causa pendente, ou vice-versa. Exemplo claro de terceiro titular de obrigação dependente daquela que está sob julgamento é o da causa pendente entre o credor e o devedor, para condenação deste a pagar o valor da obrigação. O fiador é legitimado a intervir em defesa do réu-afiançado, com o objetivo de pleitear uma sentença que negue a existência da obrigação principal — a qual é pressuposto necessário de sua obrigação acessória, porque a existência desta depende da existência da obrigação principal. (...) É de prejudicialidade a relação entre a situação jurídica do terceiro e os direitos e obrigações versados na causa pendente. Ao afirmar ou negar o direito do autor, de algum modo o juiz estará colocando premissas para a afirmação ou negação do direito ou obrigação do terceiro — e daí o interesse deste em ingressar. Ingressa em auxílio de uma parte, mas não por altruísmo — e



sim para prevenir-se contra declarações que no futuro possam influir em sua própria esfera de direitos. Como sempre, se ele não intervier restar-lhe-á intacta a possibilidade de defender seus próprios interesses depois, seja exercendo o direito de ação ou defendendo-se; e sempre sem o vínculo da coisa julgada, que não se estende a quem não haja sido parte no processo (art. 472). Mas, intervindo, procura evitar o precedente desfavorável” (Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 387/388)

“Na assistência, ocorre o ingresso de um terceiro em processo alheio — embora venha a assistência disciplinada fora do capítulo atinente à intervenção de terceiros — com vistas a melhorar o resultado a ser dado nesse litígio, tendo em vista a parte a que passa a assistir, seja porque tenha interesse próprio (art. 50), ou, seja porque o seu próprio direito possa ser afetado (art. 54). O Código de Processo Civil prevê duas modalidades de assistência: a simples, disciplinada a partir do art. 50 (arts. 50 e parágrafo único; 51, 52, 53 e 55), e a litisconsorcial, regulamentada no art. 54, e também ao art. 55, pois este abrange as duas espécies. Os aspectos configuradores da fisionomia do instituto da assistência simples são: a) não é o assistente parte, tal como o são autor e réu, pois a lide não é respeitante ao seu direito, apesar de a lei o denominar de parte não-principal (art. 52); b) deve sempre o assistente ter interesse jurídico para poder ingressar no litígio (art. 50). O objetivo da assistência simples é agregar-se o assistente a uma das partes, colimando que a sentença seja favorável à parte à qual auxilie. Portanto, o assistente, para intervir no processo, desde logo deverá evidenciar a dimensão concreta do interesse que justifique sua intervenção (arts. 50 e 51), salvo quando esta já esteja claramente definida em lei (Lei n. 8.245/1991, art. 59, § 2º, que repete, neste particular, o que já constava da revogada Lei n. 6.649/1979, art. 35, parágrafo único). Já na assistência litisconsorcial existe uma pretensão material do assistente sobre o objeto material do processo, mas não pretensão processual pelo assistente deduzida, senão que foi deduzida pelo assistido, mas que, por isso mesmo, está em juízo, e também a ele, assistente, diz respeito (tal como se ele a houvesse deduzido). Esta conceituação deve ser desdobrada, para melhor entendimento. O assistente litisconsorcial, diz a lei (art. 54), tem relação jurídica (= conflito de interesses) com o adversário do assistido, da mesma forma que tem, esse mesmo conflito, o próprio assistido.” (Alvim, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 119/121)

“Na assistência simples, o terceiro ingressa no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida. O interesse jurídico do terceiro reflete-se na circunstância de manter este, com o assistido, relação jurídica que poderá ser afetada a depender do julgamento da causa. Como diz Genacéia Alberton: o assistente simples visa à vitória do assistido, tendo em vista o reflexo que a decisão possa ter em relação jurídica existente entre eles. Fundamental perceber que, no processo, não se discute relação jurídica da qual faça parte este terceiro, bem como não tem ele qualquer vínculo jurídico com o adversário do assistido. O terceiro intervém para ser parte auxiliar — sujeito parcial mas que, em razão de o objeto litigioso do processo não lhe dizer respeito diretamente, fica submetido à vontade do assistido. Bom exemplo é o do sublocatário, em demanda de despejo contra o locatário, pois o direito dele depende da preservação de direito de outrem; seu interesse jurídico é mediato e aparentemente altruísta, pois, para proteger o seu patrimônio, tem de ajudar na defesa do alheio.” (Didier Jr., Freddie. *Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, Salvador: Juspodivm, 2006, p. 296)

“A intervenção por assistência é uma forma de intervenção espontânea, e que ocorre não por via de ‘ação’ mas sim por inserção do terceiro na relação processual pendente. (...) O terceiro, ao intervir no processo na qualidade de assistente, não formula pedido algum em prol de direito seu. Torna-se sujeito do processo, mas não se torna parte. O assistente insere-se na relação processual com a finalidade ostensiva de coadjuvar a uma das partes, de ajudar ao assistido, pois o assistente tem interesse em que a sentença venha a ser favorável ao litigante a quem assiste. (...) Não é qualquer interesse que autoriza um terceiro a intervir no processo em favor de uma das partes, mas sim apenas o interesse jurídico. O interesse, v.g., meramente afetivo, ou meramente econômico, não faculta a assistência. Em face do inter-relacionamento, da maior ou menor interdependência das relações jurídicas, freqüentemente a sentença proferida na causa entre A e B poderá refletir-se em relação jurídica entre A e o terceiro C, quer favorecendo a posição jurídica do terceiro, quer prejudicando-o juridicamente. Assim, procedente a ação de despejo e operada a resolução do pacto de locação entre A e B, a sentença importa também na resolução das sublocações. Ao sublocatário assiste, pois, a faculdade de intervir no processo assistindo o locatário réu, já que a própria vigência do contrato de sublocação poderá ser afetada pelo teor da sentença. Vamos supor, outrossim, o caso do proprietário de moradia urbana. O dono do terreno vizinho pretende neste construir alto edifício, que poderá prejudicar a vista, a insolação, a privacidade do



morador da casa. A Prefeitura nega a permissão de construção, invocando infringência a posturas, e surge o conflito judicial. O proprietário da casa tem manifesto interesse, até econômico, na não-construção do edifício, e a doutrina e a jurisprudência têm entendido que tal interesse é também jurídico, autorizando assim seu ingresso no processo como assistente do Município. É jurídico o interesse no clássico exemplo do tabelião que requer ser admitido como assistente do réu em ação proposta para anular, para defeito formal, a escritura pública que redigiu. Se procedente a demanda, surgirá, em tese, em favor do interessado na validade da escritura, pretensão indenizatória contra o notário.” (Carneiro, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151/153)

“O interesse, que legitima o terceiro a agir como assistente de uma das partes, conquanto não seja um simples interesse de fato, mas um interesse jurídico, não se confunde com direito seu, que não está em lide. O assistente intervém fundado no interesse jurídico, que tem, de que a sentença não seja proferida contra o assistido, porque proferida contra este poderia influir desfavoravelmente na sua situação jurídica” (Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 51).

“O terceiro que intervém como assistente deve ter interesse jurídico na vitória de uma das partes. Esse interesse se verifica sempre que o ‘interveniente adesivo se encontre em tal relação jurídica com as partes ou com o objeto do processo principal que uma sentença desfavorável para a parte assistida influiria, de algum modo, juridicamente, e para seu detrimento, em sua situação jurídica (...)’” (Marques, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. 2. Campinas: Millennium, 1999, p. 252)

“Dá-se a intervenção adesiva simples quando o terceiro ingressa no processo com a finalidade de auxiliar uma das partes em cuja vitória tenha interesse, uma vez que a sentença contrária à parte coadjuvada prejudicaria um direito seu, de alguma forma ligado ao direito do assistido” (Silva, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. 1, 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 273).

2. Bem se vê, em suma, que, no processo civil, a legitimação de terceiro para intervir como assistente de uma das partes supõe a existência de interesse jurídico próprio, que se qualifica por uma das seguintes circunstâncias: a) a de ser titular de uma relação jurídica sujeita a sofrer efeitos reflexos da sentença, caso em que pode intervir como assistente simples (CPC, art. 50); ou b) a de ser co-titular da própria relação jurídica que constitui o objeto litigioso, caso em que poderá intervir como assistente litisconsorcial (CPC, art. 54). Nenhuma das

hipóteses se configura no caso, já que o Ministério Público não tem interesse jurídico com aquelas qualificações, por não ser titular, ele próprio, de relação jurídica que possa ser afetada ou que seja objeto do processo.

3. Na verdade, a lei disciplinou forma própria de intervenção do Ministério Público no processo civil: ela ocorre na forma e nas condições estabelecidas pelo art. 82 do CPC, a saber:

“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Tal forma de intervenção é a mais adequada e compatível com as relevantes funções institucionais do Ministério Público, traçadas no art. 127 da CF:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Portanto, quando no exercício das suas funções institucionais e ressalvadas as hipóteses em que atua como parte, o Ministério Público não está defendendo interesse próprio em face da parte contrária (condição essencial à legitimação do assistente). Está, isto sim, atuando na tutela do interesse público genericamente considerado, vale dizer, dos interesses sociais, da ordem jurídica, da ordem democrática. Daí a sua condição de *custos legis*.

4. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 730.655-RS (2005/0036404-3)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Luiz Carlos Adams Coelho e outros

Recorrido: Agro Latina Ltda

Advogados: Velmi Abramo Biason e outros



EMENTA

Processo Civil e Tributário. Art. 151, V, do CTN. Suspensão da exigibilidade do crédito. Sentença de mérito confirmada pelo Tribunal de justiça. Pendência de recurso ao qual não foi agregado efeito suspensivo.

I - Trata-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado para garantir o reconhecimento da suspensão de suposto crédito tributário, cuja exigibilidade foi afastada em outra ação de cunho declaratório em que a sentença favorável ao contribuinte restou confirmada pelo Tribunal de Justiça Estadual, pendente de julgamento, consoante consta dos autos, agravo de instrumento em trâmite perante o colendo Supremo Tribunal Federal.

II - Houve necessidade da ora Recorrida impetrar a ação mandamental porque a Fazenda Pública Estadual optou pela constituição de crédito fiscal absolutamente inexigível em face das circunstâncias retromencionadas.

III - Com efeito, consoante ressaltado no parecer lançado nos autos pelo Ministério Público Federal, se o art. 151, V, do CTN autoriza a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ante o deferimento de medida liminar ou concessão de tutela antecipada “em outras espécies de ação judicial.”, e estas medidas revestem-se de absoluta precariedade, maior razão ainda para se suspender a exigência do suposto crédito em face de sentença definitiva confirmada pela Corte *ad quem*, que afastou a legalidade da imposição fiscal.

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 Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 7 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra Acórdão do egrégio Tribunal de Justiça Estadual, assim ementado:

“Apelação cível e reexame necessário. Mandado de segurança em que a impetrante postula o reconhecimento da inexigibilidade de débito fiscal. Creditamento ao icms reconhecido em sentença não transitada em julgado, pendente de apreciação recurso a que não foi agregado efeito suspensivo.

1. Não há que se falar em carência de ação por parte da impetrante quando o ato praticado pelos agentes fiscais encontra-se em desacordo com sentença proferida em ação declaratória ainda não transitado em julgado, pendente de apreciação recurso a que não foi agregado efeito suspensivo.

2. Declarado o direito da impetrante ao creditamento de parcelas de ICMS em sentença judicial, encontrando-se pendente de julgamento de recurso a que não foi agregado efeito suspensivo, impõe-se o reconhecimento da inexigibilidade do tributo incidente na espécie, afastando-se a argumentação de irregularidade do procedimento da impetrante.

Preliminar rejeitada. Apelação desprovida. Sentença confirmada em reexame necessário.” (Fl. 188)

O Recorrente sustenta, em síntese, violação aos arts. 151 e 173 c.c. 142, parágrafo único, do CTN, 1ª da Lei n. 1.533/1951, 301, § 1º e 467 do CPC, acentuando que na demanda de cunho declaratório ainda não se operou o trânsito em julgado da decisão favorável ao contribuinte, de modo que a autoridade fazendária poderia constituir o crédito tributário.

O Ministério Público Federal manifestou-se nestes autos pelo improvimento do presente Recurso Especial. (Fls. 259/261)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Inicialmente, registre-se que não houve questionamento dos arts. 1ª da Lei n. 1.533/1951, 301, § 1º e 467 do CPC, incidindo, na espécie, as Súmulas ns. 282 e 356 do colendo STF.

Outrossim, o Recurso merece ser conhecido quanto à ofensa ao art. 151, do CTN, porquanto devidamente questionado pela Corte recorrida.



A título meramente elucidativo, destaque-se o seguinte excerto do aresto recorrido, *verbis*:

“A pretensão deduzida ao reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito fiscal enquanto não tenha transitado em julgado a sentença que lhe reconheceu o ‘direito de corrigir monetariamente os créditos de ICMS, a transportar de um mês para o outro, a contar de 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação excluído o período a partir da edição da Lei n. 10.079, observados os índices utilizados pelo demandado na correção de seus créditos’ (dispositivo da sentença proferida na Ação Declaratória n. 01195437171, com cópia às fls. 12/14 dos presentes autos).” (Fl. 193)

Cabe transcrever, como razões de decidir, a precisa manifestação lançada nestes autos pelo Ilustre Representante do Ministério Público Federal, *verbis*:

“Foi ajuizado mandado de segurança em virtude de ato da Fazenda Estadual de inscrição em dívida ativa, com posterior indeferimento de pedido de cancelamento de inscrição, a respeito de correção monetária sobre saldos credores de ICMS, que haviam sido objeto de ação declaratória julgada procedente e confirmada pelo egrégio Tribunal de Justiça, com Recurso Especial inadmitido e respectivo agravo de instrumento improvido. Resta julgamento de agravo a respeito de não admissibilidade de recurso extraordinário.

Nada foi decidido a respeito da constituição do crédito tributário, obrigação de efetuar-se o respectivo lançamento e decadência do mesmo, conquanto se tenha tangenciado a questão da constituição do crédito tributário e respectiva decadência. Há de conhecer o recurso no que diz respeito à exigibilidade ou não do crédito tributário, mas não no que pertence ao art. 38 da Lei n. 6.880/1980, posto que sequer esteja em discussão execução fiscal. Tampouco se discute a respeito de coisa julgada.

No mérito, a irresignação não merece êxito e a questão na verdade é simples.

Com efeito, o suposto crédito da Fazenda do Rio Grande do Sul é inexistente. Como bem assinada no acórdão recorrido, estabelecendo ‘o inciso V do art. 151, do CTN, que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, suspende a eficácia do crédito tributário, impõe-se a extensão de tal benefício legal ao caso em tela, haja vista que houve ação judicial, com julgamento de mérito, e confirmado em segunda instância’.

Afinal, podendo-se o menos, pode-se o mais, evidentemente, e as partes estão diante de questão *sub judice*, o que impõe a espere do que vier a decidir o Poder Judiciário, não podendo o Estado do Rio Grande do Sul dispor do que ainda não foi decidido. O ato atacado constitui atentado a um dos Poderes do Estado por não reconhecimento do Poder que ele tem de decidir conflitos.

Aliás, contrariamente o próprio Recorrente reconheceu, no Auto de Lançamento do pretense crédito, que se tratava de exigibilidade suspensa. No entanto, posteriormente preferiu exorbitar, indo além dos próprios limites.

Não se pode negar que a Fazenda Pública pode fazer o lançamento de seu crédito, para evitar a decadência, mas não pode cobrar ou praticar qualquer ato tendente à cobrança do dito crédito, enquanto pendente decisão judicial.” (Fls. 260/261)

Não há necessidade de maiores ponderações no caso, tendo em vista a singularidade da questão ora apresentada a esta Corte.

Consoante ressaltado no parecer retrotranscrito, se o art. 151, V, do CTN autoriza a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ante o deferimento de medida liminar ou concessão de tutela antecipada “em outras espécies de ação judicial”, e estas medidas revestem-se de absoluta precariedade, maior razão ainda para se suspender a exigência do suposto crédito em face de sentença definitiva confirmada pela Corte *ad quem*, que afastou a legalidade da imposição fiscal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 736.912-MT (2005/0049557-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Estado de Mato Grosso

Procuradores: Carlos Emilio Bianchi Neto e outros

Recorrida: Grecovel Veículos Ltda

Advogados: Marcelo Zandonadi e outros

EMENTA

Tributário. ICMS. Inadimplemento da exação. Impedimento à expedição de talonários de notas fiscais. Impossibilidade. Vedação à atividade comercial.



I - A negativa de autorização à impressão de talonários de notas fiscais, que em última análise acarretaria o impedimento ao exercício da mercancia, não é o procedimento cabível para compelir o contribuinte a pagar o débito. Precedente: REsp n. 16.953, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 25.04.1994.

II - 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 Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 7 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de Mato Grosso, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual, que restou assim ementado, *verbis*:

“Reexame necessário de sentença. Mandado de segurança. Portaria impedindo expedição de autorização para impressão de talonários fiscais. Restrição ao exercício da profissão. Ilegalidade. Sentença confirmada

A Administração Pública não pode, a pretexto, de impor obrigação tributária acessória, impedir o exercício da atividade mercantil do contribuinte, haja vista que os deveres instrumentais acessórios somente se justificam na possibilidade de existência da obrigação principal.” (Fl. 69)

Sustenta o recorrente violação aos arts. 96, 113, § 2º e 194, parágrafo único, do CTN, aduzindo, em síntese, que “existindo débitos fiscais, circunstância caracterizadora da irregularidade da empresa, é lícito a Administração Tributária editar legislação tributária que obsta a impressão de notas fiscais, pois estas possibilitam ao contribuinte praticar novas operações fraudulentas.” (Fl. 85)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A questão cinge-se em saber se o ente administrativo pode impedir a emissão de talonário de notas fiscais quando se tratar de contribuinte inadimplente.

Verifico que o Tribunal de origem concluiu que esse impedimento resultaria na impossibilidade de a empresa exercer suas atividades.

A corroborar tal assertiva, colaciono o seguinte excerto do voto condutor, *litteris*:

“Ora, na medida em que a própria legislação tributária estadual elege a Nota Fiscal como identificadora da realização do fato jurídico tributário, impedir o comerciante de emití-las é impedi-lo de exercer suas atividades, ou seja, de realizar o seu mister.

... *Omissis*.

Vale dizer, não se justifica a imposição de obrigação negativa ao contribuinte que tem como efeito prático o impedimento do exercício de suas atividades.” (Fl. 72)

O recorrente sustenta que tal medida possui caráter preventivo, visando evitar a ocorrência de novos inadimplementos, ou seja, obstar a conduta ilegal da recorrida.

Contudo, entendo que tal posicionamento não pode prosperar, eis que, como salientado pela Corte *a quo*, tal medida, em última análise, acarretaria o impedimento ao exercício da atividade da recorrida, isto é, da mercancia. Certo é que, em verdade, busca o ente estadual, ao adotar tal procedimento, coibir o contribuinte a pagar a exação inadimplida, o que, claramente, não pode ser a via correta.

Na esteira dessa orientação, confira-se o seguinte julgado, *ad litteram*:

“Tributário. Regime especial de fiscalização como meio de coação para pagamento de tributo. Ilegalidade.

É cediço, na jurisprudência que, dispondo, o fisco, de procedimento adequado e instituído em lei, para a execução de seus créditos tributários, deve eximir-se de efetivar medidas restritivas à atividade do contribuinte, especialmente providências coativas que dificultem ou impeçam o desempenho da mercancia.

A apreensão, pela fazenda, de talonários, adjunta a determinação de que as notas fiscais sejam expedidas na própria repartição fazendária,



atenta contra um dos valores básicos da ordem econômica consagrada pela constituição federal, qual seja, a liberdade de iniciativa.

... *Omissis*.

Recurso provido. Decisão indiscrepante.” (REsp n. 16.953, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 25.04.1994, p. 9.198)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 738.821-ES (2005/0053554-7)

Relator: Ministro José delgado

Recorrentes: Helgil Empreendimentos e Participações Ltda e outros

Advogados: Bruno Pinheiro Barata e outros

Recorrida: União

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Desapropriação. Laudos periciais incompletos. Laudo da união apresentado após o prazo regular. Utilização como elemento de convicção. Cabimento. Prevalência do interesse público e da justiça no exercício da jurisdição. Excepcionalidade do caso concreto. Aplicação do princípio do livre convencimento do magistrado. Não-conhecimento do apontado dissenso pretoriano. Ausência de ofensa a dispositivos de lei federal. Recurso especial conhecido em parte, e, nessa, não-provido.

1. Trata-se de recurso especial interposto em autos de ação desapropriatória movida pela União em desfavor de Helgil Empreendimentos e Participações Ltda e Izaías Dutra de Lima e sua mulher. O apelo especial objetiva desconstituir acórdãos que, em sede de apelação e de embargos infringentes, afirmaram não ser possível a utilização do laudo pericial produzido pelo *expert* do Juízo e, também, o trabalho pericial realizado pela CEF. O primeiro, por não haver considerado a depreciação do imóvel e o valor de mercado então prevalente. O segundo (produzido pela CEF), por não ter contemplado aspectos importantes para o estabelecimento do preço final do bem expropriado,

tais como elevadores, impostos, taxas e remuneração da construtora e do incorporador, o que limita a utilização do laudo unicamente à finalidade de financiamento, que não é o caso em testilha. O aspecto central da controvérsia, por seu turno, respeita à indicada intempestividade do laudo pericial considerado pela sentença e pelo Tribunal *a quo* como parte do critério para o estabelecimento do valor a ser pago pela desapropriação. Isto porque, após finda a instrução processual, o juiz sentenciante percebeu que o laudo oficial estava incompleto, por não incluir a avaliação de terreno que, também, era objeto de expropriação e, assim, oportunizou às partes o completo trabalho pericial, apenas em relação ao dito terreno. Todavia, a União, atendendo aos elementos periciais necessários, embora intempestivamente, apresentou laudo que incluiu não apenas o terreno, mas também o prédio que era objeto da ação desapropriatória. É por tal razão que se busca a desconstituição do acórdão.

2. Na hipótese em testilha, o magistrado não decidiu, apenas, com apoio no laudo apresentado pela União, o qual foi apresentado a destempo. Mas, tão-somente, utilizou esse trabalho pericial como elemento complementar de prova, ante o manifesto equívoco no labor pericial já encartado nos autos. Assim, procedimento diverso, que rejeitasse a verdade fática apresentada, em razão de impeço processual, conduziria à inapelável confirmação judicial de erro substancial no valor estabelecido para a indenização expropriatória.

3. Resulta claro que a hipótese dos autos não é, simplesmente, de puro e deliberado desrespeito a prazo destinado a juntada de laudo pericial, tampouco de desprezo ao necessário equilíbrio que dever permear a atuação das partes em juízo. Ao revés, cuida-se de situação na qual, inicialmente, o magistrado de 1ª grau e, posteriormente, o Tribunal *a quo*, aplicou ao caso concreto o direito da melhor forma, buscando a inteira adequação da regra legal ao caso concreto, com apoio no livre convencimento do magistrado, preservada a supremacia do interesse público.

4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando desatendidos os requisitos do art. 255 do RISTJ, ante a ausência de similitude entre os julgados trazidos a confronto que, embora tenham se manifestado sobre o mesmo tema — extemporaneidade da juntada de parecer de laudo do assistente técnico — o fizeram sob ótica distinta, com observância da situação concreta decidida.



5. Não se verifica a apontada infringência aos arts. 535, 125, 397, 423 e 436 do Código de Processo Civil. Isto porque o acórdão, direta e expressamente, indicou os fundamentos que conduziram ao entendimento adotado, não se identificando eventual omissão a respeito de aspectos importantes à solução da lide. De outro vértice, constata-se que houve perfeita observância do contraditório, sendo que o laudo da União, objeto do inconformismo, foi tido apenas como elemento de referência, havendo-se oportunizado às partes a apresentação dos documentos e informações que entenderam relevantes. No mais, constata-se que no aresto recorrido está consignada, tão-somente, adequada valoração dos elementos probatórios trazidos a exame, aí inserida a formação do livre convencimento dos julgadores, ante a diversidade de fatos e informações apresentadas. Resta ausente, portanto, a necessidade de uniformizar a aplicação de lei federal, uma vez que a ela se conferiu regular e adequado emprego.

6. Recurso especial não-conhecido.

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, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 23 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 14.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial (fls. 641/650) interposto por Helgil Empreendimentos e Participações Ltda e outros, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região, em sede de embargos infringentes em apelação civil, assim ementados:

Acórdão proferido em apelação (fl. 512):

“Administrativo. Desapropriação. Laudos. Valor justo. Prédio da administração pública.

Recurso acerca da consignação de valor justo a prédio e terreno, objetos de desapropriação, destinados à sede da Justiça Federal de Vitória-ES.

Inadmissíveis os laudos do perito do Juízo, vez que levou em conta apenas o custo da construção, desprezada a depreciação do imóvel; igualmente o da CEF, que adotou método de avaliação para fins de financiamento imobiliário.

A Assistência Técnica da União adotou método mais condizente com a realidade, já que comparou o custo para a construção de um prédio novo idêntico, procedendo a depreciação relativa a idade.

Avaliação do terreno, com base em construção de prédio de até 3 andares.”

Opostos embargos de declaração, restaram assim espelhados (fl. 638):

“Processo Civil. Embargos de declaração. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Reexame da matéria decidida.

I - Não se prestam os embargos de declaração a reexame da matéria decidida, ainda que a título de mero prequestionamento. Objetivam tão-somente sanar omissão, obscuridade ou contradição, o que inexiste no acórdão embargado.

II - Recurso improvido.” (Por unanimidade de votos)

Acórdão proferido em embargos infringentes (fl. 598):

“Administrativo. Desapropriação. Laudos. Justo valor.

I - Inadmissíveis os laudos do perito do Juízo, uma vez que levou em conta apenas o custo da construção, desprezando a depreciação do imóvel, e o da CEF, que adotou método de avaliação para fins de financiamento imobiliário. O laudo aceitável é aquele que leva em conta o custo da construção de um prédio novo, mas procede a depreciação relativa à idade.

II - Recurso improvido.”

Narram os autos que a União Federal moveu ação desapropriatória em face de Helgil Empreendimentos e Participações Ltda e outros, em decorrência do Decreto Federal n. 99.084, de 8 de março de 1990, declarando de utilidade pública e destinando ao funcionamento em definitivo da Seção Judiciária do Espírito Santo da Justiça Federal, dois imóveis, sendo um de propriedade da Helgil Empreendimentos e Participações, e o segundo a Izaias Dutra de Lima e Luciléa de Souza Lima (cônjuges).



Diante da urgência declarada, a expropriante se propôs a depositar, provisoriamente, a fim de ser imitada na posse dos imóveis, quantias que entendeu em consonância com o disposto no art. 15, § 1º, c, do Decreto-Lei n. 3.365/1941.

Foi concedida a imissão na posse e confirmados os depósitos. Houve divergência entre os valores apurados por peritos, sendo que a sentença declara que houve a concordância expressa da União com determinado valor, considerado justo pelo Juízo de 1º grau (fl. 378).

A sentença (fls. 370/379) julgou procedente a pretensão expropriatória, para o fim de incorporar ao domínio da expropriante (União) os imóveis desapropriados, mediante pagamento em dinheiro aos expropriados.

Sob a forma dos acórdãos proferidos em sede de apelação e de embargos infringentes, conforme ementas antes transcritas, o Tribunal *a quo* manteve a sentença, assentando a tese, em resumo, de que o emprego do laudo produzido pela União em nada maculou dispositivo de lei federal, mas bem solucionou o litígio, com esteio no livre convencimento do julgador e na preservação do interesse público.

No recurso especial apresentado pela Helgil Empreendimentos e Participações Ltda; alega-se negativa de vigência aos seguintes dispositivos:

Do Código de Processo Civil

“Art. 535. 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.”

“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;”

“Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.”

“Art. 433. O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo.”

“Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.”

Aponta como fundamentos para o seu recurso: a) a intempestividade do laudo que serviu de parâmetro à conclusão do julgado, operada a preclusão; b) a restrição a juntada de documentos novos aos autos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos; e c) de caráter constitucional, pelo não-atendimento ao preceito contido no art. 182, § 3º, da CF/1988, no que tange ao *restitutio in integrum*.

Alega-se, também, dissenso pretoriano com julgados que afirmaram a impossibilidade de se considerar parecer do assistente técnico da parte apresentado intempestivamente, como referido à fl. 648:

“Direito administrativo. Ação de constituição de servidão administrativa. Intempestividade da apresentação do laudo do assistente técnico da parte. Decurso *in albis* para a manifestação a respeito do laudo pericial. Correção do valor da oferta. Atualização monetária. Honorários de advogado.

1. Sendo intempestiva a manifestação do assistente técnico da parte, bem como tendo decorrido *in albis* o prazo para oferecimento de críticas, é de ser mantida a sentença fundamentada nas conclusões do laudo do expert oficial.

2. (...)

5. Recurso da autora a que se dá parcial provimento, para se improver a apelação da ré.” (TRF da 3ª Região, Segunda Turma, Processo n. 92030195475, Relator Juiz Souza Pires, publicado no Diário Oficial do Estado em 24.05.1993, à fl. 160. Grifos nossos)”

“Processual Civil. Prova pericial. Assistente técnico. Parecer. Prazo preclusivo. Extemporaneidade. Desentranhamento. Art. 433, Parágrafo único, CPC. Recurso provido.

O prazo de que dispõe o assistente técnico para juntada de seu parecer é preclusivo, de modo que, apresentado extemporaneamente, dever ser desentranhado.’ (REsp n. 58.211-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ 29.09.1997.)”

Pede-se o provimento do recurso especial com a finalidade de que não seja considerado o laudo que se alega tardiamente trazido aos autos, para que seja deferido, com amparo no laudo produzido pelo *expert* do Juízo singular (fls. 113/118), o justo valor indenizatório que é devido.



Contra-razões às fls. 677/682 sustentando que: a) inexistência de preclusão, posto que a União não teria apresentado laudo nem praticado atos extemporâneos, posto que jamais teria sido intimada a apresentar seu laudo crítico; b) que a preclusão teria operado-se em relação à recorrente, que na época oportuna deixou de interpor agravo de instrumento para voltar-se contra a aceitação do laudo da União; e c) a aplicabilidade dos princípios processuais da instrumentalidade das formas, da livre apreciação probatória, e o princípio constitucional da primazia do interesse público.

Recurso Extraordinário concomitante. (Fls. 652/659)

Decisão da Vice-Presidência do TRF da 2ª Região (fls. 684/686) admitindo ambos os recursos.

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 709/717) pelo não-provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Trata-se de recurso especial interposto em autos de ação desapropriatória movida pela União em desfavor de Helgil Empreendimentos e Participações Ltda e Izaias Dutra de Lima e sua mulher.

O apelo especial, tal como antes narrado, objetiva desconstituir acórdãos que, em sede de apelação e de embargos infringentes, afirmaram não ser possível a utilização do laudo pericial produzido pelo *expert* do Juízo e, também, o trabalho pericial realizado pela CEF. O primeiro, por não haver considerado a depreciação do imóvel e o valor de mercado então prevalente. O segundo (produzido pela CEF), por não ter contemplado aspectos importantes para o estabelecimento do preço final do bem expropriado, tais como elevadores, impostos, taxas e remuneração da construtora e do incorporador, o que limita a utilização do laudo unicamente à finalidade de financiamento, que não é o caso em testilha.

De plano, registre-se o não-conhecimento da irresignação no que respeita ao apontado dissenso pretoriano, ante o desatendimento aos requisitos do art. 255 do RISTJ.

Com efeito, o acórdão recorrido expressamente consignou que o laudo produzido pelo perito do Juízo é inadmissível, uma vez que considerou apenas o custo da construção, rechaçando a depreciação do imóvel. Com amparo nessa evidência, e nos demais elementos de convicção registrados nos autos, decidiu a causa.

De outro vértice, os acórdãos paradigmas se limitaram a declarar a impossibilidade de se aceitar o tardio oferecimento de trabalho técnico pelo assistente da parte, como se vê (fl. 648):

“Processual Civil. Prova pericial. Assistente técnico. Parecer. Prazo preclusivo. Extemporaneidade. Desentranhamento. Art. 433, parágrafo único, CPC. Recurso provido.

O prazo de que dispõe o assistente técnico para juntada de seu parecer é preclusivo, de modo que, apresentado extemporaneamente, dever ser desentranhado.’ (REsp n. 58.211-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ 29.09.1997.)”

De tal maneira, a par da não-realização do necessário cotejo analítico entre os julgados em confronto, resta evidenciada a ausência de semelhança entre as situações que foram objeto de julgamento.

Examinando-se a controvérsia, constata-se que o seu ponto nodal se refere à intempestividade do laudo pericial considerado pela sentença e pelo Tribunal *a quo* como parte do critério para o estabelecimento do valor a ser pago pela desapropriação. Isto porque, após finda a instrução processual, o juiz sentenciante percebeu que o laudo oficial estava incompleto, por não incluir a avaliação de terreno que, também, era objeto de expropriação e, assim, oportunizou às partes o completo trabalho pericial, apenas em relação ao dito terreno. Todavia, em 10.08.1995 (fls. 269/307), a União, intempestivamente, apresentou laudo que incluiu não apenas o terreno, mas também o prédio que era objeto da ação desapropriatória. Esse trabalho pericial, note-se, em 1º.09.1995 (fls. 311/313), mereceu impugnação pela expropriada. É por tal razão que se busca a desconstituição do acórdão.

Contudo, é importante se registrar que o Juízo se limitou a utilizar as informações técnicas tidas como intempestivas como mera referência, como, aliás, lhe era facultado empregar qualquer outra circunstância fática que conduzisse à melhor compreensão da causa. Vale, nesse sentido, verificar o teor constante da sentença (em particular a parte em negrito) de fls. 373, 374 e 379):

“A fim de tornar mais didático este *decisum*, faz-se mister analisar separadamente os imóveis expropriados.

Primeiramente, analiso o primeiro imóvel, pertencente a Hegil Empreendimentos Ltda, qual seja:

“Um (1) prédio não-residencial de dez (10) pavimentos, sendo dois (2) subsolos, um (1) pilotis, sete (7) pavimentos tipos e uma casa para zelador, localizado na Rua São Francisco, n. 52, esquina com Rua



Caramuru, de propriedade de Helgil Empreendimentos e Participações Ltda, ocupado atualmente pela Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, e respectivo terreno, medindo 12,8m de frente, 19,58m de fundos, 4,51m de lateral direita mais um chanfro de 9,37m e 17,35m de lateral esquerda, possuindo uma área de 215,00m² e área total construída de 2.187m².”

Esse prédio e respectivo terreno não foram objeto de esclarecimentos por ocasião da audiência.

Em relação a eles há, apenas, o Laudo do Perito do Juízo (fls. 113/118), posto que nem a expropriante e, tampouco, os expropriados nomearam assistentes técnicos e, assim, não apresentaram os seus respectivos pareceres.

A União, apenas, às fls. 127/128 trouxe um “Laudo de Avaliação” elaborado por experto do Departamento de Engenharia da CEF. No entanto, esse parecer não pode fazer as vezes daquele que seria oferecido por assistente técnico devidamente indicado no prazo de lei.

No entanto, vale a referência.

Há uma enorme diferença entre o valor apontado pelo Perito do Juízo (Cr\$ 125.362.500,00 equivalente à época a 2.929.714,887 UFIR's) e o valor apontado pelo Departamento de Engenharia da CEF (Cr\$ 56.360.378,66 equivalente a 997.882,05 UFIR's). Este último, como muito bem ponderou o Ministério Público Federal é inaceitável, porque se valeu de método do custo de produção, obtendo valor unitário de 48,00 UPF/m². Esse valor corresponde à estimativa de custo para fins de financiamento imobiliário, não havendo elementos que permitam concluir pela coincidência com os custos de construção. O avaliador deveria ter utilizado o custo de construção, publicado por entidades especializadas, como o fez o perito do Juízo.

Esclareço, ainda, que todo o trabalho desenvolvido às fls. 275/292 não pode ser, exclusivamente, levado em consideração, pois foi além do determinado às fls. 244/245. Na verdade, o parecer supletivo somente há de ser considerado, com exclusividade, em relação ao imóvel correspondente ao terreno onde foi construído o anexo da Justiça Federal nesta Seção Judiciária. *No entanto, o valor vale como referência.*

Prefiro acolher e adotar como parâmetro para a fixação do preço a média aritmética havida entre o Laudo do Perito do Juízo, inserto às fls. 114/118 e o parecer de fls. 275/292. Apesar desse último não poder servir exclusivamente de parâmetro, conforme já salientado, serve de referência

para uma média que, acredito, venha a atender aos interesses das partes, e, assim, à fixação do preço justo.

A jurisprudência já teve a oportunidade de consolidar esse entendimento, a saber:

“Desapropriação. Laudos divergentes. Valor médio. Não chegando a acordo os peritos quanto ao valor do imóvel expropriado, é razoável aceitar o valor correspondente à média dos laudos. (Ac. unân., da Quarta Turma do TJSP, Relator Desembargador Ulisses Dória, *In Revista Forense*, n. 211, p. 174)

Assim, chego à conclusão de que o justo preço deve ser obtido da seguinte forma: $\frac{2.929.714,88 + 1.444.963,30 \text{ (Ufir's)}}{2} = 2.187.339,09 \text{ Ufir's}$

2

Como visto, atento aos valores arbitrados, creio que o produto da média aritmética é razoável e merce ser adotado como critério hábil e de justiça.

As partes, em suas alegações finais, nada trouxeram de elucidativo.

Conquanto o Ministério Público tenha lançado judiciosa promoção, ao apontar o valor que entende justo, não evidenciou a operação aritmética que possibilitou encontrar aquele apontado em sua cota.

Por sua vez, o valor sugerido pelo *Parquet* superou aquele apontado pelo parecer do vistor da CEF, o que já basta para, em atenção, às suas judiciosas razões, que efetivamente, procedem não acatar a pretensão da União. No entanto, aquele sugerido na sua promoção não fica distante do resultado da média aritmética adotada.

Nessa segunda fase, passo a analisar o segundo imóvel desapropriado, tendo como expropriados Izaías Dutra de Lima e Luciléa de Souza Lima:

“*um terreno* contíguo ao prédio da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, localizado entre as ruas Caramuru e Francisco Araújo, de propriedade de Izaías Dutra de Lima e Luciléa de Souza Lima, medindo, aproximadamente, 21,00m de frente, 23,85m de um lado da frente aos fundos, onde mede 13,20m, de outro lado 9,80m, defletindo à esquerda em 5,40m, e daí continuando até os fundos, medindo 13,13m desse lado, com uma área aproximada de 443,60m²”.

Com relação a este terreno, vejo que o parecer técnico que mais se aproxima da realidade é, efetivamente, aquele do vistor da União.



Razão assiste ao Ministério Público Federal, em sua cota, ao salientar que “o laudo de responsabilidade dos expropriados não se atém a nenhum dos parâmetros estabelecidos pela NBR 5676. Está simplesmente baseado em uma suposta proposta de incorporação que teria sido oferecida aos proprietários do terreno.”

Ademais, não há nos autos qualquer prova do alegado, ou seja, da suposta proposta de incorporação, tanto que se indeferiram quesitos suplementares dos expropriados sob esse argumento.

Como se não bastasse, o vistor dos expropriados não comprovou o método do qual alegou ter se valido, com a demonstração dos imóveis cujos valores de mercado serviram de comparação.

Ao contrário, o parecer técnico do vistor da União é completo, bem elaborado, norteia-se em parâmetros estabelecidos pela NBR 5676.

Todavia, ousou discordar do valor fixado no primeiro momento, antes da audiência, uma vez que levou em consideração as limitações do PDU, não mais existentes, para a ZE03/01 (vide fl. 340).

Esse fato, ao contrário do que sustenta o Ministério Público Federal, não é estranho à lide, pois o valor real do imóvel desapropriado deve levar em consideração as limitações à época da perícia e, sequer, incorrentes para o Poder Público por força de sentença judicial. Essa consideração, à luz do mercado, faz com que o preço do imóvel acresça. Ademais, essa circunstância não adveio do investimento do Poder expropriante no imóvel, sendo, pois, alheia, tendo sido muito bem compreendida pelo Sr. Vistor, tanto que às fls. 332/340, sem quaisquer dificuldades, logrou arbitrar um valor final que, a meu ver, afigura-se justo R\$112.891,76 equivalente a 149.248,76 Ufir's.

Ademais, a União em suas alegações finais (fl. 352) concorda, expressamente, com tal valor.

Isto posto, levando-se em consideração tudo quanto consta dos autos, julgo por sentença procedente a pretensão expropriatória, para o fim de incorporar ao domínio da expropriante (União) os imóveis desapropriados descritos nesta sentença, *mediante pagamento em dinheiro, aos expropriados da seguinte forma: a) à expropriada Hegil Empreendimentos Ltda o valor, em dinheiro, correspondente a 2.187.339,09 Ufir's que, na data desta sentença, corresponde a R\$ 1.935.138,89 (hum milhão novecentos e trinta e cinco mil, cento e trinta e oito reais e oitenta e nove centavos) b) aos expropriados Izaias Dutra de Lima e Luciléa de Souza Lima o valor, em dinheiro, correspondente*

a 149.248,76 Ufir's que, nesta data, corresponde a R\$ 132.040,38 (cento e trinta e dois mil, quarenta reais e trinta e oito centavos). Esses valores deverão ser devidamente corrigidos e acrescidos de:

a) juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença, incidindo, inclusive, sobre os juros compensatórios, nos termos da orientação do STJ;

b) juros compensatórios de 12% ao ano, a partir da imissão da posse e calculados na forma da Súmula n. 113-STJ;

c) correção monetária integral, sem expurgos inflacionários, quaisquer que sejam, observada a Súmula n. 75, do extinto TFR;

d) na esteira do que consta do Ementário da Jurisprudência "Jurisprudência Brasileira", vol. 169, p. 143, e de toda a extensão do voto do Ministro Carlos Mário Velloso, quando integrante do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp n. 248-SP (Registro n. 89.8533-6), seguido à unanimidade pelos demais Ministros componentes da Turma, parte do valor da oferta inicial, depositado em dinheiro, não será corrigida em favor da entidade expropriante, pois, pertencendo ao expropriado a oferta, com seus frutos, inclusive correção monetária contabilizada pelo estabelecimento bancário, o cálculo deverá ser feito da seguinte forma: a correção monetária da indenização incide sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização fixada.

Esta sentença servirá de título hábil ao registro, na forma do art. 167, do inciso I, item 34, da Lei n. 6.015/1973, no Cartório de Registro de Imóveis, após o pagamento total da indenização.

Condeno o expropriante a pagar as custas e as despesas do processo, bem como a verba honorária fixada, desde já, em 10% (dez por cento) da diferença entre a oferta inicial e a indenização, ambas corrigidas monetariamente.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 28, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941."

Importante, aqui, destacar que o magistrado não decidiu, apenas, com apoio no laudo apresentado pela União, o qual foi apresentado a destempo. Mas, tão-somente, utilizou esse trabalho pericial como elemento completar de prova, ante o manifesto equívoco no labor pericial já encartado nos autos. Assim, procedimento diverso, que rejeitasse a verdade fática apresentada, em razão de impeco processual, conduziria à inapelável confirmação judicial de erro substancial no valor estabelecido para a indenização expropriatória.



A propósito, esse foi o entendimento que, em sede de apelação e de embargos infringentes, restou consignado nos autos:

1. Teor do voto proferido em recurso de apelação (fls. 461/464):

“Não satisfeitos com o valor determinado pelo Juízo *a quo*, em relação a desapropriação de um prédio e um terreno, sedes da Justiça Federal de Vitória-ES, apelam a Helgil Empreendimentos e Participações Ltda e a União Federal.

De fato, é questão extremamente difícil consignar um valor justo a imóvel objeto de desapropriação. O presente processo não foge a regra, discordando o expropriante e um dos expropriados do valor determinado na sentença.

Primeiramente, cabe um esclarecimento quanto ao parecer do *Parquet*, eis que entende este que, existindo no contrato de locação, anterior à desapropriação, uma cláusula expressa prevendo a aquisição do edifício pela Justiça Federal, torna-se desnecessário esta ação expropriatória, bastando que a União consignasse esse depósito um Juízo, uma execução contratual.

De fato, o contrato de locação de fls. 9/12, firmado entre o expropriado e a Justiça Federal — Seção Judiciária do Espírito Santo, em sua cláusula 12ª (fl. 11), pactua um valor para aquisição do imóvel no prazo contratual, tendo tal cláusula permanecido em todos os termos aditivos do citado contrato. Entretanto, no novo contrato de aluguel, às fls. 21/25, não mais consta tal cláusula, foi ela abolida, o que afasta o entendimento do *Parquet*.

No caso em tela, a questão principal resume-se em se determinar qual o valor mais justo entre os três laudos apresentados para o edifício:

1º laudo — Laudo do perito do Juízo que avaliou o edifício, em agosto de 1993, no valor de CR\$ 125.362.500,00 (cento e vinte e cinco milhões, trezentos e sessenta e dois mil e quinhentos cruzeiros reais), correspondente a 2.929.714,887 UFIR's;

2º laudo — Laudo da CEF, apresentado pela União Federal, ao justificar sua discordância quanto ao valor acima, tendo avaliado o edifício em CR\$ 56.360.378,66 (cinquenta e seis milhões, trezentos e sessenta mil, trezentos e setenta e oito cruzeiros reais e sessenta e seis centavos), equivalente a 997.882,05 UFIRs;

3º laudo — Laudo do Assistente Técnico da União Federal que avaliou o edifício em R\$ 1.092.970,30 (hum milhão, noventa e dois mil, novecentos e setenta reais e trinta centavos), equivalente a 1.444.963,30 UFIRs.

Alega a Helgil que o 3º laudo, elaborado pelo Assistente Técnico da União não poderia ter sido levado em conta, eis que feito extemporaneamente. Entretanto, não foi a União Federal intimada para apresentar laudo elaborado por seu assistente técnico. Foi ela apenas intimada para se manifestar, à fl. 120, sobre o laudo de fls. 113/118 (laudo do perito do juízo), tendo a União Federal se valido do Departamento de Engenharia da CEF, eis que o prazo concedido para a manifestação foi, de fato, exíguo (10 dias, acrescido de mais 10 dias), diante da complexidade da causa.

Além disso, a busca da verdade não pode ser barrada por excessivo formalismo processual, sobretudo em casos como o presente, onde está em jogo o interesse público.

Desta forma, entendemos como válidos os três laudos, os quais examinaremos a seguir.

O laudo fornecido pelo perito do Juízo não pode ser acolhido, eis que este leva em conta apenas o custo da construção (fl. 117), não levando em conta a depreciação do imóvel. Além do mais, usou percentuais de remuneração para a construtora e para a incorporadora, no valor de 30% para cada uma, percentuais estes muito superiores aos do mercado, o que onerou muito o valor da construção.

Nota-se, ainda que o valor apresentado pelo perito do Juízo estava tão elevado que o próprio expropriado, para agilizar a solução da lide, propôs um acordo aceitando receber 80% do valor que entendia justo, sendo este valor a metade daquele apresentado no referido laudo (fl. 154).

Quanto ao laudo da Caixa Econômica Federal, utilizou este método de avaliação adotado para fins de financiamento imobiliário, que não reflete o real valor do imóvel: Da mesma forma, também entendeu o Juízo *a quo, verbis*:

“Há uma enorme diferença entre o valor apontado pelo Perito do Juízo (Cr\$ 125.362.500,00 equivalente à época a 2.929.714,887 UFIRs) e o valor apontado pelo Departamento de Engenharia da CEF (Cr\$ 56.360.378,66 equivalente a 997.882,05 UFIRs). Este último, como muito bem ponderou o Ministério Público Federal, é inaceitável, porque se valeu de método do custo de produção, obtendo o valor unitário de 48,00 UPF/m². Esse valor corresponde à estimativa de custo para fins de financiamento imobiliário, não havendo elementos que permitam concluir pela coincidência com os custos de produção”.

Finalmente, temos o laudo do Assistente Técnico da União. Adotou ele o Método Comparativo do Custo Unitário de Reprodução. Tal método



consiste na determinação do custo para a construção de um prédio novo idêntico ao avaliando, procedendo-se, a seguir, a depreciação do imóvel devido a idade, o que conduz a um preço bem perto daquele de mercado.

Além disso, adotou este laudo percentuais moderados para o lucro da construtora e dos custos administrativos, tendo assim chegado a um valor que nos parece mais condizente com a realidade.

Quanto ao terreno, há, também, 3 laudos:

1º laudo — Laudo do perito dos expropriados, que avaliou o terreno em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

2º laudo — Laudo do perito do Juízo que avaliou o terreno em R\$ 64.610,34 (sessenta e quatro mil, seiscentos e dez reais e trinta e quatro centavos), equivalente a 85.418,17 UFIRs, baseando-se na construção de um prédio de 3 andares;

3º laudo — Laudo do perito do Juízo que avaliou o terreno em R\$ 112.891,76 (cento e doze mil, oitocentos e noventa e um reais e setenta e seis centavos), equivalente a 149.248,76 UFIRs, baseando-se no próprio prédio construído pela Justiça Federal no referido terreno.

O primeiro laudo não pode ser acolhido, eis que baseou-se numa oferta que os expropriados teriam recebido de uma construtora, não constando dos autos documento que prove o alegado (há apenas uma planta que foi submetida à Prefeitura em 1977, isto é, 20 anos antes da desapropriação).

Além disso, não há fundamentação para o valor encontrado, já que o perito aumentou arbitrariamente o valor encontrado, alegando que o valor do imóvel tenderia a subir nos anos seguintes à desapropriação. Tal aumento não tem sentido, eis que o valor do imóvel poderia também cair, o que nos levaria a perguntar se o expropriado devolveria a diferença aos cofres da União.

O 2º laudo foi feito, baseando-se o perito no fato de que a Postura Municipal vigente, determinada pelo Plano Urbano do Município de Vitória, apenas permitia para a área construções de até 3 andares.

O 3º laudo foi feito, baseando-se o perito na construção do próprio prédio da Justiça Federal, que agora ocupa o terreno e que possui 10 andares. Entretanto, a construção de um prédio de tal porte só foi permitida porque seria um prédio da Administração Pública. Só por esta razão a Prefeitura de Vitória aprovou a construção de um prédio com mais de 3 pavimentos.

Não podem os expropriados se beneficiarem de um direito especialíssimo da União Federal. Vindo este terceiro laudo a ser aceito, estariam os expropriados se beneficiando de um investimento feito pela União Federal que, por ter construído um prédio com mais de 3 pavimentos, seriam obrigados a pagar ao proprietário do terreno um valor mais elevado.

Também assim opinou o *Parquet* (fls. 366/367):

“O laudo de responsabilidade dos expropriados não se atém a nenhum dos parâmetros estabelecidos pela NBR 5676. Está simplesmente baseado em uma suposta proposta de incorporação que teria sido oferecida aos proprietários do terreno. Saliente-se que nenhuma prova há de tal proposta.

O laudo elaborado pelo vistor da União, ao contrário, encontra-se bem fundamentado e de acordo com a norma. O valor encontrado (R\$ 64.610,34) é ao tudo indica aquele que corresponde à justa indenização.

O laudo complementar, elaborado por determinação do Juízo, não me parece adequado, ante as justificativas do próprio vistor, e aquelas acrescentadas pela União, a demonstrar que os expropriados não tem direito a um acréscimo de valor decorrente de um fato posterior à desapropriação”.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso da Helgil-Empreendimentos e Participações Ltda e dou provimento parcial ao recurso da União Federal e à remessa para fixar o valor do terreno em 85.418,17 UFIRs e o do imóvel em 1.444.963,30 UFIRs.”

2. Teor do voto proferido em embargos infringentes (fls. 596/597):

“Por ocasião do julgamento na Segunda Turma, pedi vista dos autos e trouxe voto, concordando com o voto proferido, naquela época, pelo Desembargador Federal Espírito Santo, pelas seguintes razões básicas, além daquelas já constantes do citado voto do então Relator:

1. o laudo fornecido pelo perito do Juízo não só não leva em consideração a depreciação do valor de restituição do imóvel no seu cálculo, como também não o compara com o valor encontrado no mercado;

2. o laudo feito pela Caixa Econômica Federal, apesar de utilizar-se de metodologia correta, serve exclusivamente para fins de financiamento imobiliário, tendo em vista que não leva em consideração itens importantes no preço final do imóvel, tais como elevadores, impostos, taxas e remuneração da construtora e do incorporador, fazendo não refletir o seu real valor;



3. o laudo do assistente técnico, além de encontrar-se corretamente inserido no contexto da Norma de Avaliação de Imóveis Urbanos — NBR 5676, leva não só em consideração a depreciação do imóvel, como também os equipamentos (elevadores), impostos e remunerações que se agregam ao valor do imóvel, conduzindo, desta forma, a um valor mais próximo do verdadeiro;

4. e, no que se refere ao terreno, concordo com as justificativas feitas pelo eminente Relator.

Continuo mantendo o mesmo entendimento, firmado no voto de fls. 461/464 e nas notas taquigráficas de fls. 479/510, cuja transcrição julgo desnecessária aqui, por já estar inserida nos autos, pelo que me reporto a elas, tornando tanto o voto quanto as notas taquigráficas extensão do presente voto.

Isto posto, nego provimento aos embargos infringentes.”

Pelo panorama exposto, resulta claro que a hipótese dos autos não é, simplesmente, de puro e deliberado desrespeito a prazo destinado à juntada de laudo pericial, tampouco de desprezo ao necessário equilíbrio que deve permear a atuação das partes em juízo. Não é esse o caso.

Ao revés, cuida-se de situação na qual, inicialmente, o magistrado de 1ª grau e, posteriormente, o Tribunal *a quo*, aplicou ao caso concreto o direito da melhor forma.

Por oportuno, cite-se, também, excerto do Parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela manutenção do acórdão impugnado em recurso especial (fl. 709):

“Recurso especial. Direito Administrativo. Desapropriação direta. Terrenos contíguos pertencentes a proprietários diversos. Laudo do perito judicial que avaliou tão-somente o imóvel da empresa, deixando de emitir juízo de valor sobre o terreno dos particulares. Laudo do assistente técnico da União, que avaliou não só o terreno dos particulares, mas também o imóvel da empresa. Decisão regional que acolheu o segundo laudo da União para fixar o justo valor da indenização devida à empresa. Recurso especial fundado no art. 105, III, **a** e **c** da Constituição Federal. Alegada violação dos arts. 125, I; 397; 433 e 436 do Código de Processo Civil. Na ação de desapropriação é dever do magistrado utilizar todos os elementos de prova constantes dos autos para chegar a valor da justa indenização. Jurisprudência dessa Colenda Corte. Dissídio jurisprudencial não configurado. Descumprimento do art. 255, § 2ª do RISTJ. Parecer pelo não provimento do recurso especial ora apreciado.”

Com efeito, ainda que se tenha considerado a tardia apresentação das informações técnicas juntadas pela União, não se poderia afastar o princípio inarredável do livre convencimento do juiz, que facultaria, de qualquer modo, a repetição e a nova produção de material probatório, até que supridos, no plano material, os elementos de convicção suficientes para atrair à lide o regramento legal vigente.

Essa foi a hipótese dos autos. Não merece, assim, nenhum reparo, senão a sua firme manutenção, a bem da prevalência da justiça, realidade que, muitas vezes, supera o alcance da literalidade das normas. É o que expressa, de maneira direta, a ementa do acórdão enunciado em sede de apelação (fl. 512):

“Administrativo. Desapropriação. Laudos. Valor justo. Prédio da administração pública.

Recurso acerca da consignação de valor justo a prédio e terreno, objetos de desapropriação, destinados à sede da Justiça Federal de Vitória-ES.

Inadmissíveis os laudos do perito do Juízo, vez que levou em conta apenas o custo da construção, desprezada a depreciação do imóvel; igualmente o da CEF, que adotou método de avaliação para fins de financiamento imobiliário.

A Assistência Técnica da União adotou método mais condizente com a realidade, já que comparou o custo para a construção de um prédio novo idêntico, procedendo a depreciação relativa à idade.

Avaliação do terreno, com base em construção de prédio de até 3 andares.”

Dessarte, não se verifica a apontada infringência aos arts. 535, 125, 397, 423 e 436 do Código de Processo Civil. Isto porque o acórdão, direta e expressamente, indicou os fundamentos que conduziram ao entendimento adotado, não se identificando eventual omissão a respeito de aspectos importantes à solução da lide. De outro vértice, constata-se que houve perfeita observância do contraditório, sendo que o laudo da União, objeto do inconformismo, foi tido apenas como elemento de referência, havendo se oportunizado às partes a apresentação dos documentos e informações que entenderam relevantes. No mais, como antes assinalado, o Juízo tão-somente formou, com adequação, o seu livre convencimento, ao considerar a diversidade de fatos e informações que, de forma complexa, foram trazidas a exame.

Resta ausente, portanto, a necessidade de uniformizar a aplicação de lei federal, uma vez que a ela se conferiu regular e adequado emprego.



Diante do exposto, estando o acórdão sustentado, predominantemente na análise de prova, não conheço do presente recurso especial.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Ministro José Delgado, a reforma atual da lei fez a distinção entre despacho de mero expediente e despacho de expediente exatamente para comprovar que, por exemplo, se o juiz envia os autos ao contador, para que faça um cálculo de acordo com um critério, muito embora possa parecer mero despacho, se esse critério é lesivo, surge aí o interesse em recorrer.

Melhor analisando, verifico o seguinte: muito embora não tenha havido uma decisão, digamos, de admissão desse laudo, de alguma maneira, o juiz praticou um ato que permitiu a intromissão desse laudo não na Instância superior, mas antes da sentença. Logo, nesse momento, *data maxima venia*, entendo que teria havido uma preclusão; a parte deveria ter-se insurgido nesse momento contra a intromissão desse novo laudo. Ela não se rebelou contra isso. O laudo foi anexado, chegou-se a um valor e, no meu modo de ver, a parte agora está pretendendo uma reavaliação do valor da indenização.

Peço vênias a V. Ex.^a. para não conhecer do recurso especial pela Súmula n. 7.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Sr.^a. Ministra-Presidente, com os esclarecimentos prestados pelo eminente Ministro-Relator quando da leitura da petição do recurso especial, também acompanho o voto de S. Ex.^a. para dele não conhecer.

RECURSO ESPECIAL N. 744.780-AL (2005/0067344-5)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Otávio Guimarães Paiva Neto e outros

Recorrido: Socôco S/A Indústrias Alimentícias

Advogados: Rafael Narita de Barros Nunes e outros

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda. Redução para reinvestimento na área da Sudene. Base de cálculo. Adicional de IRPJ. Impossibilidade.

1. “O adicional do Imposto de Renda Pessoa Jurídica não integra o benefício previsto no art. 23 da Lei n. 5.508/1968 e no art. 449 do RIR/1980 (depósito para reinvestimento), pois os benefícios fiscais devem ser interpretados restritivamente” (REsp n. 717.801-CE, Segunda Turma, DJ 25.04.2006).

2. Recurso especial a que se dá 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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 16.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim ementado:

“Apelação e remessa *ex officio*. Tributário. Imposto de renda de pessoa jurídica. Redução para investimento. Inclusão do adicional do imposto sobre a renda em sua base de cálculo. Improvimento.

I - O incentivo de redução do Imposto de Renda, para fins de reinvestimento, previsto no art. 23 da Lei n. 5.508/1968, incide sobre o adicional do referido tributo, instituído pelo Decreto-Lei n. 1.704/1979, porquanto não se cuida de dedução, mas, ao contrário, de redução do valor a ser pago, o qual retorna ao empresário para o fim de ser aplicado em seu empreendimento. Precedentes do TRF, 5ª Região.

II - Apelação e remessa oficial improvidas” (fl. 128).



Nas razões do recurso especial (fls. 130/136), fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: a) arts. 19 da Lei n. 8.167/1991 e 449 do RIR/1980, porque o depósito para reinvestimento deve ser realizado no montante de quarenta por cento sobre o imposto de renda devido, não acrescido do adicional instituído pela Lei n. 8.541/1992; e b) arts. 1º, § 3º, do Decreto-Lei n. 1.704/1979, e 19, § 2º, da Lei n. 8.218/1991, porquanto o adicional ao imposto de renda não pode sofrer qualquer dedução, sob pena de se interpretar extensivamente norma que confere benefício fiscal.

Sem contra-razões (fl. 38 v.).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O recurso merece provimento, tendo em vista que os argumentos ali expostos estão em conformidade com o entendimento sedimentado no âmbito da Primeira Seção desta Corte:

“Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Imposto de renda. Redução para reinvestimento na área da Sudene. Interpretação dos arts. 4º do Decreto-Lei n. 2.462/1988, 19 do Decreto-Lei n. 1.598/77, 1º, § 3º, do Decreto-Lei n. 1.704/1979 e 23 da Lei n. 5.508/1968. Provimento.

1. Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional (fls. 172/178), com fundamento na alínea **a**, do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdãos prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementados:

“Tributário. Imposto de Renda de pessoa jurídica. Redução para investimento. Inclusão do adicional do imposto sobre a renda em sua base de cálculo. Provimento.

I - O incentivo de redução do Imposto de Renda, para fins de reinvestimento, previsto no art. 23 da Lei n. 5.508/1968, incide sobre o adicional do referido tributo, instituído pelo Decreto-Lei n. 1.704/1979, porquanto não se cuida de dedução, mas, ao contrário, de redução do valor a ser pago, o qual retorna ao empresário para o fim de ser aplicado em seu empreendimento. Precedentes do TRF, 5ª Região.

II - Apelação a que se dá provimento.” (Fl. 167)

(...)

A Fazenda Nacional em recurso especial sustenta que foi cometida infringência ao art. 1º, § 3º, do Decreto-Lei n. 1.704/1979 argumentando,

em síntese, que: a) o valor do adicional do imposto calculado sobre o lucro da exploração não pode ser computado na base de cálculo para determinar o valor do reinvestimento; b) trata-se de incentivo fiscal e, portanto, de exceção em matéria tributária, devendo o direito excepcional ser interpretado literalmente (hermenêutica), o que está em consonância com o art. 111 do CTN, que define verdadeiros limites para aquele que interpreta a lei; c) que o benefício fiscal se aplica tão-somente aos casos previstos pelo legislador, não sendo permitido estendê-lo a situações não-previstas. Contra-razões defendendo que: a redução do imposto de que trata o art. 449 do RIR/1980, a ser depositada para reinvestimento, é calculada também sobre o adicional criado pelo Decreto-Lei n. 1.704/1979... (1ª Conselho de Contribuintes, Acórdão n. 103.375, de 09.05.1988).”

2. O objetivo do art. 4º do Decreto-Lei n. 2.462/1988 foi, unicamente, reduzir o percentual de incentivo criado pelo art. 23 da Lei n. 5.508, de 11.10.1968, na área da Sudene.

3. A vigência do supramencionado decreto-lei não revogou o Decreto-Lei n. 1.730/1979, na parte que acrescentou o § 6º ao art. 19 do Decreto-Lei n. 1.598/1977, pelo que a redução para reinvestimento ficou incluída entre os incentivos apurados com base no imposto de renda calculado sobre o lucro da exploração das atividades industriais, agrícolas, pecuárias e de serviços básicos.

4. Precedentes das egrégias Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior.

5. Recurso provido.” (REsp n. 795.546-CE, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 08.06.2006)

“Tributário. Recurso especial. Imposto de Renda. Pessoa jurídica. Adicional. Incentivo fiscal. Sudene.

1. O adicional do Imposto de Renda Pessoa Jurídica não integra o benefício previsto no art. 23 da Lei n. 5.508/1968 e no art. 449 do RIR/1980 (depósito para reinvestimento), pois os benefícios fiscais devem ser interpretados restritivamente. Precedentes.

2. Recurso especial provido.” (REsp n. 717.801-CE, Segunda Turma, DJ 25.04.2006)

“Tributário. Incentivo fiscal. Sudene. Base de cálculo: Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Lei n. 5.508/1968 e Decreto n. 85.450/1980. Dedução do adicional do Imposto de Renda. Impossibilidade.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, os benefícios fiscais devem ser interpretados restritivamente e, por isso, o Adicional do Imposto de



Renda Pessoa Jurídica não integra o benefício previsto no art. 23 da Lei n. 5.508/1968 e no art. 449 do RIR/1980 (Decreto n. 85.450/1980).

2. Recurso especial provido.” (REsp n. 699.579-RN, Segunda Turma, Ministra Eliana Calmon, DJ 19.12.2005)

2. Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial julgar improcedente o pedido inicial. Invertidos os ônus sucumbenciais.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 819.709-RS (2006/0032170-2)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Tausio José Wazlawick

Advogados: Gérson Luís B. Daniel e outros

Recorrida: Confederação Nacional da Agricultura — CNA

Advogados: Luiz Antônio Muniz Machado e outros

Sustentação oral: Norma Lustosa de Possídio, pelo recorrido

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação monitória. Contribuição sindical. Negativa de vigência ao art. 535, II, do CPC. Não-ocorrência. Legitimidade. Confederação Nacional da Agricultura. Prova escrita. Notificação. Quadro demonstrativo de débitos. Guia de recolhimento. Documentos hábeis à propositura da ação. Precedentes.

1. Recurso especial interposto por Tausio José Wazlawick em face de acórdão proferido pelo TJRS, segundo o qual: a) A Confederação Nacional da Agricultura — CNA tem plena legitimidade para promover a cobrança da contribuição sindical rural, por ser de natureza compulsória; b) “A guia de recolhimento de contribuição sindical rural é documento hábil a aparelhar ação monitória.” (fl. 177); c) multa e juros na forma do art. 600 da CLT. O particular, em seu apelo especial, aponta negativa de vigência dos arts. 535, II, 1.102 do CPC, 142 do CTN, 578, 579, 592 e 605 da CLT. Defende, em suma, que: a) a nulidade do aresto combatido por ofensa ao art. 535, II, do CPC, uma vez que o Tribunal *a quo*, apesar da oposição do recurso integrativo, não

supriu a efetiva necessidade de apreciação de todas as questões ventiladas pela recorrente; b) a contribuição sindical tem caráter eminentemente representativo e não compulsório como entendeu o julgado atacado, razão pela qual a Confederação Nacional da Agricultura não se encontra legitimada para efetuar a cobrança da exação em tela; c) é necessária a notificação do sujeito passivo do tributo, nos termos do art. 145 do CTN, além da publicação do edital a que alude o art. 605 da CLT. Sem contra-razões, conforme certidão de fl. 223.

2. No julgamento do CC n. 48.305-MG, desta Relatoria, DJ 05.09.2005, a Primeira Seção desta Corte firmou entendimento segundo o qual compete à justiça trabalhista processar os feitos atinentes à contribuição sindical instituída por lei, em face da nova carga cogente do art. 114, III, da Constituição Federal.

3. Entretanto, cabe destacar, quanto ao fenômeno da aplicação, no tempo, da EC n. 45/2004, que a superveniente modificação do texto constitucional não tem incidência sobre os processos com sentença prolatada antes da sua vigência, como no caso dos autos, nos termos da jurisprudência do egrégio STF: “A alteração superveniente de competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida. 3. Válida a sentença anterior à eliminação da competência do juiz que a prolatou, subsiste a competência recursal do Tribunal respectivo.” (CC n. 6.967-7, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26.09.1997)

4. A apontada violação do art. 535, II, do CPC, inexistente, haja vista que os autos demonstram, de modo inequívoco, que os fundamentos necessários para a firmação do acórdão foram enfrentados.

5. Entendimento desta Corte, na trilha da manifestação do egrégio Supremo Tribunal Federal, é firme no sentido de que a contribuição sindical rural prevista no art. 578 da CLT, por possuir natureza tributária, passou a ser cobrada de todos os contribuintes definidos na lei que a institui, sem observância da obrigação de filiação ao sindicato.

6. É devida a contribuição sindical rural. Quando do julgamento, à unanimidade, do REsp n. 680.519-MG, DJ 30.05.2005, ficou assentado: “As guias de recolhimento da contribuição sindical, o quadro demonstrativo de débitos e a notificação do devedor que instruem a ação monitoria estão aptas à demonstração da presença da relação jurídica entre credor e devedor, denotando, portanto, a existência de débito, ajustando-se ao conceito de “prova escrita sem eficácia de título executivo.”



7. No mesmo sentido: REsp n. 309.741-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 10.12.2002, REsp n. 287.528-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 06.09.2004, REsp n. 647.770-RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 21.03.2005, REsp n. 660.463-SP, Relator Ministro Castro Meira, DJ 16.05.2005.

8. Recurso especial não 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, 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), 3 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 31.08.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Em exame recurso especial interposto por Tausio José Wazlawick, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal de 1988, objetivando a desconstituição de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim ementado (fl. 177):

“Direito Tributário e Fiscal. Ação monitória. Confederação Nacional da Agricultura. CNA. Contribuição sindical rural. Legitimidade ativa para proceder a arrecadação. Exegese da Lei n. 8.847/1994. Obrigatoriedade da cobrança.

A Confederação Nacional da Agricultura — CNA tem plena legitimidade para promover a cobrança da contribuição sindical rural, segundo se colhe dos dispositivos legais, Decreto-Lei n. 1.161/1971 e Lei n. 8.847/1994, aplicáveis à espécie e a sua exigência tem caráter compulsório, sendo devida por todo o integrante de categoria rural, independente ou não de filiação a sindicato.

Guia de recolhimento de contribuição sindical rural. Documento hábil a embasar ação monitória (art. 1.102.a, CPC).

A guia de recolhimento de contribuição sindical rural é documento hábil a aparelhar ação monitória.

Multa. Juros. Previsão legal. Art. 600 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A multa e os juros, aplicáveis aos caso em tela, devem observar os dispositivos no art. 600 da CLT.

Precedentes jurisprudenciais desta Corte e do STJ.

Apelação desprovida. Voto vencido.”

Opostos embargos de declaração, pelo particular, o Tribunal de origem decidiu (fl. 198):

“Embargos de declaração. Enfrentamento das teses apresentadas.

O juiz não é obrigado a enfrentar todas as teses apresentadas pela parte, mas apenas as necessárias a amparar seu convencimento.

Conteúdo infringente.

Não se acolhem embargos declaratórios dotados de situações excepcionais, o que inoocorreu na espécie.

Precedentes jurisprudenciais.

Embargos desacolhidos.”

Cuida-se de ação monitória ajuizada pela Confederação Nacional da Agricultura — CNA objetivando o recebimento de contribuição sindical rural fundada no art. 578 e seguintes da Consolidação das Leis Trabalhistas.

A sentença (fls. 126/137) julgou procedentes os pedidos. Interposta apelação, o Tribunal *a quo*, (fls. 177/189), por maioria, manteve a decisão de 1º grau, por entender que: a) a CNA tem legitimidade para promover a ação de cobrança da exação discutida, por seu caráter compulsório, independente de filiação a sindicato; b) a guia de recolhimento da contribuição é documento hábil para a propositura da monitoria; c) quando configurada a mora do devedor, aplica-se o art. 600 da CLT.

Recurso especial (fls. 211/220) interposto pelo particular apontando negativa de vigência dos seguintes dispositivos:

Do CPC:

“Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

(...)

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal.”

(...)

“Art. 1.102a. A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em



dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. (Incluído pela Lei n. 9.079, de 14.07.1995)”

Do CTN:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Da CLT:

“Art. 578. As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de ‘contribuição sindical’, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.

Art. 579. A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do Sindicato representativo da mesma categoria ou profissão, ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 229, de 28.02.1967, DJ 28.02.1967)

(...)

“Art. 592. A contribuição sindical, além das despesas vinculadas à sua arrecadação, recolhimento e controle, será aplicada pelos Sindicatos, na conformidade dos respectivos estatutos, visando aos seguintes objetivos: (Redação dada pela Lei n. 6.386, de 09.12.1976, DJ 10.12.1976)

I - Sindicatos de Empregadores e de Agentes Autônomos: (Redação dada pela Lei n. 6.386, de 09.12.1976, DJ 10.12.1976)

- a) assistência técnica e jurídica;
- b) assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica;
- c) realização de estudos econômicos e financeiros;
- d) agências de colocação;
- e) cooperativas;
- f) bibliotecas;

g) creches;

h) congressos e conferências;

i) medidas de divulgação comercial e industrial no País, e no estrangeiro, bem como em outras tendentes a incentivar e aperfeiçoar a produção nacional;

j) feiras e exposições;

l) prevenção de acidentes do trabalho;

m) finalidades desportivas.

II - Sindicatos de Empregados: (Redação dada pela Lei n. 6.386, de 09.12.1976, DJ 10.12.1976)

a) assistência jurídica;

b) assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica;

c) assistência à maternidade;

d) agências de colocação;

e) cooperativas;

f) bibliotecas;

g) creches;

h) congressos e conferências;

i) auxílio-funeral;

j) colônias de férias e centros de recreação;

l) prevenção de acidentes do trabalho;

m) finalidades desportivas e sociais;

n) educação e formação profissional;

o) bolsas de estudo.

III - Sindicatos de Profissionais Liberais: (Redação dada pela Lei n. 6.386, de 09.12.1976, DJ 10.12.1976)

a) assistência jurídica;

b) assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica;

c) assistência à maternidade;

d) bolsas de estudo;

e) cooperativas;

f) bibliotecas;



- g) creches;
- h) congressos e conferências;
- i) auxílio-funeral;
- j) colônias de férias e centros de recreação;
- l) estudos técnicos e científicos;
- m) finalidades desportivas e sociais;
- n) educação e formação profissional;
- o) prêmios por trabalhos técnicos e científicos.

IV - Sindicatos de Trabalhadores Autônomos: (Redação dada pela Lei n. 6.386, de 09.12.1976, DJ 10.12.1976)

- a) assistência técnica e jurídica;
- b) assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica;
- c) assistência à maternidade;
- d) bolsas de estudo;
- e) cooperativas;
- f) bibliotecas;
- g) creches;
- h) congressos e conferências;
- i) auxílio-funeral;
- j) colônias de férias e centros de recreação;
- l) educação e formação profissional;
- m) finalidades desportivas e sociais.

§ 1º A aplicação prevista neste artigo ficará a critério de cada entidade, que, para tal fim, obedecerá, sempre, às peculiaridades do respectivo grupo ou categoria, facultado ao Ministro do Trabalho permitir a inclusão de novos programas, desde que assegurados os serviços assistenciais fundamentais da entidade. (Parágrafo renumerado pelo Decreto-Lei n. 229, de 28.02.1967, DJ 28.02.1967 e alterado pela Lei n. 6.386, de 09.12.1976, DJ 10.12.1976)

§ 2º Os Sindicatos poderão destacar, em seus orçamentos anuais, até 20% (vinte por cento) dos recursos da contribuição sindical para o custeio das suas atividades administrativas, independentemente de autorização ministerial. (Parágrafo incluído pelo Decreto-Lei n. 229, de 28.02.1967, DJ 28.02.1967 e alterado pela Lei n. 6.386, de 09.12.1976, DJ 10.12.1976)

§ 3º O uso da contribuição sindical prevista no § 2º não poderá exceder do valor total das mensalidades sociais consignadas nos orçamentos dos Sindicatos, salvo autorização expressa do Ministro do Trabalho. (Incluído pela Lei n. 6.386, de 09.12.1976, DJ 10.12.1976)”

(...)

“Art. 605. As entidades sindicais são obrigadas a promover a publicação de editais concernentes ao recolhimento da contribuição sindical, durante 3 (três) dias, nos jornais de maior circulação local e até 10 (dez) dias da data fixada para depósito bancário.”

Defende, em suma, que: a) a nulidade do aresto combatido por ofensa ao art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal *a quo*, apesar da oposição do recurso integrativo, não supriu a efetiva necessidade de apreciação de todas as questões ventiladas pela recorrente; b) a contribuição sindical tem caráter eminentemente representativo e não compulsório como entendeu o julgado atacado, razão pela qual a Confederação Nacional da Agricultura não se encontra legitimada para efetuar a cobrança da exação em tela; c) é necessária a notificação do sujeito passivo do tributo, nos termos do art. 145 do CTN, além da publicação do edital a que alude o art. 605 da CLT.

Sem contra-razões, conforme certidão de fl. 223.

Juízo de admissibilidade positivo às fls. 224/225v., subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O recurso merece ser conhecido e não-provido.

De início, cabe destacar, que em face do novo panorama normativo constitucional surgido com a edição da EC n. 45, no julgamento do CC n. 48.305-MG, desta Relatoria, DJ 05.09.2005, a Primeira Seção desta Corte firmou entendimento segundo o qual compete à justiça trabalhista processar os feitos atinentes à contribuição sindical instituída por lei, em face da nova carga cogente do art. 114, III, da Constituição Federal.

Ficou definido, outrossim, no tocante ao fenômeno da aplicação do novo Texto Constitucional, no tempo, que a mudança da norma maior alcançaria todos os feitos em curso e em qualquer fase de julgamento.

Entretanto, o posicionamento acima apresentado foi revisto pela Primeira Seção desta Casa Julgadora, tão-somente quanto ao fenômeno da aplicação da



EC n. 45/2004, de modo que a superveniente modificação do texto constitucional não tem incidência sobre os processos com sentença prolatada antes da sua vigência, como no caso dos autos, nos termos da jurisprudência do egrégio STF: “A alteração superveniente de competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida. 3. Válida a sentença anterior à eliminação da competência do juiz que a prolatou, subsiste a competência recursal do Tribunal respectivo.” (CC n. 6.967-7, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26.09.1997)

Neste mesmo sentido: Edcl no AI n. 451.313-8-MA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 21.10.2005; CC n. 7.244-MG, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 21.11.2005; AgRg no AI n. 52.3347-MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.02.2006.

Entendimento desta Corte, na trilha da manifestação do egrégio Supremo Tribunal Federal, é firme no sentido de que a contribuição sindical rural prevista no art. 578 da CLT, por possuir natureza tributária, passou a ser cobrada de todos os contribuintes definidos na lei que a institui, sem observância da obrigação de filiação ao sindicato.

Confira-se: “Sindicato: contribuição sindical da categoria: recepção. A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578 CLT e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato resulta do art. 8º, IV, *in fine*, da Constituição; não obsta à recepção a proclamação, no *caput* do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a própria contribuição sindical de natureza tributária (art. 8º, IV) — marcas características do modelo corporativista resistente —, dão a medida da sua relatividade (cf. MI 144, Pertence, RTJ n. 147/868, 874); nem impede a recepção questionada a falta da lei complementar prevista no art. 146, III, CF, à qual alude o art. 149, à vista do disposto no art. 34, §§ 3º e 4º, das Disposições Transitórias (cf. RE n. 146.733, Moreira Alves, RTJ n. 146/684, 694).” (RE n. 180.745-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 08.05.1998).

No mais, a apontada violação do art. 535, II, do CPC, inexistente. O recorrente, na qualidade de devedor da contribuição em destaque, recebeu a guia de recolhimento.

A publicação do edital (art. 605 da CLT), em tais condições, não é exigência de natureza absoluta. Os precedentes deste Tribunal não favorecem ao recorrente. Ei-los:

“Processo Civil. Ação monitória. Título impugnado.

1. Se o título foi emitido por força de obrigação *ex vi lege*, não há necessidade de levar a assinatura do devedor para valer como título executivo.

2. Doutrina e jurisprudência, inclusive do STJ, têm entendido que é título hábil para cobrança, documento escrito que prove, de forma razoável, a obrigação.

3. Cobrança de contribuição sindical da categoria patronal rural, por ocasião do pagamento do ITR — legalidade.

4. Recurso especial improvido.” (REsp n. 309.741-SP, Relatora Ministra, Eliana Calmon, DJ 10.12.2002)

“Recurso especial. Alíneas **a** e **c**. Processo Civil. Ação monitória. Contribuição sindical rural. Confederação Nacional da Agricultura. Prova escrita. Juntada aos autos de demonstrativos da constituição do crédito e boletos bancários. Documentos hábeis à propositura da ação. Alegada ofensa ao disposto no art. 1.102a. do CPC. Não-ocorrência. Ausência de similitude fática entre os arestos confrontados.

A dicção do art. 1.102a. do CPC estabelece como requisito da ação monitória a existência de ‘prova escrita sem eficácia de título executivo’. A prova exigida pelo Estatuto Processual deve ser compreendida como aquela que possibilite ao magistrado dar eficácia executiva ao documento, ou seja, que lhe permita inferir a existência do direito alegado, independentemente de ter sido o documento produzido pelo devedor ou por ele subscrito.

Na hipótese, o autor da demanda trouxe aos autos, como documento escrito a embasar a cobrança da contribuição sindical, os demonstrativos da constituição do crédito por imóvel emitidos pela Confederação Nacional da Agricultura e os boletos bancários. Forçoso concluir, na linha do que restou decidido pelo *v. acórdão* recorrido, que tais documentos autorizam a utilização do procedimento injuntivo.

Precedentes: REsp n. 309.741-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 12.04.2004; REsp n. 423.131-SP, Relator Ministro José Delgado, DJ 02.12.2002 e REsp n. 244.491-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 13.08.2001.

Recurso especial improvido.” (REsp n. 287.528-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 06.09.2004)

“Ação monitória. Prova escrita. Contribuição sindical rural. Propositura regular.



1. É assente no STJ que a guia da contribuição sindical rural é documento hábil para a instrução de ação monitória.

2. Isto porque o documento escrito a que se refere o legislador não precisa ser obrigatoriamente emanado do devedor, sendo suficiente, para a admissibilidade da ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação.

3. Consequentemente, 'A emissão do boleto bancário concernente à contribuição em apreço, emitido pela CNA, apesar de não possuir a anuência da parte devedora, constitui prova escrita suficiente para ensejar a propositura do procedimento monitório, tendo em vista que, gozando de valor probante, torna possível deduzir do título o conhecimento da dívida e a condição do devedor como contribuinte, por ostentar a qualificação cartular de proprietário rural.' (REsp n. 423.131-SP, Relator Ministro José Delgado, DJ 02.12.2002).

4. A ação monitória, a teor do art. 1.102, **a**, do CPC, tem base em prova escrita sem eficácia de título executivo. A prova escrita consiste em documento, que embora não prove diretamente o fato constitutivo do direito, possibilite ao juiz presumir a existência desse direito alegado.

5. O procedimento injuntivo tem por objetivo obviar a formação do título executivo por meio da simplificação do processo de conhecimento e da concessão de executoriedade ao título executivo, ou seja, dar-lhe a certeza, a liquidez e a exigibilidade de que é destituído.

6. Multifários precedentes da Corte: REsp n. 309.741-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 12.04.2004; REsp n. 423.131-SP, Relator Ministro José Delgado, DJ 02.12.2002.

7. Recurso especial provido." (REsp n. 647.770-RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 21.03.2005)

"Direito Tributário. Recurso especial. Contribuição sindical. Confederação Nacional da Agricultura. Legitimidade. Contribuinte. Proprietário rural com ou sem empregados. Ação monitória. 'Prova escrita sem eficácia de título executivo' (art. 1.102, **a**, do CPC). Guias de recolhimento. Suficiência.

1. A Confederação Nacional da Agricultura tem legitimidade para a cobrança da contribuição sindical rural. Precedentes da Primeira Turma.

2. O sujeito passivo da contribuição em debate não é apenas o empregador rural, mas também o proprietário rural que se dedica à atividade agrícola ainda que sem empregados (art. 1º, II, **b**, do Decreto-Lei n. 1.166/1971).

3. A ação monitória é processo de cognição sumária que tem por objetivo abreviar a formação do título exequendo e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional. O art. 1.102 do Código de Ritos faculta a utilização do procedimento injuntivo ao credor que possua prova escrita do débito, documento sem força de título executivo, mas merecedor de fé quanto à sua autenticidade.

4. Tratando-se de obrigação *ex vi legis*, as guias de recolhimento da contribuição sindical enquadram-se no conceito de ‘prova escrita sem eficácia de título executivo’ (art. 1.102, **a**, do Código de Ritos), sendo suficientes à propositura da ação monitória.

5. Recurso especial provido.” (REsp n. 660.463-SP, Relator Ministro Castro Meira, DJ 16.05.2005)

“Processual Civil. Ação monitória. Contribuição sindical. Prova escrita. Notificação. Quadro demonstrativo de débitos. Guia de recolhimento. Documentos hábeis à propositura da ação. Precedentes.

1. Tratam os autos de ação monitória ajuizada Sindicato das Empresas de Consultoria, Assessoramento, Perícias, Informações, Pesquisas e Empresas de Serviços Contábeis no Estado Minas Gerais objetivando o pagamento da Contribuição Sindical estabelecida pelos arts. 578 a 591 da CLT, no exercício dos anos de 1996 a 2001, considerando que a recorrente é entidade sindical devidamente constituída perante o Ministério Público do Trabalho e por ser a contribuição compulsória, advinda de texto legal, não necessitando, dessa forma, de filiação e não se confundindo com a contribuição social, facultativa. A pretensão inicial restou assim formulada (fl. 10): “ante ao exposto, requer a V. Ex^a. que se digne de determinar a expedição do competente mandado para citação/intimação do Representante Legal da Requerida no endereço indicado ou onde for encontrado, inclusive com aplicação de art. 172, § 2^a, do CPC, caso necessário, para que pague o débito no prazo de 15 (quinze) dias, compreendendo o montante de R\$ 1.784,13 (um mil setecentos e oitenta e quatro reais e treze centavos) atualizado até a data de 28.12.2001, a ser acrescido até a data do pagamento, de correção monetária; multa adicional de 2% ao mês, juros de mora de 1% ao mês, tudo conforme o art. 600 da CLT; ficando neste caso isento de custas e honorários ou se quiser ofereça embargos, no mesmo prazo, sob pena de automática constituição de título judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulo IV do CPC”. O juízo monocrático indeferiu a petição inicial, por estar a pretensão da autora amparada ‘em frágil e inexpressiva prova



escrita, que em nada se identifica com aquela exigida para o procedimento monitório, não vislumbrando em tais documentos a presunção necessária para ensejar o manejo desta ação de cunho excepcional”. Dessa forma, não sendo líquidos e certos os documentos apresentados, não há como constituí-los em títulos executivos. Inconformada, a ora recorrente apelou, tendo a oitava Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negado provimento ao recurso ao argumento de que ‘O demonstrativo da constituição do crédito de natureza tributária da contribuição sindical ou guias de recolhimento da contribuição sindical não se enquadram no conceito da prova escrita da dívida líquida e certa’. Nesta via recursal, alega divergência jurisprudencial.

2. O art. 1.102, **a**, do CPC, dispõe que ‘A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel’.

3. A ação monitória tem base em prova escrita sem eficácia de título executivo. Tal prova consiste em documento que, mesmo não provando diretamente o fato constitutivo do direito, possibilite ao juiz presumir a existência do direito alegado. Em regra, a incidência da aludida norma legal há de se limitar aos casos em que a prova escrita da dívida comprove, de forma indiscutível, a existência da obrigação de entregar ou pagar, que é estabelecida pela vontade do devedor. A obrigação deve ser extraída de documento escrito, esteja expressamente nele a manifestação da vontade, ou deduzida dele por um juízo da experiência.

4. A lei, ao não distinguir e exigir apenas a prova escrita, autoriza a utilização de qualquer documento, passível de impulsionar a ação monitória, cuja validade, no entanto, estaria presa à eficácia do mesmo. A documentação que deve acompanhar a petição inicial não precisa refletir apenas a posição do devedor, que emane verdadeira confissão da dívida ou da relação obrigacional. Tal documento, quando oriundo do credor, é também válido — ao ajuizamento da monitória — como qualquer outro, desde que sustentado por obrigação entre as partes e guarde os requisitos indispensáveis.

5. *In casu*, a cobrança de contribuição sindical referida encontra-se prevista em lei e a ela todos estão vinculados ao se encontrarem na hipótese descrita na norma, sendo devida em prol da entidade sindical correspondente à categoria. Para tanto, a entidade lança a cobrança da dívida a partir de dados que permitam o enquadramento do devedor na condição

de integrante da categoria sobre a qual incide a contribuição obrigatória, emitindo documento de dívida, o qual é a guia de recolhimento acompanhada de demonstrativo da constituição de crédito. Tem-se, pois, a prova escrita da existência da dívida, perfazendo, assim, o documento hábil para a instrução da ação monitória.

6. A emissão do boleto bancário concernente à contribuição em apreço, apesar de não possuir a anuência da parte devedora, constitui prova escrita suficiente para ensejar a propositura do procedimento monitório, tendo em vista que, gozando de valor probante, torna possível deduzir do título o conhecimento da dívida e a condição do devedor como contribuinte, por ostentar a qualificação cartular de proprietário rural.

7. As guias de recolhimento da contribuição sindical, o quadro demonstrativo de débitos e a notificação do devedor que instruem a ação monitória estão aptas à demonstração da presença da relação jurídica entre credor e devedor, denotando, portanto, a existência de débito, ajustando-se ao conceito de “prova escrita sem eficácia de título executivo”. Precedentes das egrégias Primeira, Terceira e Quarta Turmas desta Corte Superior.

8. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos à origem.” (REsp n. 680.519-MG, desta Relatoria, DJ 30.05.2005)

Isso posto, conheço, porém, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Jurisprudência da Segunda Turma

**EMBARGO DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
N. 805.662-RS (2005/0210653-7)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Embargantes: Elaine Maria Voegeli Anele e outros

Advogados: Andréa Avila Torres Ruas e outro

Embargado: Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul Daer-RS

Procuradores: Maria Patrícia Mollmann e outros

EMENTA

Administrativo. Infração de trânsito. Devolução dos valores pagos. Cabimento. Processual Civil. Omissão. Honorários.

1. Presente a omissão apontada, impõe-se a complementação do acórdão embargado para o fim de determinar a fixação da verba honorária.

2. Julgada improcedente a penalidade imposta, deve ser devolvido o valor pago a título de multa de trânsito, conforme preconiza o art. 286, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro.

3. Embargos declaratórios acolhidos.

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, acolher os embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 14.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de embargos declaratórios opostos por Elaine Maria Voegeli Anele e outros contra acórdão que restou assim ementado:

“Administrativo. Violação do art. 535 do CPC. Não-configuração. Infração de trânsito. Pagamento. Multa. Não-convalidação. Vício.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC na hipótese em que a questão deduzida nos embargos de declaração restou apreciada no acórdão recorrido de forma clara, expressa e motivada.

2. É imprescindível a notificação do suposto infrator para legitimar a imposição da penalidade de trânsito.

3. O pagamento da multa imposta pela autoridade de trânsito não representa aceitação da penalidade. Nem tampouco dá-se a convalidação do vício, pois, se julgada improcedente a penalidade, o art. 286, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro prevê a devolução do valor pago.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.”
(fl. 489)

Em seu arrazoado, a recorrente alega omissão do aresto embargado acerca da devolução dos valores pagos a título de multas de trânsito pelos embargados, bem como sobre a condenação do recorrido na totalidade dos honorários advocatícios.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Os embargos merecem acolhimento.

Inicialmente, ressalta-se que o aresto embargado, ao reformar o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, reconheceu que o pagamento da multa não convalida o vício, uma vez que o art. 268, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro prevê a devolução do valor caso seja julgada improcedente a penalidade imposta, motivo pelo qual deve a embargada restituir os valores pagos indevidamente pela ora embargantes.

Quanto às verbas sucumbenciais, verifico que, em virtude do provimento do recurso especial, os embargantes obtiveram êxito total na pretensão deduzida. Dessa forma, afigura-se-me plausível a condenação integral da requerida ao pagamento da verba sucumbencial fixada pelo Tribunal de origem.

Assim sendo, acolho os embargos declaratórios para declarar o dever do Daer-RS restituir os valores das penalidades julgadas improcedentes e antecipa-



damente pagas pelos embargantes, bem como para condená-lo ao pagamento da integralidade das verbas sucumbenciais fixadas pela Corte de origem.

É como voto.

**EMBARGO DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
N. 815.715-DF (2006/0016962-7)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Embargante: União de Comércio e Participação Ltda

Advogados: Nanci Gama e outros

Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Angélica Vella Fernandes Dubra e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Erro material. Inexistência. Intempestividade do recurso especial. Quarta-feira de cinzas. Limitação do expediente forense. Precedentes.

1. Inexistente a hipótese de erro material no aresto impugnado, não há como prosperar a irresignação sustentada nos embargos declaratórios.

2. O STJ firmou o entendimento de que a alteração do expediente forense na quarta-feira de cinzas, com exclusão do período matutino, não dá ensejo à prorrogação do prazo recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados.

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, rejeitar os embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 5 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 17.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de embargos de declaração opostos por União de Comércio e Participação Ltda a acórdão assim ementado:

“Processual Civil. Recurso especial. Intempestividade.

1. Afigura-se intempestivo o recurso especial interposto fora do prazo legal de 15 (quinze) dias.

2. Recurso especial não-conhecido.”

Sustentando a tese da tempestividade do recurso especial, protocolado no dia 10.02.2005, a embargante aponta a ocorrência de erro material no acórdão impugnado.

Alega que, no dia 09.02.2005 (quarta-feira de cinzas), termo *ad quem* do prazo recursal, “o Tribunal *a quo* estava fechado no período matutino, sem que houvesse sido publicado previamente qualquer aviso de que iria funcionar no período vespertino”.

Em adição, argumenta que a portaria da Corte de origem somente foi publicada no próprio dia 09.02.2005 e que a ausência de publicidade do ato acarreta sua nulidade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O acórdão embargado não se ressentido do vício apontado.

Dessa forma, mantenho a decisão que não conheceu do recurso especial em face de sua intempestividade.

Impõe-se ressaltar que esta Corte pacificou o entendimento de que a alteração do expediente forense na quarta-feira de cinzas, com exclusão do período matutino, não dá ensejo à prorrogação do prazo recursal. Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados:

“Processo Civil. Prazos. Quarta-feira de cinzas. O expediente forense incompleto só é relevante se for encerrado antes da hora normal; a jornada



meramente vespertina, como ocorre na Quarta-Feira de Cinzas, não induz a prorrogação do prazo, diversamente do que ocorre quando termina antes do horário forense. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação da multa de 1% sobre o valor da causa.” (Terceira Turma, EDcl no REsp n. 661.119-SP, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 29.05.2006)

“Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Intempestividade. Quarta-feira de cinzas. Dia útil, até prova em contrário (arts. 184, § 2º, 188 e 240 do CPC).

1. Realizada a intimação pessoal através da remessa dos autos ao representante da Fazenda Nacional, o qual após o seu ciente em véspera de feriado de Carnaval, o termo inicial do prazo recursal, que na hipótese é contado em dobro, começa a fluir a partir do primeiro dia útil subsequente à data de sua efetivação.

2. É imprescindível a comprovação, mediante prova documental, da suspensão integral do expediente forense do Tribunal de origem na quarta-feira de cinzas.

3. O fato de ter havido expediente somente no período vespertino, na quarta-feira de cinzas, não conduz à prorrogação do termo inicial para a contagem do prazo recursal, pois trata-se de dia útil.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Primeira Turma, AgRg no REsp n. 614.496-RJ, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 1º.02.2006)

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Prazo. Termo final para interposição de recurso. Quarta-feira de cinzas. Art. 184, § 1º, I e II, do CPC. Inaplicabilidade.

1. ‘A alteração do horário de expediente forense na quarta-feira de cinzas, com exclusão apenas do período matutino, não caracteriza situação que enseja a prorrogação do prazo conforme os incisos I e II do art. 184 do CPC’ (AgRg no Ag n. 616.632-MS, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ 17.12.2004). Precedentes: AgRg no Ag n. 547.393-PI, Terceira Turma, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 22.03.2004; REsp n. 679.351-PR, Quarta Turma, Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 23.05.2005.

2. Recurso especial a que se nega provimento.” (Primeira Turma, REsp n. 755.756-SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 19.09.2005)

“Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento intempestivo. Termo final para interposição do recurso. Quarta-feira de cinzas.

Expediente limitado ao turno vespertino. Art. 184, § 1º, I e II, do CPC. Inaplicabilidade. Regimental improvido.

I - A limitação do expediente forense ao turno vespertino na quarta-feira de cinzas não dá ensejo à prorrogação do prazo para interposição de recursos. Precedentes do STJ.

II - Agravo regimental a que se nega provimento.” (Quarta Turma, AgRg no Ag n. 617.109-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 30.05.2005)

“Processual Civil. Termo final para interposição de recurso. Quarta-feira de cinzas. Limitação do expediente forense. Art. 184, § 1º, I e II, do CPC. Inaplicabilidade.

I - A alteração do horário de expediente forense na quarta-feira de cinzas, com exclusão apenas do período matutino, não caracteriza situação que enseja a prorrogação do prazo conforme os incisos I e II do art. 184 do CPC. Precedentes: AgRg no Ag n. 547.393-PI, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 22.03.2004 e REsp n. 259.088-PR, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 27.05.2002.

II - Agravo regimental improvido.” (Primeira Turma, AgRg no Ag n. 616.632-MS, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 17.12.2004)

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 11.572-SE (2000/0010733-6)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Ferragens Santa Rosa Ltda

Advogado: Antônio João Rocha Messias

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Sergipe

Recorrido: Estado de Sergipe

Procuradores: Jeferson Fonseca de Moraes e outros



EMENTA

Tributário. Processual Civil. Mandado de segurança. Decadência. Ocorrência.

1 Quando qualquer direito nasce, se for o caso, nasce com ele o prazo decadencial para seu exercício. Logicamente, quando o órgão julgador entende ter-se operada a decadência, julga extinto o processo, com julgamento do mérito, declarando que não possui mais a parte o direito invocado.

2. *In casu*, ciente a Recorrente da decisão que não-acolheu o pedido de reconsideração das anteriores decisões que desabonaram a impugnação e o recurso administrativo declinados, em dia 26 de fevereiro de 1996, (fls. 121/125), tem início o prazo para interposição do mandado de segurança, ajuizado somente em 9 de setembro de 1996, quando ultrapassado o lapso temporal para a impetração.

3. A tese sustentada pela recorrente, no sentido de que o ato impugnado somente produziu efeitos com a inscrição em dívida ativa, não merece guarida, de vez que o objeto do *mandamus* não é o ato de inscrição em dívida ativa, mas, consoante se infere da petição inicial deste feito, as nulidades existentes no processo administrativo. Ora, este teve cabo com a prolação da decisão administrativa que rejeitou o pedido de reconsideração. Logo, tal marco temporal foi o *dies a quo* para fluência do prazo decadencial encartado no art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

Recurso ordinário 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, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com pedido liminar, aforado por Ferragens Santa Rosa Ltda, inconformada com acórdão emanado do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que denegou a segurança por ela pleiteada.

Origina-se a controvérsia de autuação procedida pelo Fisco Sergipano em relação ao ICMS, cujos recolhimentos teriam sido efetuados por documentos de arrecadação falsos. Diante do lançamento tributário contra si procedido, a recorrente apresentou impugnação administrativa, recurso e pedido de reconsideração, em que não foram respeitadas as garantias do devido processo legal e ampla defesa, de vez que as provas protestadas foram indeferidas pela autoridade coatora.

Liminar concedida, em parte, para suspensão da cobrança do tributo questionado até o final do julgamento do *mandamus*.

Informações prestadas pela autoridade coatora sustentando, preliminarmente, impossibilidade jurídica, por fustigar matéria que reclama dilação probatória. No mérito, defende a legalidade do processo administrativo fiscal em referência.

Processo julgado pelo Tribunal de origem reconhecendo a sucessão *in casu* de decadência, nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

Recurso ordinário aviado suscitando a não ocorrência de decadência, uma vez que os efeitos do ato guerreado não foram produzidos por ocasião da prolação da decisão administrativa, que rejeitou o pedido de reconsideração, mas na oportunidade da inscrição em dívida ativa.

Sem contra-razões.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Quando qualquer direito nasce, se for o caso, nasce com ele o prazo decadencial para seu exercício. Logicamente, quando o órgão julgador entende ter-se operada a decadência, julga extinto o processo, com julgamento do mérito, declarando que a parte não mais possui o direito invocado.

Quando, porém, uma autoridade pública, por meio de ação ou omissão, provocar lesão a direito líquido e certo de um particular, surge o direito ao mandado de segurança, cujo prazo decadencial é de 120 dias.



Dessa forma, no caso dos autos, há dois direitos: o primeiro é o direito de se discutir a não incidência do ICMS; e o segundo, o direito à impetração do mandado de segurança, ao qual a lei confere prazo de exercício.

Nesse sentido, o magistério de Castro Nunes, sobre o prazo de impetração do mandado de segurança *verbis*:

“Não se trata a rigor de prescrição, mas de preempção de ação ou meio de pedir.

É certo que para alguns escritores, mais apegados à tradição romana da *prescriptio*, a distinção não existe. Mas predominam os que sustentam que a extinção do direito de usar certo meio processual, após o recurso de determinado lapso de tempo, é uma forma especial de extinção de direitos de índole processual, inconfundível com a prescrição propriamente dita. O citado art. 3º da Lei n. 191, no seu enunciado, filiou-se a essa corrente ‘O direito de requerer extingue-se...’, para significar que, decorridos 120 dias contados do ato impugnado, perime o direito de usar do mandado de segurança.

É o mesmo sentido da *déchéance* dos franceses, e da *decadenza* dos italianos.

Não é a prescrição do direito ou relação jurídica, essa sim subordinada aos preceitos do Código Civil.

Tanto isso é exato que, preempto o mandado de segurança, se decorrido mais de um ano como preempto, se decorrido mais de um ano, o direito de usar do processo sumário do art. 13 da Lei n. 221, prescrito não estaria o direito ajuizado, sobrevivo às duas preempções sucessivamente figuradas, em tese, e exercitável pelos meios ordinários dentro de cinco anos” (*Do Mandado de Segurança*, Forense, 7ª ed., p. 266).

Assim, para que não seja obstado o exame da impetração, devem ser atendidos os pressupostos específicos deste remédio constitucional, que não dispensa a obediência ao prazo determinado pelo art. 18 da Lei n. 1.533/1951, ainda que tenha sido formulado pedido declaratório, para o qual o mandado de segurança não se mostra a via adequada.

A discussão cinge-se, no caso vertente, ao direito ao *writ of mandamus* e não à hipotética decadência ou prescrição do direito violado pelo ato da autoridade impetrada.

In casu, ciente a Recorrente da decisão que não-acolheu o pedido de reconsideração das anteriores decisões que desabonaram a impugnação e o recurso administrativo declinados, em dia 26 de fevereiro de 1996, (fls. 121/125), tem

início o prazo para interposição do mandado de segurança, ajuizado em 9 de setembro de 1996, quando ultrapassado, há muito, o lapso temporal para a impetração.

A jurisprudência desta Corte tem se pronunciado pela fluência do prazo decadencial, para manejo do *mandamus*, após a ciência da decisão administrativa. *Verbis*:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Fixação do marco inicial para impetração do *writ*. Reconhecimento da decadência. Art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Ato de efeitos concretos. Ciência inequívoca dos efeitos produzidos. Súmula n. 430-STF Precedentes. Recurso desprovido.

I - Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, secundando o entendimento do Supremo Tribunal Federal cristalizado na Súmula n. 430, a fluência do prazo decadencial no mandado de segurança tem início na data em que o interessado teve ciência inequívoca do ato atacado, independentemente do manejo de eventual recurso administrativo.

II - Agravo interno desprovido.” (AgRg no REsp n. 725.372-CE; Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 23.05.2005)

A tese sustentada pela recorrente, no sentido de que o ato impugnado somente produziu efeitos com a inscrição em dívida ativa, não merece guarida, de vez que o objeto do *mandamus* não é o ato de inscrição em dívida ativa, mas, consoante se infere da petição inicial deste feito, as nulidades existentes no processo administrativo. Ora, este teve cabo com a prolação da decisão administrativa que rejeitou o pedido de reconsideração. Logo, tal marco temporal foi o *dies a quo* para fluência do prazo decadencial encartado no art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário, para negar-lhe provimento.

É como penso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 265.300-MG (2000/0064642-3)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorridos: Cerâmica Coromandel Ltda e outros

Advogados: Euler da Cunha Peixoto e outros

EMENTA

Processo Civil e Administrativo. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Leis ns. 8.625/1993 e 7.347/1983. Dano ambiental. Ceramistas. Extração de barro. Alvará. Licenciamento. Projeto de recuperação homologado no Ibama. Interesse do MP no prosseguimento da ação civil pública que discute dano ambiental e sua extensão. Possibilidade.

1. É o Ministério Público parte legítima para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público, aí entendido os patrimônios histórico, paisagístico, cultural, urbanístico, ambiental etc., conceito amplo de interesse social que legitima a atuação do *Parquet*.

2. A referida legitimidade do Ministério Público para ajuizar tais ações é prevista *in satus assertionis*, ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante na inicial (“teoria da asserção”).

3. Ainda que exista acordo realizado no âmbito administrativo (Ibama) com as empresas demandadas, resta o interesse de agir do Ministério Público na busca da comprovação da exata extensão dos danos e na reparação. Instâncias administrativa e judicial que não se confundem, de modo a não gerar obstáculo algum para o exercício da jurisdição.

4. Não viola o art. 535 do CPC, acórdão que adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, ainda que conclua contrariamente ao interesse do recorrente.

Recurso especial provido em parte, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e o interesse de agir na ação civil pública. Determino a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para que prossiga no julgamento, enfrentando o mérito da questão como entender de direito.

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, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJ 02.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra acórdão que julgou ser o *Parquet* parte ilegítima para propor ação civil pública na defesa do patrimônio ambiental, objetivando a paralisação da atividade de diversas empresas da cidade de Coramandel-MG que atuam na extração de barro para confecção de cerâmica, tendo em vista alegada degradação do meio ambiente.

Requer o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento na alínea **a**, inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, o reconhecimento da violação dos arts. 535, I e II, do Código de Processo Civil, bem como arts. 25, alínea **a**, da Lei n. 8.625/1993 e 1º, inciso I, da Lei n. 7.347/1985, com a consequente devolução dos autos ao Tribunal *a quo* para o julgamento do mérito da questão.

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Coramandel houve por bem proferir sentença (fls. 799/801) no sentido de julgar improcedente os pedidos iniciais, por entender não estar demonstrado nexos causal entre o alegado dano ao meio ambiente e a atividade das empresas-rés.

Em julgamento de recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu inexistir legitimidade para o *Parquet* exercer tal pretensão. Confira-se o teor da ementa do acórdão recorrido:

“Ação civil pública. Pretensão do Ministério Público de paralisar atividades de empresas do ramo de cerâmica por lesão ao meio ambiente e ausência de alvarás, autorização de pesquisa e licenciamento ambiental. Ilegitimidade do *Parquet* para pretender impor a legalização de empresas junto aos órgãos ambientais competentes, desvirtuando a finalidade da ação civil — Perda do objeto e falta de interesse de agir se há projeto de recuperação ambiental, apresentando pelas empresas, em andamento perante o órgão federal competente para o controle e fiscalização das atividades que afetam o meio-ambiente.” (Fl. 864)

Embargos declaratórios opostos às fls. 874/878 e julgados por acórdão de fls. 881/883.

Recursos especial e extraordinário interpostos (fls. 888/924). Contra-razões apresentadas (fls. 930/941).



Juízos de admissibilidade positivo de ambos os recursos realizados. (Fls. 943/948)

Parecer da Procuradoria Geral da República pelo conhecimento e provimento do recurso especial. (Fls. 955/960)

Os autos me foram atribuídos em 23.06.2006 (fl. 461) tendo em vista a aposentadoria do saudoso Ministro Franciulli Netto.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): A questão federal debatida centra-se na possibilidade de o Ministério Público Estadual ajuizar ação civil pública, cujo objeto é a reparação ao meio ambiente em razão de alegada degradação realizada por empresas que atuam na atividade de extração de barro para a confecção de cerâmica, a ser comprovada em perícia judicial, quando já realizado projeto de recuperação em sede administrativa (Superintendência Regional do Ibama. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis).

Inicialmente, conheço do recurso especial pela alínea **a** do permissivo constitucional, uma vez que a questão federal está debatida nos exatos contornos dos arts. 25, alínea **a**, da Lei n. 8.625/1993 e 1º, inciso I, da Lei n. 7.347/1985.

Impende alinhar, desde logo, porém, a ausência de violação do art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, pois o v. acórdão recorrido julgou a questão fundamentadamente, ainda que tenha concluído contrariamente aos interesses do Recorrente. Vale lembrar que “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”. (REsp n. 832.920-PR, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 17.08.2006). No mesmo sentido, dentre outros inúmeros julgados, cite-se: REsp n. 435.103-MG, Ministro João Otávio de Noronha, DJ 18.08.2006; EDcl no REsp n. 786.974-PE, Ministro Luiz Fux, DJ 10.08.2006.

Quanto à questão da legitimidade do Ministério Público, cumpre alinhar o que preceituam os arts. 25, alínea **a**, da Lei n. 8.625/1993 e 1º, inciso I, da Lei n. 7.347/1985:

Art. 1º, Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública):

“Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio ambiente.’

Art. 25, Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.”

Hodiernamente, de modo a configurar inclusive uma conquista dos jurisdicionados para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que resulta na própria defesa de um conceito mais amplo — interesses sociais —, esta Corte tem reconhecido, por inúmeras vezes, em casos como o presente, a legitimidade do órgão ministerial para a atuação na defesa da sociedade.

Vale registrar: “O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).” (REsp n. 493.270-DF, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 24.11.2003) No mesmo sentido: EREsp n. 303.994-MG, Primeira Seção, DJ 1^a.09.2003; EREsp n. 327.206-DF, Primeira Seção, DJ 15.03.2004; EREsp n. 303.174-DF, Primeira Seção, DJ 1^a.09.2003; REsp n. 439.509-SP, Quarta Turma, DJ 30.08.2004; REsp n. 364.380-RO, Quinta Turma, DJ 30.08.2004; AgRg no Ag n. 290.832-SP, Segunda Turma, DJ 23.08.2004; AgRg no REsp n. 566.862-SP, Terceira Turma, DJ 23.08.2004; REsp n. 373.685-DF, Primeira Turma, DJ 16.08.2004; REsp n. 556.618-DF, Quarta Turma, DJ 16.08.2004; REsp n. 574.410-MG, Primeira Turma, DJ 05.08.2004; REsp n. 557.646-DF, Segunda Turma, DJ 30.06.2004.

Importa acrescentar que a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública na defesa do meio ambiente é vista *in satus assertionis* (“Teoria da Asserção”), ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante na petição inicial. É também o que ensina Barbosa Moreira com fundamento em doutrina de Ugo Rocco, Betti, Fazzalari e Loreto. No Brasil, temos ainda Kazuo Watanabe, em sua obra *Da Cognição no Processo Civil*. Confira-se:



“O exame da legitimidade, pois — como o de qualquer das condições da ação —, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou (...).” (*O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense: 2001).

Com todo respeito aos judiciosos argumentos do Tribunal *a quo*, não é mais possível descurar das mais lúdimas funções do Ministério Público que lhes são constitucionalmente asseguradas (art. 129, III, CF) para afirmar que não é o *Parquet* parte legítima para discutir eventuais danos difusos ou coletivos ao meio-ambiente. É que justamente os preceitos normativos, aqui já registrados, dos arts. 25, alínea **a**, da Lei n. 8.625/1993 e 1º, inciso I, da Lei n. 7.347/1985, autorizam o órgão ministerial a assim atuar.

Não se pode vedar ao Ministério Público o exercício dessa sua importante função, fechando para ele as portas do Poder Judiciário, em prejuízo aos jurisdicionados que diretamente poderiam ser afetados pela alegada degradação ambiental, máxime quando a própria peça inicial afirma que os danos haverão de ser comprovados necessariamente por perícia no curso do processo.

Sobressai-se com clareza solar a legitimidade do órgão ministerial para atuar no feito, uma vez que é o *Parquet* legitimado a atuar em benefício da sociedade no que diz respeito a toda e qualquer lesão ao patrimônio público, aí entendidos os patrimônios histórico, cultural, urbanístico, ambiental etc., como já defendido nos precedentes citados.

Também não há falar em perda do interesse de agir, como entendeu o v. acórdão recorrido (fls. 866/867), uma vez que o que busca o *Parquet* na espécie é tentar comprovar ocorrência de dano ambiental alegadamente perpetrado pelas empresas-rés, daí se ultimando a exigência da reparação desses danos. Isto, importa dizer, é dever da própria instituição.

Assim registra o voto do Desembargador-Relator no acórdão recorrido:

“Exsurge dos autos a existência de órgão federais e estaduais (sic.) incumbidos do controle, fiscalização e gerenciamento da exploração de recursos minerais, aptos a tomarem as medidas cabíveis para fazer cumprir as normas que regulamentam tais atividades e impor as sanções adequadas, apresentando as rés farta documentação comprobatória do andamento de processo junto à Superintendência Regional do Ibama [...], iniciado em 1º.06.1995, no qual as

empresas cerâmicas firmam termo de compromisso de apresentação, em prazo determinado, de ‘Plano de Controle Ambiental — PCA, contemplando o Plano de Recuperação de Áreas Degredadas, referente à atividade de extração de argila, à anuência dos proprietários da área explorada e condições para a abertura de novas áreas de lavra’ (fls. 528/587), cumprindo o avençado em 06.11.1995, como se vê dos documentos de fls. 357/487-TJ.

Perde o objeto a ação na medida em que as rés já assumiram o compromisso na reparação dos danos e não vemos onde reside o interesse do órgão ministerial em insistir na recuperação já em fase de processamento perante os órgãos federais competentes, aptos à fiscalização e aplicação das sanções devidas no caso de descumprimento do compromisso assumido pelas rés (...).”

Entendo ter ocorrido aí um equívoco que comporta imediata correção do Superior Tribunal de Justiça. É que os pedidos iniciais foram no sentido de, além da paralisação imediata das atividades alegadas como nocivas, o que não foi acatado na instância ordinária, I - realização de perícia técnica para comprovar o dano ambiental e sua extensão e II - a condenação das empresas-rés à reparação dos danos, caso comprovados.

Ora, por mais que se fale terem as empresas-rés firmado compromisso perante o Ibama, resta ainda o interesse de agir do *Parquet* para discutir eventual repercussão dos danos à população diretamente afetada e remanesce o interesse para requerer condenação de modo a reparar o meio-ambiente, se o caso da instância ordinária assim entender.

Resta ainda ponderar que, sabidamente, as instâncias administrativa e judicial são independentes e não há falar em obstáculo ao exercício da jurisdição em hipótese alguma, *máxime quando a atribuição desses órgãos, para a defesa do meio-ambiente, é concorrente.*

Exsurge, por assim dizer, também o interesse de agir na espécie.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e o interesse de agir na ação civil pública. Determino a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para que prossiga no julgamento, enfrentando o mérito da questão como entender de direito.

É como penso.

É como voto.



RECURSO ESPECIAL N. 779.515-MG (2005/0140006-2)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Construtora Brant Moraes Ltda

Advogados: Adriano Campos Caldeira e outros

Recorrido: Município de Belo Horizonte

Procuradoras: Maria de Fátima Mesquita de Araújo e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Ação anulatória de débito fiscal. Construção civil. ISS. Base de cálculo. Dedução dos materiais empregados. Impossibilidade. Súmulas ns. 282 e 284-STF. Correção monetária. Inaplicabilidade da TR. Verba honorária devida.

1. Aplica-se o teor da Súmula n. 282-STF relativamente às teses sobre as quais o Tribunal *a quo* não emitiu juízo de valor.

2. Tese de que a alteração da base de cálculo somente poderia se dar por lei complementar deficientemente fundamentada, porque não indicado o dispositivo de lei federal tido por violado. Súmula n. 284-STF.

3. A jurisprudência uniforme desta Corte é no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas. Precedentes.

4. A mudança de disposição, na lista do ISS, do serviço de execução de obras de construção civil — do item 19 para o 32, conforme a redação da LC n. 56/1987 — é circunstância inteiramente desinfluyente. Isso porque tanto ao tempo da vigência do Decreto-Lei n. 834/1969 quanto da LC n. 56/1987 a dedução dos materiais empregados, por prescrição dos itens 19 e 32, respectivamente, restringia-se ao fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação de serviço.

5. Os referidos itens criaram, em relação ao § 2º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/1968, uma regra de dedução ainda mais específica, que não admitia o abatimento de outros valores que não aqueles correspondentes aos materiais expressamente consignados, sobre os quais se fez recair a incidência do ICMS.

6. Tal orientação não sofreu abalo nem mesmo com a vinda da LC n. 116/2003, porque os serviços discutidos, agora definidos no item 7.02 da lista mais recente, mantiveram-se submetidos à mesma sistemática outrora imposta.

7. Segundo a jurisprudência do STJ, a TR pode ser utilizada como equivalente aos juros de mora, sendo ilegal, entretanto, sua aplicação como fator de correção monetária. Em substituição, deve incidir o INPC e, a partir de jan/1992, a UFIR.

8. Havendo revelia e sagrando-se vencedor o réu, é descabida a condenação em honorários (precedentes). Regra que não se aplica a parte, apesar de não ter apresentado contestação, atuou posteriormente nos autos.

9. Recurso provido em parte.

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, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 27 de junho de 2006 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 03.08.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial, interposto com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça assim ementado (fl. 840):

Ementa: Fornecimento de mercadoria fora do local da prestação. ISS. O Decreto-Lei n. 406/1968 foi recepcionado pela CF. O fornecimento de mercadoria só provoca redução do tributo quando ocorrer fora do local da prestação de serviços, o que não ocorre na espécie. Não há demonstração de cobrança de excesso de acessórios e os honorários foram fixados razoavelmente.



VI.

Na construção civil deduz-se do ISS os valores dos materiais usados, anulando-se, neste particular, o lançamento que não considerava as deduções.

Aponta a recorrente ofensa aos seguintes dispositivos:

a) arts. 151, 156, V e 174, *caput*, parágrafo único e incisos I, II, III e IV do CTN, porque o *dies a quo* da contagem do prazo prescricional é a decisão irrecorível na esfera administrativa e não a inscrição em dívida ativa;

b) art. 162 do CC/1916 (correspondente art. 193 do CC/2002), que autorizam a arguição de prescrição em qualquer instância ou Tribunal;

c) art. 9º, § 2º, **a** e **c** do Decreto-Lei n. 406/1968 c.c. os itens 32 e 34 da Lista de Serviços na redação da LC n. 56/1987;

d) arts. 108, § 1º e 110 do CTN c.c. o art. 150, I da CF (antes da LC n. 104/2001);

e) arts. 319 e 330 do CPC, que impõem a pena de confissão aos revéis;

f) art. 20 do CPC e art. 22 do EOAB — sendo revel o vencedor, não tendo comparecido em juízo patrocinado por advogado, é incabível a condenação em honorários advocatícios.

No mérito, sustenta que a referência constante do Decreto-Lei n. 406/1968 não foi devidamente atualizada quando a lista de serviços foi atualizada, de forma que a referência inserta no referido decreto-lei, que anteriormente correspondia às “atividades relacionadas a construção civil” e “demolição”, passou a constar “limpeza de chaminés” e “saneamento ambiental” (itens nos itens 19 e 20). Entende que não se pretendeu derrogar da base de cálculo especial dos serviços de construção civil e demolição em razão da referência desatualizada de itens da lista, mas, na verdade, o legislador, na última alteração da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, literalmente se esqueceu de atualizar a referência aos itens 19 e 20. Nesse sentido, transcreve a recorrente trecho da doutrina de Gabril Lacrda Troianelli.

Alega que o acórdão recorrido deixou de aplicar os efeitos da revelia, alertando que a jurisprudência vem evoluindo no sentido de impor à Fazenda Pública a confissão quanto à matéria fática.

Argumenta que a alteração pretendida pela Lei Municipal n. 5.641/1989 deu-se por veículo inidôneo, pois somente por lei complementar seria possível a alteração da base de cálculo do ISSQN, nos termos do art. 146, III, **a** da CF.

Afirma não haver discussão sobre se as deduções dos materiais empregados na obra da base de cálculo do imposto referem-se a materiais fornecidos no local

da obra ou fora dele, não obstante ter sido tratada a questão pelo acórdão recorrido e conclui que tais deduções não se constituem isenção heterônoma, mas hipótese de não-incidência tributária.

Insurge-se contra a aplicação do art. 116 do CTN, com a redação dada pela LC n. 104/2001, a autuação lavrada em jan./1996, ou seja, antes do seu advento.

Sustenta ainda que:

a) a Lei Municipal n. 5.641/1989 somente autoriza a cobrança do tributo quando prestado o serviço e se o preço puder ser imediatamente exigido, ou em casos de adiantamentos e sinais, não se aplicando o Regulamento do ICMS à hipótese dos autos; e

b) se à época da autuação o Fisco pretendia desconstituir os contratos e acertos da recorrente, considerando-os forjados, simulados, deveria tê-lo feito formalmente, através de ação judicial própria, vez que a declaração de falsidade documental, até o advento da LC n. 104/2001, era privativa do Poder Judiciário; por isso, ao Fisco não cabia aceitar ou deixar de aceitar determinado documento, sendo hábeis os contratos firmados.

Para configurar o dissídio jurisprudencial, colaciona diversos arestos, inclusive desta Corte, que tratam de prescrição, da impossibilidade de utilização da TR como juros moratórios, da necessidade de lei complementar para alteração da base de cálculo do ISSQN, da base de cálculo do imposto e do descabimento da condenação em honorários.

Após as contra-razões, subiram os autos por força de agravo de instrumento.

Relatei.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Sobre a prescrição, assim pronunciou-se o Relator:

De saída, importa, em sede de preliminar, analisar a invocada prescrição quinquenal.

Quanto a isto, indubitável registrar que não há, nos autos, prova de que o exercício do direito de ação, nos exatos termos do art. 174, do CTN, deixou de ser realizado pela Fazenda Pública, ficando o apelante, apenas, na fase das alegações, em franco desatendimento ao ônus da prova constitutiva de seu alegado direito.

Rejeito, pois, a preliminar de prescrição. (fl. 842)



Entretanto, prevaleceu o entendimento do Desembargador Ernane Fidélis no seguinte sentido:

Trata-se, na hipótese, de ação declaratória de nulidade de lançamento de débito tributário e não de pedido de condenação ao pagamento do mesmo.

A lide se estabelece e se limita pelo pedido. Neste caso, se, na inicial, não há qualquer pedido de declaração de prescrição, dele não pode o juiz conhecer, sob pena de julgamento *extra petita*.

Rejeito a preliminar. (fl. 848)

Sendo assim, não foram analisadas especificamente as teses trazidas no especial. Incide, pois, o óbice da Súmula n. 282-STF, restando prejudicada a análise do dissídio jurisprudencial correspondente.

Transcrevo, para melhor análise, o voto vencedor:

Mérito.

Não concordo com a digna Sentenciante de que o Decreto-Lei n. 406/1968 não foi recepcionado pela Constituição Federal, mas outras importantes observações hão de ser feitas.

A inicial, ao impugnar o lançamento fiscal alega, em primeiro lugar, e principalmente, que não foi observado pelo Fisco a aplicação dos itens 32 e 34 da Lista de Serviços do Decreto-Lei n. 406/1968, mas a r. sentença suscitou, simplesmente, a não aplicação do art. 9º, § 2º, do Decreto-Lei n. 406/1968, o que, evidentemente, não se aplica à espécie, já que a chamada “isenção parcial” ali prevista, faz, para a hipótese, referência aos ns. 19 e 20 da Lista de Serviços, “limpeza de chaminés” e “saneamento ambiental e congêneres”, que não se enquadram na hipótese dos autos.

Quanto às restrições dos ns. 32 e 34 da Lista de Serviços, ou seja, será o tributo devido pelo valor total dos serviços, excluindo-se apenas o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação, o que fica sujeito ao ICM. Ora, não se fez nenhuma prova — aliás, não se alega nos contratos examinados, nem na própria inicial se faz informação concreta a respeito — de que, no lançamento, se englobou fornecimento de material fora do local de prestação de serviços, e que referido fornecimento seria sujeito ao ICM.

Não há, pois, *data venia*, como pretender-se abusiva a atuação fiscal nos levantamentos.

Quanto à correção monetária, a digna Juíza bem decidiu a questão, entendendo a licitude da TR, à falta de outro critério de reajuste.

Além do mais, impugnasse a Apelante a correção monetária, sendo certo que o lançamento fiscal não se anula totalmente por tal circunstância, apenas que se adapta à realidade, caberia à Impte. alegar e demonstrar o excesso, para que a declaração incidisse sobre o valor que pudesse ser real.

Quanto à forma de recolhimento, prevista no RICMS, *data venia*, não há qualquer irregularidade ou abuso, mesmo porque o tributo é devido com a prestação do serviço e não com seu pagamento, sendo, pois, justo que, se divididos, em partes certas, se recolha o tributo também parcialmente, dentro de razoável critério.

No que concerne aos honorários advocatícios, embora tenha havido revelia — aliás, bastante duvidosa —, houve atuação da parte nos autos, em atos posteriores, justificados os respectivos honorários que, no meu entender, foram arbitrados com razoabilidade.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas pela Apelante. (Fls. 848/849)

Observe-se que o Tribunal também não emitiu juízo de valor sobre as teses em torno do art. 108, § 1º e 110 do CTN ou do art. 116 do CTN (com redação dada pela LC n. 104/2001), o que justifica a aplicação da Súmula n. 282-STF também nesse aspecto.

Sobre a questão da alteração da base de cálculo apenas por lei complementar, restou vencido o Relator, que entendia que a Lei Municipal n. 5.641/1989 violava flagrantemente a sistemática jurídica. Nesse aspecto, verifico que o recurso não indicou qual o dispositivo de lei federal foi violado. Assim, diante da deficiência da fundamentação, aplico o teor da Súmula n. 284-STF.

Relativamente à sistemática de pagamento também não houve indicação da legislação federal contrariada, tendo sido resolvida a lide a partir da interpretação da legislação local.

Quanto à dedução da base de cálculo da mercadoria fornecida pelo prestador de serviços, o Tribunal *a quo* entendeu que somente o material produzido pelo prestador de serviços fora do local da obra tem seu preço subtraído, mas que inexistia nos autos prova o lançamento englobou tais mercadorias que seriam, em tese, sujeitas ao ICM.

Penso que o acórdão recorrido não merece reforma, pois está de acordo com a jurisprudência uniforme desta Corte, no sentido de que a base de cálculo



do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas.

A título ilustrativo, transcrevo a ementa dos seguintes arestos:

“Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Serviço de concretagem. Construção civil. ISS. Base de cálculo. Súmula n. 167-STJ. Bitributação. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ.

I - “O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS” (Súmula n. 167-STJ).

II - Consoante jurisprudência desta Corte, não se admite subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente às subempreitadas e aos materiais utilizados.

III - No que se refere à questão da bitributação, a análise do recurso especial enseja o reexame do substrato fático contido nos autos, uma vez que o Tribunal *a quo* decidiu que não havia comprovação nos autos de que os valores subtraídos sofreram incidência de outro imposto. Incidência à hipótese da Súmula n. 7-STJ.

IV - Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 661.163-SP Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 08.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 223)

“Tributário. ISS. Base de cálculo. Dedução. Inclusão ou não do valor dos materiais de construção empregados por subempreiteira. Súmula n. 167-STJ. Precedentes.

1. Da base de cálculo do ISS não deve ser deduzido o valor dos materiais de construção utilizados pela prestadora do serviço.

2. A base de cálculo para apuração do total do tributo devido é o custo do serviço em sua totalidade.

3. Aplicação da Súmula n. 167-STJ: ‘O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS’.

4. Precedentes das egrégias Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

5. Recurso desprovido.” (REsp n. 256.210-MG, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 15.08.2000, DJ 25.09.2000, p. 77)

“Agravo regimental no recurso especial. Tributário. Ausência de prequestionamento. Aplicação da Súmula n. 282-STJ. Construção civil. Imposto sobre serviços. Base de cálculo. Preço do serviço. Impossibilidade de exclusão dos valores referentes a materiais.

1. De fato, não houve apreciação, pelo Tribunal de origem, do dispositivo de lei apontado pela recorrente como violado, o que impossibilita o julgamento do recurso nobre, por ausência de prequestionamento, conforme dicção da Súmula n. 282-STF: ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.’

2. Segundo a jurisprudência uniforme desta Corte Superior, as empresas do ramo da construção civil são contribuintes do ISS, não sendo admitido subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente às subempreitadas e aos materiais utilizados pela construtora.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 621.484-SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 20.10.2005, DJ 14.11.2005, p. 188)

“Recurso especial. Alíneas **a** e **c**. Tributário. ISS. Construção civil. Base de cálculo. Inclusão do valor dos materiais de construção empregados e pagamentos a subempreiteiros. Precedentes. Ausência de eiva no julgado e de prequestionamento do art. 9º, § 2º do Decreto-Lei n. 406/1968. Divergência jurisprudencial configurada.

A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar caso análogo ao dos presentes autos e chegou à conclusão de que ‘há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual’ (José Eduardo Soares de Melo, *in Construção Civil — ISS ou ICMS?*, in RDT 69, p. 253, Malheiros)” (EResp n. 149.946-MS, Relator Ministro Ari Pargendler, Relator p/ o acórdão Ministro José Delgado, DJ 20.03.2000). Na mesma esteira, dentre outros, o REsp n. 256.210-MG, Relator Ministro José Delgado, DJ 25.09.2000.

Deveras, se as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, imposto estadual incidente sobre a circulação de mercadorias, conceito que não se ajusta aos insumos utilizados para a construção de edifícios e outros, os materiais adquiridos com essa finalidade devem compor a base de cálculo do ISS.



O mesmo diga-se em relação ao pagamento efetuado a terceiros, *in casu*, as subempreitadas. Consoante explicita Bernardo Ribeiro de Moraes, ‘subempreitada é denominação que se oferece à empreitada menor, isto é, à empreitada secundária. Por meio de subempreitadas são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor. (...). Em referência ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para realizá-la. Ambas as formas de serviços (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas pelo ISS’ (*in Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975).

No tocante à alegada ofensa ao art. 9º, § 2º, do Decreto-Lei n. 406/1968, impõe-se o não conhecimento do recurso ante a ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pelo v. acórdão recorrido.

Recurso especial conhecido, em parte, e, na parte conhecida, provido para determinar a inclusão na base de cálculo do ISS dos materiais de construção empregados na construção civil e pagamentos efetuados a subempreiteiros.” (REsp n. 328.427-PR, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 04.11.2003, DJ 02.02.2004 p. 301)

Não se ajustando o fornecimento dos insumos empregados pelas empresas de construção civil em suas atividades ao conceito de circulação de mercadoria, fica afastada a incidência do ICMS, devendo recair, sobre essas operações, apenas o ISS.

Essa foi a solução adotada pela Primeira Seção no julgamento do EREsp n. 149.946-MS, de relatoria do Ministro Ari Pargendler, ocasião em que se fez prevalecer o entendimento externado no voto-vista do Ministro José Delgado, do qual transcrevo algumas passagens:

“A controvérsia está, unicamente, centrada no ponto bem destacado pelos acórdãos recorridos: as empresas de construção civil são, obrigatoriamente, quando adquirem produtos para emprego em suas obras, contribuintes de ICMS.

Em outras palavras, as empresas construtoras civis realizam, quando adquirem tais mercadorias, operações de cunho econômico que podem significar a prática de atos de comércio, ou elas se limitam, apenas, a prestar serviços quando empregam os insumos adquiridos em suas obras?

(...)

No trato da questão, filio-me à corrente que entende não haver obrigação das empresas de construção civil, quando adquirem mercadorias para serem empregadas nas obras por elas próprias constituídas, em terrenos de sua exclusividade, salvo as executadas por administração, empreitada ou subempreitadas, em outros Estados, ao pagamento da diferença de alíquota porventura existente.

Em tal situação, a empresa adquire mercadorias que são consumidas em suas próprias obras, não as comercializando. Esse fato caracteriza a inexistência de operação determinadora da circulação econômica de mercadorias que fez nascer o fato gerador do ICMS.

(...)

Induvidoso é que as empresas de construção civil fossem sempre contribuintes do ISS, nos precisos termos do item 19 da lista de serviços originária, anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, ou na lista de serviços, itens 32 e 34, da Lei Complementar n. 56/1987.

(...)

A tudo o que já foi exposto, acrescente-se que o art. 2º, da Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, determina que o ICMS não incide sobre 'operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definida em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar'.

(...)

Na busca de se compreender os elementos presentes na composição do quadro suso-referido, há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias, sujeitas a tributo estadual' (José Eduardo Soares de Melo, *in Construção Civil — ISS ou ICMS?*, in RDT 69, p. 253, Malheiros).

(...)

Evidencia-se, conforme acima demonstrado, que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade,



com a pura venda desses bens a terceiros. Nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras.” (EREsp n. 149.946-MS, Relator Ministro Ari Pargendler, Relator p/ o acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 06.12.1999, DJ 20.03.2000, p. 33)

Penso, por essas razões, que a mudança de disposição, na lista do ISS, do serviço de execução de obras de construção civil — do item 19 para o 32, conforme a redação da LC n. 56/1987 — é circunstância inteiramente desinfluyente para a resolução da controvérsia. Explico.

O art. 9º, § 2º, **a**, do Decreto-Lei n. 406/1968, com redação dada pelo Decreto-Lei n. 834/1969, prescrevia:

“Art. 9º A base de cálculo do impôsto é o preço do serviço.

(...)

§ 2º Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 e 20 da lista anexa o impôsto será calculado sôbre o preço deduzido das parcelas correspondentes:

a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços;

b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto.”

À época de vigência do mencionado Decreto-Lei n. 834/1969, o item 19 da lista de serviços contava com a seguinte redação:

“Listas de serviços (Redação dada pelo decreto Lei n. 834, de 08.09.1969)

(...)

19. Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que ficam sujeitas ao ICM)”.

Com as alterações promovidas pela LC n. 56/1987, o serviço de execução de construção civil passou a ser definido no item 32 da mesma lista, restando intacta, porém, a redação do *caput* e do § 2º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/1968. Em decorrência dessas modificações, assim ficou estabelecida a nova ordem:

“Listas de serviços (Redação dada pela Lei Complementar n. 56, de 15.12.1987)

(...)

19. Limpeza de chaminés;

(...)

32. Execução por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM).”

Veja-se que tanto ao tempo da vigência do Decreto-Lei n. 834/1969 quanto da LC n. 56/1987 a dedução dos materiais empregados, por indicação dos itens 19 e 32, respectivamente, restringia-se ao fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação de serviço.

Isso sucede porque os referidos itens criaram, em relação ao § 2º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/1968, uma regra de dedução ainda mais específica, que não admitia o abatimento de outros valores que não aqueles correspondentes aos materiais expressamente consignados, sobre os quais se fez recair a incidência do ICMS.

Tal orientação não sofreu abalo nem mesmo com a vinda da LC n. 116/2003, porque os serviços discutidos, agora definidos no item 7.02 da lista mais recente, mantiveram-se submetidos à mesma sistemática outrora imposta. De qualquer forma, esta nova legislação não teria aplicação à hipótese, porque a ação foi ajuizada em momento que antecede o início de sua vigência (jul./1998).

Frise-se, por fim, que não restou atacada a premissa adotada pelo Tribunal de origem, no sentido de inexistir provas de que o lançamento englobou material produzido pelo prestador de serviços fora do local da obra e, ainda que impugnado o *decisum* nesse aspecto, a constatação em sentido contrário esbarraria no óbice da Súmula n. 7-STJ.

No que diz respeito à aplicação da TR, a jurisprudência desta Corte, a teor do disposto no art. 9º da Lei n. 8.177/1991 (com a redação dada pela Lei n. 8.218/1991), posicionou-se no sentido de que a referida taxa pode ser aplicada como equivalência aos juros de mora, mas vem reconhecendo sua ilegalidade como fator de correção monetária. No período de vigência da Lei n. 8.177/1991, em substituição à TR, deverá incidir o INPC e, a partir de jan./1992, a UFIR. Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados:

“Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Embargos à execução. Correção monetária. TR e TRD. Aplicação. Impossibilidade. ADIn n. 493-STF

1. A Taxa Referencial (TR), por constituir taxa nominal de juros, não pode ser utilizada na correção monetária de créditos/débitos tributários.



2. Recurso especial improvido.” (REsp n. 261.229-CE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 06.03.2006, p. 271)

“Tributário. Embargos à execução. TR. Impossibilidade. ADIn n. 493-0-STF. UFIR. Cabimento.

1. Esta Corte entende pela inaplicabilidade da TR na correção monetária dos créditos ou débitos tributários, por constituir taxa nominal de juros, devendo incidir, na vigência da Lei n. 8.177/1991, o INPC, e, a partir de janeiro/1992, a UFIR. Precedentes.

2. Recurso especial provido.” (REsp n. 745.564-RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 14.06.2005, DJ 15.08.2005 p. 295)

Tributário. Embargos à execução fiscal. Aplicação. Penalidade tributária. Lei Municipal n. 4.895/1987. Decreto Municipal n. 5.933/1988. Violação. Art. 97, IV, CTN. Inocorrência. Correção monetária sobre o débito fiscal. TR/TRD. Inaplicabilidade. ADIn n. 493-0-DF

I - Ao contrário do que alega a recorrente, o Decreto Municipal n. 5.933/1988 repete os ditames da Lei Municipal n. 4.895/1987, regulamentando-a, não havendo o que se falar em infringência ao art. 97, IV, do CTN, pois aquele dispôs penalidade que a *lex* municipal já previra anteriormente.

II - A jurisprudência desta Corte adotou o entendimento do Pretório excelso, quando do julgamento da ADIn n. 493-0, no sentido de que a “TR” (Taxa Referencial) não é índice aplicável à correção monetária dos débitos fiscais.

III - Recurso especial parcialmente provido.” (REsp n. 331.316-MG, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18.03.2004, DJ 17.05.2004, p. 110)

“Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Débito fiscal. Correção monetária. Aplicação da TR. Impossibilidade. ADIn n. 493-0-STF. INPC e UFIR. Aplicação. Leis ns. 8.177/1991, art. 4º e 8.383/1991. Precedentes STF e STJ.

Conforme orientação assentada pelo STF na ADIn n. 493-0, a TR — Taxa Referencial, não é índice de atualização da expressão monetária de valores defasados pela inflação passada.

A partir da promulgação da Lei n. 8.177/1991 é legítima a aplicação do INPC para a atualização dos créditos/débitos tributários e; a partir de janeiro/1992, deverá ser adotada a UFIR, na forma recomendada pela Lei n. 8.383/1991.

Embargos de declaração acolhidos apenas para explicitar os índices a serem aplicados.” (EDcl no REsp n. 198.330-MG, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 19.08.2003, DJ 28.10.2003, p. 239)

“Processo Civil. Execução fiscal. Penhora de bens essenciais à atividade da microempresa. Art. 649, Inciso VI, do CPC. Impossibilidade. TR/TRD. Juros de mora. Possibilidade.

I - Os bens da pessoa jurídica são penhoráveis, admitindo-se, em hipóteses excepcionais, a aplicação do inciso VI do art. 649 do CPC, quando se tratar de pessoa jurídica de pequeno porte ou microempresa ou, ainda, firma individual, e os bens penhorados forem necessários ou úteis ao seu funcionamento.

II - Esta Colenda Corte vem entendendo pela aplicação da Taxa Referencial (TR) como juros moratórios, admitindo-se sua incidência a partir de fevereiro de 1991.

III - Recurso especial parcialmente provido.” (REsp n. 512.564-SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 28.10.2003, DJ 15.12.2003 p. 211)

Finalmente, verifico que a tese trazida em torno da verba honorária encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, segundo a qual, havendo revelia e sagrando-se vencedor o réu, é descabida a condenação de honorários. Vejamos:

“Processual Civil. Ausência de contestação. Honorários advocatícios. Verba indevida. Art. 20 do CPC.

1. Incabível impor ao vencido condenação ao pagamento de honorários advocatícios quando, apesar da revelia, o réu sair vencedor na demanda, porquanto a verba honorária visa remunerar a atuação de advogado, o que, nessa hipótese, não ocorreu.

2. Recurso especial improvido.” (REsp n. 286.388-SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 06.03.2006, p. 274)

“Processual Civil. Honorários advocatícios. Condenação. Autor da ação. Pedido improcedente. Revelia. Impossibilidade. Ausência de atuação do advogado.



Quando o réu não apresenta contestação e, apesar da revelia, se sagra vencedor na demanda, não é cabível impor ao vencido condenação em honorários advocatícios, porquanto tal verba visa remunerar a atuação do advogado que, nessa hipótese, inexistente.

Recurso provido.” (REsp n. 609.200-RS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03.08.2004, DJ 30.08.2004, p. 327)

“Processual Civil. Honorários advocatícios. Revelia. Verba indevida. CPC, art. 20. Lei n. 8.906/1994, art. 22.

I - Os honorários advocatícios, sob a égide da Lei n. 8.906/1994, art. 22, pertencem ao advogado da parte vitoriosa, como ressarcimento pelo seu trabalho, que é aferido, quando da sua fixação pelo juiz, de acordo com o grau do zelo demonstrado e a complexidade do trabalho desenvolvido, consoante o disposto no art. 20 do CPC.

II - Destarte, se a parte ré, citada, não comparece nos autos em qualquer ato processual, deixando de contratar profissional para defendê-la, a sucumbência em tal verba perde a sua razão de ser, representando, em caso de vitória, mesmo assim, da revel, enriquecimento sem causa, desfigurando-se a natureza da honorária, que tem finalidade própria.

III - Recurso conhecido e provido, para excluir a condenação em honorários advocatícios.” (REsp n. 281.435-PA, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 28.11.2000, DJ 19.02.2001, p. 182)

“Processual Civil. Réu revel vitorioso na ação proposta pelo vencido. Condenação em verba de patrocínio: impossibilidade. Recurso não conhecido.

I - À luz do art. 20 do CPC e do art. 22 do Estatuto da Advocacia, o vencido arcará com os honorários advocatícios em favor do patrono da parte vencedora, sendo revel o vencedor, ou seja, não tendo ele comparecido em juízo patrocinado por advogado, não há que se impor ao vencido condenação em honorários advocatícios, já que tal verba não terá destinatário.

Ainda que se adotasse a orientação a meu ver ultrapassada em virtude do disposto no art. 22 da Lei n. 8.906/1994 de que os honorários advocatícios são destinados a parte vencedora, o art. 20 do CPC tem como escopo o ressarcimento do vencedor naquilo em que ele despendeu para ir a juízo ou para defender-se. Ora, se o vencedor nem sequer compareceu em juízo, nada gastou para reprimir a ação proposta pelo vencido. Por conseqüência, não há do que ressarcir-lo.

II - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 155.137-SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 17.02.1998, DJ 23.03.1998, p. 79)

Na hipótese dos autos, entretanto, embora o Município de Belo Horizonte tenha deixado de apresentar contestação, segundo o Tribunal *a quo*, houve atuação da parte nos autos em atos posteriores, o que justifica a condenação em honorários. Daí entendo inexistir ofensa aos dispositivos legais indicados no especial.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial, apenas para excluir a aplicação da TR, que deverá ser substituída pelos índices legais indicados nesse voto.

RECURSO ESPECIAL N. 781.256-RS (2005/0152115-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Município de Porto Alegre

Procuradores: Armando José da Costa Domingues e outros

Recorrido: Coop. Hab. Operários Seg. Mar. Ltda

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Tributário. Execução fiscal. IPTU. Nulidade da CDA ausência de discriminação dos valores por exercício, dos juros e da multa. Prescrição. Decretação de ofício. Fundamento suficiente para manter o julgado.

1. Está pacificado no âmbito da Primeira Seção o entendimento de que, em sede de execução fiscal, a prescrição não pode ser decretada de ofício.

2. A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado.

3. Hipótese dos autos em que a CDA deixou de discriminar os valores do IPTU cobrado por exercício, bem como os juros e a multa, o que prejudica a defesa do executado, que se vê tolhido de questionar as importâncias e a forma de cálculo.



4. Embora a prescrição não possa ser decretada de ofício, permanece intacto o fundamento adotado pelo Tribunal de origem quanto à nulidade da CDA, suficiente por si só para manter o julgado.

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, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 19.12.2005

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, julgando execução fiscal, concluiu pela nulidade da CDA porque dela constava o valor total da execução, sem discriminar os valores por exercício, bem como os valores relativos a juros e multa. Entendeu, ainda, correta a sentença que, pelo princípio da eventualidade, decretou a prescrição, por considerar que esta pode ser decretada de ofício.

Aponta o recorrente violação dos arts. 156, 173, 174, 201, 202 e 204 do CTN, 194 do CC e 2^o, §§ 5^o e 6^o da Lei n. 6.830/1980, sustentando, em síntese:

- a) a CDA goza da presunção de liquidez e certeza;
- b) é válida e perfeita a CDA que não especifica o valor de cada exercício, pois isso não impede a ampla defesa do executado;
- c) a exigência é excessiva e constitui interpretação ampliativa do comando legal, sendo suficiente que o título contenha o valor originário da dívida, o termo inicial, a forma de cálculo, os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou em contrato, tendo sido observados os requisitos dos arts. 201, 202 e 204 do CTN;
- d) a lei não veda que a CDA contenha o valor total da dívida, ainda mais quando está especificado a quais exercícios esta se refere; e

e) a prescrição não pode ser decretada *ex officio*.

Sem contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos elencados no especial, passo ao exame do recurso.

Quanto à prescrição, verifica-se que a Primeira Seção da Corte e as Turmas que a compõem pacificaram o entendimento de que, em sede de execução fiscal, a prescrição não pode ser decretada de ofício. Nesse sentido são os seguintes arestos:

“Processo Civil. Execução fiscal. Citação.

1. Em execução fiscal, o art. 8º, § 2º, da LEF deve ser examinado com cautela, pelos limites impostos no art. 174 do CTN, de tal forma que só a citação regular tem o condão de interromper a prescrição.

2. A prescrição, quanto aos direitos patrimoniais, com ou sem citação, o que tem interesse para contagem do prazo, não pode ser decretada de ofício.

3. Recurso especial provido.” (REsp n. 327.268-PE, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, unânime, DJ 26.05.2003, p. 254)

“Recurso especial. Alegada violação dos arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC. Não-ocorrência. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Decretação de ofício. Impossibilidade.

No tocante à alegada violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, o recurso não logra perspectiva de êxito, uma vez que não há nos autos qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal *a quo* apreciou toda a matéria recursal devolvida. Insubsistente, outrossim, a apontada ofensa aos arts. 165 e 458, II, do CPC, pois o *v. decisum* recorrido foi devidamente fundamentado.

A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o despacho que ordena a citação não interrompe a prescrição, uma vez que somente a citação pessoal tem esse efeito, devendo prevalecer o disposto no art. 174 do CTN sobre o art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980.

O executivo fiscal versa sobre direito de natureza patrimonial e, portanto, disponível, de modo que a prescrição não pode ser decretada *ex officio*, a teor do disposto nos arts. 166 do c.c. os arts. 16, 128 e 219, § 5º, do CPC.



Recurso especial provido.” (REsp n. 603.997-PE, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, unânime, DJ 11.04.2005, p. 250)

“Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. Art. 166 do Código Civil. Art. 219 do Código de Processo Civil. Lei n. 6.830/1980. Art. 174 do CTN. Prescrição intercorrente. Decretação de ofício. Impossibilidade.

1. O julgador singular, ao decretar, de ofício, a prescrição da execução fiscal, deixou de observar a indisponibilidade do crédito fiscal, em vista da sua natureza patrimonial, conforme estabelece o art. 166 do Código Civil e § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil.

2. Conforme o art. 40, da Lei n. 6.830/1980, a não localização do devedor ou executado, no processo fiscal, não lhe acarreta a prescrição intercorrente, mas sim, a suspensão.

3. As disposições contidas no art. 174 do Código Tributário Nacional referem-se à perda do direito de ação para promoção da cobrança do crédito tributário e não à prescrição que ocorre no curso da demanda.

4. Na hipótese dos autos, não é possível imputar-se à Fazenda Pública a negligência no impulso do feito e o mero transcurso de prazo não é causa bastante para que seja reconhecida a prescrição intercorrente.

5. Recurso especial provido.” (REsp n. 674.974-PE, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, unânime, DJ 14.02.2005, p. 194)

“Processo Civil. Execução fiscal. Art. 40 da LEF. Suspensão. Prescrição intercorrente. Decretação de ofício. Impossibilidade.

1. Em execução fiscal, o art. 8º, § 2º, da LEF deve ser examinado com cautela, pelos limites impostos no art. 174 do CTN, de tal forma que só a citação regular tem o condão de interromper a prescrição.

2. Interrompida a prescrição, com a citação pessoal, não havendo bens a penhorar, pode o exeqüente valer-se do art. 40 da LEF, restando suspenso o processo e, conseqüentemente, o prazo prescricional por um ano, ao término do qual recomeça a fluir a contagem até que se complete cinco anos.

3. Enquanto não forem encontrados bens para a satisfação do crédito tributário, a execução deve permanecer arquivada provisoriamente (arquivo sem baixa).

4. Mesmo ocorrida a prescrição intercorrente, esta não pode ser decretada de ofício.

5. Recurso especial provido.” (REsp n. 621.257-PE, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime, DJ 11.10.2004, p. 295)

“Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Decretação de ofício. Impossibilidade. Precedentes.

1. O STJ firmou o entendimento de que na execução fiscal a prescrição intercorrente não pode ser decretada de ofício.

2. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.” (AgRg no Ag n. 549.583-PE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, unânime, DJ 24.05.2004, p. 249)

“Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Decretação de ofício. Direito patrimonial. Impossibilidade.

1. Em se tratando de direito patrimonial, o nosso ordenamento jurídico não ampara a decretação da prescrição, de ofício, pelo juiz.

2. Diversidade de precedentes.

3. Recurso especial provido.” (REsp n. 513.348-ES, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ 17.11.2003, p. 215)

Superado o óbice, resta para apreciação a tese em torno da invalidade da CDA.

A jurisprudência pacificada nesta Corte é no sentido de não se usar rígidos critérios de aferição de valia da CDA, diante o princípio da instrumentalidade das formas. Não se deve esquecer, entretanto, que os títulos executivos, dentre os quais a CDA, são títulos formais, nos quais devem estar bem delineados os aspectos indispensáveis para que possa o executado produzir a sua defesa. Para exemplificar, colaciono o seguinte precedente:

“Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Certidão de dívida ativa. Requisitos para constituição válida. Nulidade não configurada.

1. Conforme preconiza os arts. 202 do CTN e 2º, § 5º da Lei n. 6.830/1980, a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária.

2. A finalidade desta regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.



3. A pena de nulidade da inscrição e da respectiva CDA, prevista no art. 203 do CTN, deve ser interpretada *cum granu salis*. Isto porque o insignificante defeito formal que não compromete a essência do título executivo não deve reclamar por parte do exequente um novo processo com base em um novo lançamento tributário para apuração do tributo devido, posto conspirar contra o princípio da efetividade aplicável ao processo executivo extrajudicial.

4. Destarte, a nulidade da CDA não deve ser declarada por eventuais falhas que não geram prejuízos para o executado promover a sua defesa.

5. Estando o título formalmente perfeito, com a discriminação precisa do fundamento legal sobre que repousam a obrigação tributária, os juros de mora, a multa e a correção monetária, revela-se descabida a sua invalidação, não se configurando qualquer óbice ao prosseguimento da execução.

6. O Agravante não trouxe argumento capaz de infirmar o decisório agravado, apenas se limitando a corroborar o disposto nas razões do recurso especial e no agravo de instrumento interpostos, de modo a comprovar o desacerto da decisão agravada.

7. Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 485.548-RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.05.2003, DJ 19.05.2003, p. 145)

Segundo o Tribunal de origem, “o problema não está na CDA única, mas no valor único numa mesma CDA para mais de um exercício, sem as discriminações do art. 202, sendo que, no caso, também não discrimina a multa e os juros, adotando para estes a partir de 1996 a Taxa Selic, que vem sendo recusada pelos tribunais” (fl. 60).

A questão que se deve ser enfrentada é a seguinte: é válida uma CDA para cobrança de tributo de mais de um exercício, em que não estão especificados os valores por período e não discriminados os valores que dizem respeito à multa e aos juros de mora?

Na mesma linha de entendimento do Tribunal *a quo*, considero que a ausência de discriminação dos valores por exercício e dos juros e multa moratória compromete a defesa do executado, que fica tolhido de questionar as importâncias e a forma de cálculo. Não se trata de mera formalidade, sendo, portanto, nulo o título. Nesse sentido, colho o seguinte julgado:

“Processual Civil. Recurso especial. Execução fiscal. Certidão de dívida ativa. Requisitos essenciais. Desobediência aos ditames do art. 2º, § 5º da Lei n. 6.830/1980. Precariedade patente. Respeito ao princípio da ampla defesa. Nulidade do título.

1. Cuidam os autos de embargos de devedor manejados por João Gabriel Scherer em face de execução fiscal ajuizada pelo Município de Porto Alegre-RS com base na ausência de pagamentos referentes ao IPTU atinentes aos anos de 1994 a 1996. Aduz, em síntese, que é parte ilegítima em virtude de ter adquirido de boa-fé o imóvel em nov./1998, não constando há época algum débito na guia de recolhimento do imposto de transmissão, tendo a transação sido regularmente realizada, sendo a real devedora a pessoa jurídica Maria Amenaide de Oliveira, a alienante. O juízo monocrático prolatou sentença ante a impossibilidade jurídica do pedido por falta de segurança do juízo por considerar que inexistia auto ou termo de penhora, garantidor do juízo e viabilizador jurídico da propositura da presente demanda, julgando assim, extinto o processo nos termos do art. 267, IV do CPC, para condenar o embargante no pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 3 (três) URHs. Irresignado, o embargante interpôs apelação requerendo a cassação da sentença vergastada sob a alegação de que os embargos se amoldam ao caso em comento por estar configurada a prescrição no título executivo, pois trata-se de dívida de IPTU atinente aos anos de 1994 a 1996, portanto, antes de seguro o juízo, tornando o título ilíquido e improcedente a execução. O TJRS proferiu, por maioria, acórdão reconhecendo que o expediente adequado ao caso seria a exceção de pré-executividade em razão da ilegitimidade *ad causam*, frisando que é possível recebê-la sem garantia do juízo, devendo o mesmo posicionamento ser estendido aos embargos à execução nestas circunstâncias. Por fim, determinou a remessa dos autos ao juízo monocrático. Contrapondo-se ao aresto adrede mencionado, o ente municipal interpôs embargos infringentes requerendo a subsistência da sentença cassada, alegando que a embargante, ao escolher a via equivocada para exercer o jus postulandi apresentando embargos à execução, deveria ter atentado para seus pressupostos, garantindo, dessa forma, o juízo. Sobreveio acórdão negando provimento aos embargos infringentes por considerar que o embargado não está obrigado a garantir previamente o juízo para discutir sua ilegitimidade passiva. Remetidos novamente os autos à 1ª instância, foi prolatada sentença julgando parcialmente procedentes os embargos à execução para reconhecer, tão-somente, a prescrição do IPTU atinente ao exercício de 1994, devendo o embargado apresentar novo demonstrativo de cálculo com a exclusão do exercício retrocitado. Quanto aos honorários, determinou que o embargante arcasse com 15% (quinze por cento) e o embargado 10% (dez por cento) sobre o novo valor da execução, restando afastada a compensação. Manejando recurso de apelação, o embargante requereu a reforma do *decisum* fustigado a fim de que fosse declarada a) a nulidade da CDA, pois ao reconhecer a prescrição somente



em relação ao exercício de 1994 acabou por retirar a certeza e liquidez do título; e b) indevida a condenação desigual em honorários advocatícios. O TJRS proferiu acórdão declarando a nulidade da CDA de ofício, restando prejudicada a apelação aduzindo, em síntese, que é inadmissível que a CDA englobe mais de um exercício sem fazer a correta discriminação dos exercícios a que se refere, bem como do montante relativo aos juros, correção monetária e multa. O ente municipal interpôs recurso especial requerendo a reforma do aresto vergastado a fim de que fosse reconhecida a validade da CDA trazendo à baila as seguintes razões: a) houve violação dos arts. 108, 109, 110, 202 e 203 do CTN e art. 2º, §§ 5º e 6º da Lei n. 6.830/1980 em razão do acórdão recorrido ter realizado uma interpretação reducionista em relação aos dispositivos legais, tendo se distanciado da teleologia da lei; b) mesmo a CDA que não especifica o valor de cada exercício é válida e perfeita, não decorrendo nenhum prejuízo, formal ou material, para a defesa; c) a exigência de que a CDA contenha a discriminação de valores por exercício é descabida por realizar interpretação ampliativa do comando legal, pois não está expresso em algum dos dispositivos legais que fundamentam a decisão que a CDA deva ter tal especificação. Apresentadas contra-razões pugnando pelo improvimento do presente recurso, aduzindo ausência de prequestionamento e impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória, qual seja, as cláusulas contratuais.

2. Não se conhece de recurso especial fincado na alínea **c**, inciso III do art. 105 da CF/1988, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devidamente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único do art. 541 do CPC, c.c. o art. 255 e seus §§ do RISTJ.

3. Ausência de pronunciamento do acórdão recorrido quanto aos arts. 108, 109 e 110 do CTN. Incidência do Enunciado n. 282 da Súmula do STF Não-conhecimento.

4. A CDA, enquanto título que instrumentaliza a execução fiscal, deve estar revestida de tamanha força executiva que legitime a afetação do patrimônio do devedor, mas à luz do princípio do devido processo legal, proporcionando o enaltecimento do exercício da ampla defesa quando apoiado na estrita legalidade.

5. *Os requisitos legais para a validade da CDA não possuem cunho formal, mas essencial, visando a permitir a correta identificação, por parte do devedor, do exato objeto da execução, com todas as suas partes constitutivas (principal e acessórias), com os respectivos fundamentos legais, de modo que possa garantir, amplamente, a via de defesa.*

6. *É inadmissível o excesso de tolerância com relação à ilegalidade do título executivo, eis que o exequente já goza de tantos privilégios para a execução de seus créditos que não pode descumprir os requisitos legais para a sua cobrança.*

7. Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido.” (REsp n. 733.432-RS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 21.06.2005, DJ 08.08.2005, p. 202) — ressalva dos grifos

Em conclusão, embora a prescrição não possa ser decretada de ofício, prevalece o fundamento da nulidade da CDA, suficiente, por si só, para manter o julgado.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 807.880-RN (2006/0000195-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Maria das Graças de Oliveira Carvalho e outros

Recorridos: Juarez e Silva Chagas e outro

Advogados: Ustana Costa de Góis Bezerra e outro

EMENTA

Processo Civil. FGTS. Art. 29-C da Lei n. 8.036/1990. Ações ajuizadas posteriormente à MP n. 2.164-40/2001. Norma genérica aplicável a todas as ações do FGTS e não somente às demandas trabalhistas. Honorários advocatícios indevidos. Pacificação de entendimento (REsp n. 583.125-RS). Juros moratórios. Art. 406 do CC/2002. Incidência da Taxa Selic.

1. A MP n. 2.164-40/2001 acrescentou o art. 29-C à Lei n. 8.036/1990, afastando a condenação em honorários advocatícios nas ações entre o FGTS e os titulares das contas vinculadas ou naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais.



2. Lei especial que atinge as ações ajuizadas posteriormente à alteração legislativa, não se dirigindo o comando apenas às demandas trabalhistas.

3. Pacificação de entendimento a partir de decisão proferida pela Primeira Seção no EREsp n. 583.125-RS.

4. O STJ vinha considerando devidos juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação (Súmula n. 163-STF), por se tratar de obrigação ilícida (REsp n. 245.896-RS), sendo desinfluyente o levantamento ou a disponibilização dos saldos antes do cumprimento da decisão (REsps ns. 245.896-RS e 146.039-PE) e aplicados independentemente dos juros remuneratórios de que trata o art. 13 da Lei n. 8.036/1990.

5. Com o advento do novo Código Civil (aplicável à espécie porque ocorrida a citação a partir de sua vigência), incidem juros de mora pela Taxa Selic a partir da citação, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de correção monetária, porque já embutida no indexador.

6. Recurso especial provido em parte.

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, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 11 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 23.05.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal contra acórdão proferido em ação na qual se discute a correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS, mediante aplicação dos expurgos inflacionários.

Inconformada, indica a CEF, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, violação dos arts. 406 do Código Civil, 22 da Lei n. 8.036/1990, 21 do CPC e 29-C da Lei n. 8.036/1990.

Sustenta que, quando a Fazenda Nacional executa os créditos do FGTS, os juros moratórios são calculados na forma do art. 22 da Lei n. 8.036, à taxa de 0,5% ao mês.

Aduz ser inaplicável à espécie o art. 406 do novo Código Civil, por se tratar de obrigações pretéritas, as quais não foram alcançadas pela lei nova. Ademais, a Taxa Selic também é composta por correção monetária, juros remuneratórios e compensatórios, não podendo ser utilizada como juros moratórios.

Quanto aos honorários, defende a CEF que a ação foi distribuída após 27.07.2001, data em que a MP n. 2.164-40 conferiu nova redação ao art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, afastando a incidência da verba de patrocínio nas ações do FGTS.

Sem contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Juros Moratórios: Taxa Selic

O STJ vinha decidindo serem devidos juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação (Súmula n. 163-STF), por se tratar de obrigação ilíquida (REsp n. 245.896-RS), sendo desinfluyente o levantamento ou a disponibilização dos saldos antes do cumprimento da decisão (REsp n. 245.896-RS e 146.039-PE) e aplicados independentemente dos juros remuneratórios de que trata o art. 13 da Lei n. 8.036/1990.

Já estava definido que os juros moratórios devidos eram os previstos na lei civil, *verbis*:

“Art. 1.062. A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano.

Art. 1.063. Serão também de 6% (seis por cento) ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes convencionarem sem taxa estipulada”.

Ocorre que, em 11.01.2003, entrou em vigor o novo Código Civil — Lei n. 10.406 —, que, no art. 406 passou a dispor:

Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão



fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

O art. 405 do CC/2002, por sua vez, prevê a incidência de juros de mora desde a citação inicial.

Não vinga, por outro lado, o argumento de que não se aplica a nova disposição por se tratar de obrigações pretéritas, já que a citação válida constitui o devedor em mora (art. 219 do CPC), tendo essa ocorrido quando já em vigor a nova legislação. Advirta-se que o novo comando legal somente poderia ser afastado se declarada sua inconstitucionalidade, o que incorreu até o presente momento.

Contudo, é preciso esclarecer apenas, na esteira dos precedentes desta Corte, que a Taxa Selic compreende juros de mora e atualização monetária e não pode ser cumulada com qualquer outro índice de correção.

Honorários advocatícios: art. 29-C da Lei n. 8.036/1990

O art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, com a redação conferida pela MP n. 2.164-40, de 27.07.2001, tem o seguinte teor:

“Art. 29-C. Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios.”

Nesta Corte, instaurou-se a divergência quanto à validade e aplicação da referida norma, como se depreende dos seguintes arestos, transcritos a título exemplificativo:

“Processual Civil. FGTS. Correção dos depósitos. Verba honorária. Lei n. 8.036/1990, art. 29-C introduzido pela MP n. 2.164-40. Interpretação sistemática. EC n. 32/2001, art. 2º, CF, art. 62, § 1º, inciso I, **b**. CPC, art. 20.

1. Analisando-se o art. 29-C acrescentado à Lei n. 8.036/1990 pela MP n. 2.164-40 conclui-se por sua vinculação aos dispositivos anteriores da mesma lei, relativos ao descumprimento das obrigações do empregador concernentes ao FGTS, a ser dirimido no âmbito da Justiça do Trabalho.

2. As causas onde se discute a inclusão dos expurgos inflacionários na correção dos depósitos do FGTS não podem ser consideradas como dissídios trabalhistas.

3. O art. 62, § 1º, inciso I, alínea **b**, da CF veda, expressamente, a edição de medidas provisórias sobre matéria processual civil, como é o caso da condenação dos honorários advocatícios prevista no art. 20 do CPC.

4. Recurso especial improvido.” (REsp n. 453.901-RS, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 08.10.2002, DJ 18.11.2002, p. 208)

FGTS. Correção monetária. Diferenças. Honorários. Art. 29-C da Lei n. 8.036/1990. Medida Provisória n. 2.164-40/2001 anterior à Emenda Constitucional n. 32/2001. Uniformização de jurisprudência. Inadmissibilidade.

1. O art. 29-C é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC e deve ser aplicado às relações processuais instauradas a partir da sua vigência (27.07.2001), inclusive nas causas, que não têm natureza trabalhista, movidas pelos titulares das contas vinculadas contra o FGTS, administrado pela CEF.

2. A Medida Provisória n. 2.164-40/2001, foi editada em data anterior à da EC n. 32/2001, época em que o regime constitucional não fazia restrição ao uso desse instrumento normativo para disciplinar matéria processual.

3. É inadmissível incidente de uniformização de jurisprudência suscitado após o julgamento do recurso.

4. Agravo improvido.” (AgRg no REsp n. 583.151-SC, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20.05.2004, DJ 07.06.2004, p. 168)

Contudo, a Primeira Seção, em 14.02.2005, no EREsp n. 583.125-RS, firmou entendimento de que é válida a aplicação do art. 29-C da Lei n. 8.036/1990 a todas as demandas ajuizadas após a entrada em vigor da MP n. 2.164/2001, ou seja, posteriormente a 27.07.2001 (inclusive), independentemente de tratar-se ou não de demanda trabalhista.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a condenação em honorários na hipótese dos autos, aplicando o art. 29-C da Lei n. 8.036/1990.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 809.318-SP (2006/0004755-4)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Rogerio Altobelli Antunes e outros

Recorridos: Maria Aparecida Silva Francisco Riskevich e outros

Advogada: Maura Feliciano de Araújo



EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Embargos à execução. FGTS. Correção monetária. Exclusão de índices que não foram objeto da lide. Impossibilidade. Aplicação do princípio da segurança jurídica. Multa por litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

1. Sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica e à coisa julgada, é vedada, em sede de execução, a exclusão de índices de correção monetária concedidos na sentença exequenda.

2. Descabe ao STJ, a teor da Súmula n. 7-STJ, revisar critérios que ensejaram a aplicação pelo Tribunal *a quo* de multa por litigância de má-fé e por ato atentatório à dignidade da justiça.

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, Humberto Martins, Herman Benjamin e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 3 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 06.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal (CEF) com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

“Processo Civil. Execução de sentença. Embargos. Discussão de índices.

1. Os índices do título executado estão salvaguardados pelos instituto da coisa julgada.

2. A coisa julgada é um imperativo que se embasa no próprio direito natural, segundo o ensinamento de Edson Luiz Sampel.

3. A executada resiste indevidamente à definitividade da prestação jurisdicional. Assim sendo, aplica-se-lhe multa de dez por cento sobre o valor da execução, pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (cf. art. 600, II, c.c o art. 601, *caput*).

4. Honorários devidos.

5. Apelação provida.”

Pugna a recorrente para que seja considerado inexigível o título executivo judicial, uma vez que foram concedidos índices de correção considerados indevidos por decisão do STF.

Alega que “o acórdão *a quo* violou o parágrafo único do art. 741 do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 2.180-35 de 24.8.2001, segundo o qual passou a se considerar “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou em interpretações tidas por incompatíveis com a CF”

Defende a recorrente também que houve contrariedade ao art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 2.164-40, uma vez que não isentou a CEF do pagamento de honorários advocatícios à parte adversa.

Pede o afastamento da multa por litigância de má-fé e por ato atentatório à dignidade da justiça imposta pelo Tribunal *a quo*, sustentando que ajuizou defesa legalmente prevista e juridicamente fundamentada em artigo expresso de lei e que não é o entendimento pessoal do julgador que possibilita a imposição de tal pena, mas a ocorrência das estritas hipóteses legais, o que não ocorreu na espécie.

Por fim, requer o provimento do presente recurso, de modo que seja reconhecida a inexigibilidade do título executivo, retirada a condenação da recorrente à verba honorária e afastada a multa imposta pelo Tribunal *a quo*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O recurso não merece prosperar.

Inicialmente, a propósito da contrariedade ao art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, não assiste razão à recorrente, visto que tal tema não foi devidamente debatido nas instâncias ordinárias (Súmula n. 282-STF).

Quanto a pretensão da recorrente de ver considerado inexigível o título executivo judicial, uma vez que foram concedidos índices de correção considerados



indevidos por decisão do STF, cumpre esclarecer que a ação de execução tem por fundamento satisfazer o crédito já declarado quando do processo de conhecimento, tornando inviável a alteração do *decisum*, sob pena de interferir na coisa julgada e de ferir o princípio da segurança jurídica. Seguem alguns precedentes desta Corte a respeito da matéria em questão:

“Desapropriação. Argumentação no sentido de que houve superavaliação no montante encontrado. Alegação de estar o perito sendo processado por improbidade. Processo Civil. Embargos à execução fundada em título judicial. Afronta à coisa julgada. Recurso especial não conhecido.

A sentença de mérito traça os limites do processo de execução e deve ser respeitada e executada sem ampliação ou restrição, tornando-se inviável o seu reexame em processo de execução, sob pena de ofensa à garantia da coisa julgada.

Recurso especial não conhecido.” (Segunda Turma, REsp n. 504.652-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 23.0602003, sem grifo no original)

“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.” (Quinta Turma, REsp n. 502.413-PR, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 30.06.2003)

Em relação ao pedido de afastamento da multa por litigância de má-fé e por ato atentatório à dignidade da justiça, entendo que, para verificar o motivo que ensejou a sua aplicação pelo julgador *a quo*, faz-se necessário analisar o conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior por encontrar

óbice no teor da Súmula n. 7-STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 857.224-PR (2006/0105750-8)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Estado do Paraná

Procuradores: Flávio Luiz Fonseca Nunes Ribeiro e outros

Recorrida: Cosworth — Indústria e Comércio de Têxteis Ltda

Advogados: Carlos Alberto dos Santos e outros

EMENTA

Tributário. Execução fiscal. Taxa Selic. Aplicabilidade.

1. É devida a Taxa Selic nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal.

2. Ante a existência de lei estadual determinando o uso da mesma taxa moratória utilizada pela Fazenda Federal, mostra-se legítimo o uso da Selic.

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

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

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 29.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado:

“Embargos infringentes. Crédito Tributário. Taxa Selic. Inaplicabilidade.

A Taxa Selic não pode ser utilizada com juros moratórios de débito tributário (REsp n. 212.460-RS), os quais devem, nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, à falta de lei estabelecendo outro índice, ser fixados em um por cento (1%) ao mês.

Para o caso, impossível, ainda, se faz a aplicação da Taxa Selic, porquanto seu cálculo não é determinado por lei, mas por ato do Banco Central.

Embargos rejeitados, por maioria.” (Fl. 202)

O recorrente aponta maltrato aos arts. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional-CTN e 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, pois a Selic é cabível em face de sua previsão em lei estadual.

Sem contra-razões, o apelo restou admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Preenchidos os requisitos, conheço do apelo.

A jurisprudência deste Tribunal admite a possibilidade de aplicar-se a Taxa Selic na cobrança dos débitos da Fazenda Pública.

Nesse sentido, segue esclarecedor precedente da Primeira Seção:

“Tributário. Execução fiscal. Juros de mora. Aplicação da Taxa Selic nos créditos da Fazenda. Lei n. 9.250/1995.

Uniformizando a jurisprudência das duas Turmas de Direito Público, a Primeira Seção assentou orientação a dizer que é ‘devida a aplicação da Taxa Selic em compensação de tributos e, *mutatis mutandis*, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Estadual e Federal’ (AgRg no REsp n. 449.545)” (EREsp n. 418.940-MG, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 09.12.2003).

Ressalto que como assentado no aresto atacado vigora no Estado do Paraná lei que determina a utilização da mesma taxa moratória utilizada pela União, o que legitima o uso da Selic, na hipótese.

Vale registrar que a Selic é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 858.498-SP (2006/0138358-0)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Luiz Fernando Alves de Oliveira

Advogado: Hermes Procopio dos Santos

EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública. Adiantamento de honorários de perito. Art. 18 da Lei n. 7.347/1985. Isenção. Privilégio da parte autora que não se alcança o pólo passivo.

1. A jurisprudência deste Sodalício tem oferecido interpretação restritiva ao privilégio processual, limitando-o ao autor da ação, tal como ocorre na ação popular. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

2. Não se mostraria razoável estender o benefício àqueles que se encontram no pólo passivo da relação processual, porquanto, o legislador objetivou, em verdade, facilitar a proteção dos interesses transindividuais em juízo, por meio da ação civil pública. O réu dessa modalidade de ação deve, pois, custear antecipadamente as despesas processuais a que der causa.

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-



Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 04.10.2006

RELATÓRIO

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, interposto contra acórdão da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Agravo. Ação civil pública. Inconformismo com decisão que repeliu as preliminares postas em contestação. Inadmissibilidade. Provimento do agravo unicamente para afastar o adiantamento de honorários do perito, face à disposição expressa do art. 18 da Lei n. 7.347/1985. Agravo parcialmente provido.” (Fl. 158)

O recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 18 da Lei n. 7.347/1985. Segundo entende, “o Acórdão prolatado isentou o réu-agravante, ora recorrido, de antecipar os honorários da perícia, contrariando a Lei Federal n. 7.347/1985, particularmente o seu art. 18, que é aplicável à espécie, o qual isenta apenas os autores de ação civil pública do encargo, impondo aos réus que o suportem, daí porque acabou negando a sua vigência.” (Fl. 166)

As contra-razões não foram apresentadas (fl. 203).

Inadmitido o recurso especial na origem, o recorrente interpôs agravo de instrumento, que foi provido, determinando-se a subida dos autos para melhor exame.

Instado a manifestar-se, a Subprocuradora-Geral da República Dr^a. Maria Caetana Cintra Santos opinou pelo provimento do recurso especial. O parecer encontra-se sintetizado na seguinte ementa:

“Recurso especial. Processual Civil. Ônus processual. Isenção. Art. 18 LACP. Benefício dirigido apenas ao polo ativo da ação civil pública.

‘A previsão legal contida na primeira parte do art. 18 da Lei n. 7.347/1985 (‘Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e qualquer outras’) aplica-se exclusivamente à parte autora da ação civil pública. Precedentes’.

Recurso que merece provimento.” (Fl. 232)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Prequestionada a tese sobre a qual gravita o dispositivo legal tido por malferido e comprovado o dissídio pretoriano nos termos legais e regimentais, conheço do recurso pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Passo a analisá-lo.

A norma supostamente contrariada e à qual se teria conferido interpretação divergente é o art. 18 da Lei n. 7.347/1985, de seguinte teor:

“Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais” (Redação dada pela Lei n. 8.078, de 1990).

A controvérsia dos autos consiste em determinar se a isenção de adiantamento de honorários periciais encartada na regra transcrita também alcança o pólo passivo da ação civil pública.

A matéria não é nova. A jurisprudência deste Sodalício tem oferecido interpretação restritiva ao privilégio processual, limitando-o ao autor da ação, tal como ocorre na ação popular. Não se mostraria razoável estender o benefício àqueles que se encontram no pólo passivo da relação processual, porquanto, o legislador objetivou, em verdade, facilitar a proteção dos interesses transindividuais em juízo, por meio da ação civil pública. O réu dessa modalidade de ação deve, pois, custear antecipadamente as despesas processuais a que der causa.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados da Turma:

“Processual Civil. Recurso especial. Preparo. Lei n. 7.347/1985.

1. Diz o art. 18 da Lei n. 7.347/1985: ‘Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado custas e despesas processuais’.

2. A jurisprudência desta Casa tem oferecido uma interpretação restritiva ao privilégio processual, limitando-o ao autor da ação, tal como ocorre na ação popular. Na verdade, não se mostra razoável estender o benefício



àqueles que se encontram no pólo passivo da relação processual. Seria fora de propósito, no caso concreto, dar incentivo àquele que é condenado por improbidade administrativa, causando danos à sociedade.

3. Recurso especial conhecido em parte e improvido” (REsp n. 193.815-SP DJ 19.09.2005);

“Processo Civil. Ação civil pública. Agravo de instrumento. Isenção. Art. 18 da Lei n. 7.347/1985. Preparo devido. Informação incorreta da secretaria judiciária. Justo impedimento. Pena de deserção relevada. Art. 535 do CPC. Inexistência de violação.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC se o Tribunal analisou a tese suscitada no especial.

2. A isenção de que trata o art. 18 da Lei n. 7.347/1985 só alcança a parte autora, não sendo aplicável à parte ré da ação civil pública.

3. Há justo impedimento na efetivação do preparo se a Secretaria Judiciária induz a parte a erro, informando não ser devido o recolhimento em face de isenção.

4. Relevação da pena de deserção, para que se possibilite o preparo.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido” (REsp n. 662.918-SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 06.06.2005).

A Primeira Turma perfilha idêntico posicionamento. Neste sentido:

“Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão não configurada. Ação civil pública. Apelação do réu. Ausência de preparo. Art. 18, da Lei n. 7.347/1985. Desnecessidade de antecipação de custas e despesas processuais. Privilégio da parte autora. Deserção. Caracterização.

1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que se manifesta sobre questão apontada como omitida.

2. A previsão legal contida na primeira parte do art. 18 da Lei n. 7.347/1985 (“Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e qualquer outras despesas”) aplica-se exclusivamente à parte autora da ação civil pública. Precedentes.

3. Recurso especial a que se nega provimento” (REsp n. 479.830-GO, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 23.08.2004);

“Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Apelação do réu. Não pagamento do preparo. Deserção. Art. 18, da Lei n. 7.347/1985.

I - A isenção do art. 18 da Lei n. 7.347/1985 aplica-se unicamente à parte autora, não sendo aplicável à parte ré da ação civil pública.

II - ‘O benefício concedido pelo art. 18, da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), conforme o texto legal, só é deferido ‘à associação autora’. No caso em apreço, o recorrente não é o autor da ação, e sim o réu, não se lhe aplicando o referido dispositivo legal’ (AgRg no Ag n. 384.589-PR, Relator Ministro José Delgado, DJ 24.09.2001, p. 260).

III - Recurso especial improvido” (REsp n. 551.418-PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 22.03.2004).

No mesmo toar, o ilustre Professor Hugo Nigro Mazzilli ensina que:

“Do exame das normas contidas no art. 18 da LACP, podem-se extrair estas conclusões:

a) Não haverá adiantamento de custas e outras despesas processuais pelos autores da ação civil pública, quaisquer que sejam. Essa regra não se aplica aos lesados, quando estejam promovendo suas ações individuais, ainda que baseadas no título constituído no processo coletivo;

b) Mas, a contrariu sensu, os réus serão obrigados a custear antecipadamente as despesas processuais a que eles próprios derem causa as ações civis públicas ou coletivas. Essa diferença de tratamento explica-se porque foi evidente intuito do legislador facilitar a defesa dos interesses transindividuais em juízo, de forma que tal disposição só atende os legitimados ativos relacionados no art. 5º da LACP ou no art. 82 do CDC. É descabido que pessoas físicas, como os réus em ação civil pública ou coletiva, queiram beneficiar-se do estímulo que o legislador, por meio da ação civil pública, quis dar à sociedade civil para defesa do patrimônio público e de interesses transindividuais;” (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Saraiva, 2006, 19ª ed., p.517).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 860.011-SC (2006/0132752-9)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Município de Itajaí



Advogados: Mauro Antônio Prezotto e outros
Recorrido: Irmãos Pinto e Companhia Ltda
Advogado: Luís Fernando Sestrem

EMENTA

Tributário. IPTU. Lançamento efetivado. Entrega do carnê ao contribuinte. Notificação presumida. Ônus da prova.

1. O envio do carnê de cobrança do valor devido a título de IPTU ao endereço do contribuinte configura a notificação presumida do lançamento do tributo. Para afastar tal presunção, cabe ao contribuinte comprovar o não-recebimento do carnê. Precedentes.

2. 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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

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

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 28.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial fundado no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal e interposto contra acórdão proferido em agravo regimental pela Corte *a quo*, assim ementado:

“Agravo contra decisão do Relator que dá provimento ao recurso. Interlocutória fundamentada em jurisprudência do próprio Tribunal e tribunais superiores. Possibilidade. Exegese do § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil.

O legislador processual, ao editar as alterações ao Código de Processo Civil (§ 1º-A do art. 557) por meio da Lei n. 9.756/1998, não exigiu, para se dar provimento a recurso, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores seja unânime.

Basta que o juízo adotado na decisão monocrática represente o entendimento dominante, segundo se extrai da própria dicção do dispositivo em comento.

Embargos à execução fiscal. IPTU. Ausência de notificação. Inscrição em dívida ativa. Necessidade de contraditório. Nulidade caracterizada.

Inexistindo prova da imprescindível notificação do devedor para acompanhamento da fase administrativa de inscrição de dívida ativa, verifica-se restrição ao direito de defesa e, via de consequência, ao devido processo legal, prescrito na Carta Política de 1988 inclusive ao processo administrativo (art. 5º, incisos LIV e LV).

É dever do Município que pretende a cobrança do IPTU comprovar a regular notificação do contribuinte, que pode ser obtida com a demonstração da efetiva entrega do carnê de recolhimento do imposto. A simples colocação do carnê à disposição do contribuinte não pode ser tomado como ato equivalente à notificação.” (Fl. 95)

O Município de Itajaí alega que o aresto recorrido, além de divergir do entendimento desta Corte e de outros Tribunais pátrios, negou vigência aos arts. 6º, § 1º, da Lei n. 6.830/1980 e 333 do Código de Processo Civil. Assevera que o único documento exigido para o aparelhamento do processo de execução fiscal é a Certidão de Dívida Ativa. Salieta a inexistência de comando legal que determine a obrigatoriedade de apresentação de prova da notificação do lançamento do tributo. Segundo o recorrente, “se o contribuinte alega que não foi notificado do lançamento, a ele incumbe provar tal assertiva e desconstituir a CDA que aparelha a execução.” (Fl. 108)

Nas contra-razões (fls. 125/132), pugna-se pelo não conhecimento do apelo ou por seu improvemento, mantendo-se o acórdão atacado.

Admitido o recurso especial (fls. 140/141), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Malgrado a Corte de origem não tenha emitido juízo de valor acerca do disposto no art. 6º, § 1º, da Lei de Execução Fiscal, o tema inserto no art. 333 do Código de Ritos foi devidamente prequestionado e a divergência jurisprudencial restou demonstrada. Assim, conheço do recurso e passo a analisá-lo.

A notificação do lançamento do IPTU ao contribuinte realiza-se com o envio do carnê de cobrança ao seu endereço, no qual é comunicado o valor devido. Este Tribunal preconiza que, nessa hipótese, há a chamada notificação presumida que só será afastada caso o contribuinte comprove o não-recebimento do carnê.



Nesse sentido:

“Processo Civil e Tributário. Embargos à execução. IPTU. Notificação do lançamento. Presunção não afastada.

1. Presume-se a notificação do lançamento dos débitos do IPTU, quando entregue o carnê para pagamento, cabendo ao contribuinte afastá-la, mediante prova de que não recebeu, pelo Correio, a cobrança do imposto.

2. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido” (REsp n. 758.439-MG, Relator Ministro Eliana Calmon, DJ 13.03.2006).

Cumpre destacar o seguinte excerto do julgado em evidência, o qual reflete o posicionamento desta Segunda Turma sobre o tema:

“A notificação deste lançamento ao contribuinte ocorre quando, apurado o débito, envia-se para o endereço do imóvel a comunicação do montante a ser pago. Sendo assim, há presunção de que a notificação foi entregue ao contribuinte que, não concordando com a cobrança, pode impugná-la administrativa ou judicialmente. Caberia ao contribuinte, para afastar a presunção, comprovar que não recebeu pelo correio o carnê de cobrança (embora difícil a produção de tal prova), o que não ocorreu neste feito.

Assim sendo, assiste razão ao recorrente porque presumida a notificação do lançamento (presunção esta não afastada pelo contribuinte)”.

Na mesma senda, confirmam-se: REsp n. 86.372-RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 25.10.2004; AgRg no Ag n. 469.086-GO, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 08.09.2003.

Na verdade, é fato notório que a cobrança anual do Imposto Predial e Territorial Urbano ocorre em épocas determinadas, muitas vezes precedida de ampla campanha de divulgação, remetendo o Fisco os carnês para o respectivo pagamento à rede bancária. Desse modo, o não recebimento do documento fiscal é uma circunstância excepcional que precisa ser demonstrada, pelo que deve prevalecer a presunção de recebimento do carnê, o que corresponde à respectiva notificação, como deixou assentado o ilustre sentenciante que, aliás, mais próximo dos fatos chegou a reconhecer que “o executado restou regularmente notificado do lançamento (Notificação n. 1.256/1999), em atendimento ao art. 145 do CTN.” (Fl. 29)

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial.*

É como voto.

Jurisprudência da Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 208.785-PA (1999/0025723-5)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Fernando José Reis Fontoura — Espólio

Repr. por: Democrito Rendeiro de Noronha

Advogado: Democrito Rendeiro de Noronha

Recorrida: Renata Maria Seabra Fontoura

Advogados: João José da Silva Maroja e outros

EMENTA

Civil. Sucessão. Separação judicial, dela sendo condição a transferência de imóvel do casal para a única filha — ato que se consumou. Subseqüente formação de nova família pelo varão, a qual quer que o aludido imóvel seja colacionado no inventário dos bens que ele deixou. Improcedência do pedido, porque à data da transmissão do bem não havia outros herdeiros necessários (CC, art. 1.776). Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJ 09.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos da separação judicial de Fernando José Reis Fontoura e Vera Lúcia Seabra Fontoura, as partes se comprometeram “a regularizar o domínio em favor da filha menor do casal”, Renata Maria Seabra Fontoura, do “apartamento, de n. 302, do Edifício Teixeira de Melo, situado na Avenida Conselheiro Furtado, com Generalíssimo Deodoro.” (Fls. 12/14)

Vindo a falecer Fernando José Reis Fontoura, o inventariante dos respectivos bens reclamou fosse “trazida à colação (arts. 1.785 e 1.786, Código Civil) a metade do valor do apartamento n. 302 do Edifício Teixeira de Melo, considerando que a sua regularização para o nome da herdeira Renata Maria Seabra Fontoura constitui caso típico de doação.” (Fl. 16)

Renata Maria Seabra Fontoura, representada pela mãe, Vera Lúcia Rodrigues Seabra, impugnou — sem sucesso — a pretensão (fls. 19/21), e a decisão foi atacada por agravo de instrumento. (Fls. 2/6)

O Tribunal *a quo*, Relator o Desembargador Wilson de Jesus Marques da Silva, reformou a decisão, nos termos do acórdão assim ementado:

“Recurso. Agravo de instrumento. Processo de inventário. Colação de bens. Bem objeto de partilha em vida, existindo, na época, apenas um herdeiro, a quem coube o mesmo bem. Injustificável a colação. Inteligência do art. 1.776 do Código Civil. Recurso provido.” (Fl. 91)

Seguiram-se embargos de declaração (fls. 94/98), rejeitados (fl. 99), e daí o presente recurso especial, com base no art. 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal, por violação dos arts. 183 e 473 do Código de Processo Civil, bem assim do art. 1.603 do Código Civil. (Fls. 100/103)

O Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Dr. Eduardo Antônio Dantas Nobre, opinou pelo não-conhecimento do recurso especial. (Fls. 116/118)

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Arts. 183 e 473 do Código de Processo Civil.

Os fatos admitidos pelo Tribunal *a quo* a respeito da alegada preclusão são os seguintes:

a) o de que a recorrida não agravou logo depois de prestadas as primeiras declarações:

“o fato da (*sic*) agravante não ter agravado, logo depois de prestadas, no processo de inventário respectivo, as declarações preliminares...”. (Fl. 91)

As declarações preliminares constituem ato de parte e são insuscetíveis de recurso.

b) o de que a recorrida nada opôs ao pagamento do imposto de transmissão:

“... nada opondo ao pagamento do imposto *causa mortis*.” (Fl. 91)



O recolhimento de tributo também é ato de parte, e também não está sujeito a recurso.

Conseqüentemente, à vista desses fatos, preclusão não houve.

Art. 1.603 do Código Civil

O art. 1.603 do Código Civil — que sequer foi prequestionado — enumera os beneficiários da sucessão legítima. À época da abertura da sucessão, no caso, o apartamento disputado já não estava no patrimônio jurídico do *de cujus*, que dele havia disposto regularmente, por força de separação judicial. Tal como dito no acórdão recorrido, estava autorizado pelo art. 1.776 do Código Civil. À época não havia outros herdeiros necessários.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 402.489-RJ (2001/0194950-6)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrente: Irma Lúcia Marino

Advogados: Ana Maria Lencastre e outro

Recorrido: Sidney Scheinkman

Advogados: José de Carvalho e outros

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Execução de sentença. Compromisso de compra e venda de imóvel. Bem de família. Impenhorabilidade. Lei n. 8.009/1990. Inoponibilidade. Embargos à execução. Procuração existente nos autos da execução.

I - A ausência de cópia da procuração nos autos dos embargos do devedor não gera nulidade, por caracterizar simples irregularidade procedimental, se verificada a existência de mandato nos autos da execução em apenso.

II - O comando do art. 3º, II, da Lei n. 8.009/1990, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também alcança os casos em que o proprietário firma contrato de promessa de compra e venda do imóvel assim qualificado e, após receber parte do

preço ajustado, se recusa a adimplir com as obrigações avençadas ou a restituir o numerário recebido, e não possui outro bem passível de assegurar o juízo da execução.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sr^a. Ministra Nancy Andrichi, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ 12.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se, na origem, de recurso especial interposto por Irma Lúcio Marinho Ltda contra acórdão proferido nos autos de embargos à execução de sentença opostos em relação a Sidney Scheinkman, por meio do qual o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro autorizou a penhora sobre o imóvel da executada, ao fundamento de ser a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990 inoponível ao exequente, haja vista a dívida exequenda decorrer de negociação relativa ao próprio imóvel penhorado.

In casu, o recorrido ajuizou em relação à recorrente uma “ação de rescisão de compromisso de compra e venda cumulada com devolução de sinal em dobro, e mais perdas e danos”, em cuja inicial relatava que, não obstante haver ela recebido, a título de sinal e princípio de pagamento, a importância de Cr\$ 4.920.000,00 (quatro milhões, novecentos e vinte mil cruzeiros reais), não adimpliu com as obrigações e se recusou a devolver o numerário pago pelo recorrente.

O feito tramitou normalmente e veio a encerrar-se através de composição devidamente homologada por sentença. Todavia, e não obstante a composição haver-se dado em audiência, a recorrente não cumpriu o avençado, ensejando, assim, a execução da sentença homologatória.



À falta de outros bens, o recorrido indicou à penhora o imóvel objeto do compromisso de compra e venda que deu causa à demanda primitiva, tendo o pedido sido deferido.

A recorrente opôs embargos à execução, alegando que o imóvel penhorado constitui bem de família e, assim, estaria ao abrigo da impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990. O pedido foi acolhido pelo juiz de 1ª grau de jurisdição, ensejando a interposição de apelação, que foi provida pela a Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa:

“Penhora.

Bem de família. Imóvel prometido vender. Execução resultante da resolução do contrato. Admissibilidade.

Na execução de título, decorrente de rescisão de promessa de compra e venda, na qual a promitente vendedora reconhece a sua culpa contratual, já que recebeu parte do preço e negou-se a celebrar o negócio, não é impenhorável o imóvel objeto do contrato, ainda que seja ele bem de família e o único que a executada possui.

Recurso provido.”

Inconformada, a embargante interpõe recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando contrariedade aos arts. 37, 183 do Código de Processo Civil e 1ª da Lei n. 8.009/1990.

Admitido o recurso, na origem, ascenderam os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Aprecio, primeiramente, a questão de natureza processual. Alega a recorrente que a representação processual do recorrido não ficou demonstrada e que o prazo para fazê-lo foi alcançado pela preclusão. Porém, conquanto na hipótese em exame fosse recomendável a juntada da cópia da procuração constante da execução, para o caso de os dois processos tramitarem separadamente, tenho que a omissão não deve acarretar a consequência pretendida pela recorrente, sob pena de se prestigiar a formalismo inútil.

É de se ressaltar que a própria ação que a devedora propõe, pelos embargos, tem por pressuposto indeclinável, por óbvio, a instauração de anterior processo executivo, a demonstrar a íntima relação de dependência existente por parte dos primeiros em relação a esse último.

Seguindo essa linha de entendimento, destaco no âmbito deste Sodalício os seguintes julgados:

“Processual Civil. Decisão interlocutória. Recurso especial retido. Embargos à execução. Juntada de procuração existente nos autos da execução. Desnecessidade.

I - Consoante precedentes jurisprudenciais desta Corte, a regra do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil, que determina a retenção do recurso especial, admite temperamentos, sob pena de se tornar inócua a ulterior apreciação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça.

II - A ausência de cópia da procuração nos autos dos embargos do devedor não gera nulidade nem enseja a revelia do embargante, por caracterizar simples irregularidade procedimental, se verificada a existência de mandato nos autos da execução em apenso. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 225.704-ES, de minha relatoria, DJ 07.06.2004)

“Processual Civil. Recursos especiais. Execução e embargos do devedor. Procuração constante apenas dos autos da execução apensos. Irregularidade sanável. Negativa de prestação jurisdicional inócua. Recurso parcialmente provido.

(...)

III - A ausência de cópia da procuração nos autos dos embargos do devedor não gera nulidade ou inexistência do processo, mas simples irregularidade, se verificada a existência de mandato nos autos da execução em apenso.

IV - Nas instâncias ordinárias, deve-se oportunizar a regularização da representação, nos termos do art. 13, CPC.

(...).” (REsp n. 260.887-MT, DJ 07.05.2001, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)

“Processual Civil. Execução e embargos à execução. Ausência de procuração. Irregularidade sanável.

1. Não se constitui em nulidade a falta de procuração nos embargos, quando está o documento nos autos da execução.

2. Falta de oportunidade de corrigir-se a falta do documento nas instâncias ordinárias. Ausência de culpa ou má-fé.

3. Recurso especial conhecido, mas improvido.” (REsp n. 233.465-CE, DJ 12.02.2001, Relatora Ministra Eliana Calmon)



Rejeito, pois, a preliminar.

Como relatado, Sidney Scheinkmann, ora recorrido, propôs execução de sentença em face de Irma Lúcio Marinho, ora recorrente, indicando à penhora o imóvel objeto de compromisso de compra e venda firmado entre as partes, pelo qual adiantou, a título de sinal e princípio de pagamento, a importância de Cr\$ 4.920.000,00 (quatro milhões, novecentos e vinte mil cruzeiros reais).

A executada opôs embargos à execução, afirmando que o aludido o bem era seu único imóvel e lhe servia de residência, e assim, por força da Lei n. 8.009/1990, seria impenhorável, logrando êxito no 1º grau.

Todavia, o exequente interpôs apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sustentando que a dívida era proveniente de negócio relativo ao próprio imóvel penhorado, sendo ele, portanto, passível de constrição, mesmo se tratando de bem de família.

O recurso foi provido, à unanimidade, pela 14ª Câmara Cível, à consideração de que:

“Na execução de título, decorrente de rescisão de promessa de compra e venda, na qual a promitente vendedora reconhece a sua culpa contratual, já que recebeu parte do preço e negou-se a celebrar o negócio, não é impenhorável o imóvel objeto do contrato, ainda que seja ele bem de família e o único que a executada possui”.

Com efeito, dispõe o art. 1º da mencionada lei que “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.”

Esta regra, por sua vez, encontra exceções no art. 3º da mesma lei, no qual estão previstas diversas situações em que a impenhorabilidade não será oponível, entre elas a hipótese de a dívida executada ser oriunda do financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel (inciso II).

Nas razões do especial, alega a recorrente que a exceção prevista no dispositivo acima aludido não se aplica ao caso em tela, posto não ter havido qualquer espécie de financiamento do recorrido em relação à recorrente, razão pela qual a constrição que onera o imóvel deve ser afastada.

Acerca disso, o Tribunal de origem assim se pronunciou:

“Não se desconhece que tal hipótese não foi prevista pelo legislador, que tratou da impenhorabilidade do bem de família. Entretanto, por outro

lado, não se pode desconhecer, também, que a mesma em tudo se assemelha à exceção inculpada no inciso II, do art. 3º, da referida Lei n. 8.009/1990, que admite a penhora do bem de família pelas dívidas oriundas do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato.

Tratou o legislador, dessa forma, não obstante o seu interesse em conferir proteção ao bem de família, de aplicar às normas de impenhorabilidade o princípio que veda o enriquecimento ilícito.”

Embora a questão trazida à discussão suscite, à primeira vista, uma certa divergência, é de se dizer que esta Corte sobre ela já se manifestou em outras oportunidades, quando preconizou que a solução da controvérsia se encontra na interpretação sistemática e teleológica da aludida norma.

Na linha desse raciocínio, comungo do entendimento esposado pela corte de origem no sentido de que o princípio que orienta a exceção do inciso III do art. 3º da Lei n. 8.009/1990 aplica-se também ao caso em julgamento, porquanto não me afigura razoável conceber que a intenção do legislador tenha sido a de proteger o bem de família mesmo quando utilizado como instrumento de obtenção de vantagem indevida, a qual, no caso concreto, muito se avizinha ao enriquecimento ilícito, haja vista a inexistência de bens outros sobre os quais a constrição judicial pudesse recair.

Nessa medida, seria jurídico e eticamente inadequado utilizar a impenhorabilidade do bem de família para colocar o imóvel da recorrente a salvo da execução movida pelo recorrido, sendo certo que referido instituto não tem o alcance ilimitado que a recorrida quer lhe emprestar.

Não é demais observar que, no momento histórico em que foi editada, a Lei n. 8.009/1990 teve por finalidade proteger parcela da população representada por desafortunados devedores e suas famílias, em função de dívidas contraídas junto a agiotas e instituições financeiras, numa época de brutal processo inflacionário e considerável inadimplência. Daí a necessidade de ser preservado o único bem imóvel que servia à residência da família.

Entender-se de outro modo, levaria a resultado injusto e contrário ao espírito que norteou a elaboração da lei, mormente na hipótese dos autos, em que o imóvel que se quer retirar da execução serviu de instrumento para obtenção de vantagem pecuniária indevida.

Destaco como precedentes os seguintes julgamentos:

“Bem de família. Lei n. 8.009/1990. Promessa de venda. Devolução do preço. Execução. Penhora.



O bem objeto de promessa de compra e venda pode ser penhorado na execução de sentença promovida pelo promissário comprador que cobra a devolução da quantia paga, uma vez desfeito judicialmente o contrato, com restituição das partes à situação anterior. Recurso não conhecido.” (REsp n. 294.754-DF, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20.08.2001)

“Civil e Processual Civil. Bem de família. Impenhorabilidade. Lei n. 8.009/1990. Imóvel prometido à venda. Desfazimento do contrato. Exceção. Precedente. Recurso provido.

Na execução de sentença que deu pela resolução de contrato de promessa de compra e venda, é descabida a alegação de impenhorabilidade do imóvel objeto do contrato, ao argumento de tratar-se de bem de família, se os promitentes vendedores receberam mais de três quartos do preço e sempre residiram no imóvel, ainda que não possuam outros bens, sob pena de ofensa ao princípio que veda o locupletamento indevido.” (REsp n. 314.150-MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 29.10.2001)

“Penhora. Bem de família. Lei n. 8.009/1990. Imóvel prometido vender. Execução resultante da resolução do contrato.

Na execução de sentença que rescindiu contrato de promessa de compra e venda, reconhecendo a culpa exclusiva da promitente vendedora, que recebeu integralmente o preço e se negou a fornecer a escritura, não é impenhorável o imóvel objeto do contrato.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 51.480-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 28.08.1995)

Feitas essas considerações, não conheço do recurso.

É o voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Sr. Presidente, parece-me que o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito colocou bem a questão, quando disse que, ao prometer a venda do bem, a devedora abriu mão do direito sobre o bem de família. É como temos entendido.

Seria o caso, então, de não se conhecer do recurso especial.

VOTO-VISTA

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial interposto por Irma Lúcia Marino fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional.

Ação: embargos do devedor opostos pela recorrente à execução, proposta pelo recorrido, fundada em sentença que homologou o acordo celebrado entre as partes em ação de rescisão de compromisso de compra e venda.

Sentença: pedido julgado procedente com a declaração de impenhorabilidade do imóvel penhorado na execução.

Acórdão: apelação do recorrido provida, com a seguinte ementa:

“Penhora.

Bem de família. Imóvel prometido vender. Execução resultante de resolução do contrato. Admissibilidade.

Na execução de título, decorrente de rescisão de promessa de compra e venda, na qual a promitente vendedora reconhece a sua culpa contratual, já que recebeu parte do preço e negou-se a celebrar o negócio, não é impenhorável o imóvel objeto do contrato, ainda que seja ele bem de família e o único que a executada possuiu.

Recurso provido.” (Fl. 97)

Recurso especial: a recorrente alega ofensa aos seguintes dispositivos legais:

I - art. 37 do CPC, pois, sem a procuração, a apelação interposta pelo recorrido é inexistente;

II - arts. 1º e 3º, II, da Lei n. 8.009/1990, pois o imóvel cuidado no processo é impenhorável.

O ilustre Relator Ministro Castro Filho não conheceu do recurso especial.

Reprisados os fatos, decido.

I - Da alegada ofensa ao art. 37 do CPC

No tocante à alegação de ofensa ao art. 37 do CPC, constata-se tanto a ausência de prévia decisão e debate no TJRJ da matéria tal como argüida nas razões do recurso especial quanto à dissonância entre a pretensão da recorrente e a jurisprudência firmada no STJ, como demonstram os precedentes mencionados pelo ilustre Ministro-Relator, no sentido de que a “ausência de cópia da procuração nos autos dos embargos do devedor não gera nulidade ou inexistência do processo, mas simples irregularidade, se verificada a existência de mandato nos autos da execução em apenso.” (REsp n. 260.887-MT, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 27.03.2001)

II - Da alegada ofensa aos arts. 1º e 3º, II, da Lei n. 8.009/1990

A controvérsia principal do recurso especial consiste em aferir a impenhorabilidade de imóvel (bem de família) em execução cujo crédito é oriundo do



inadimplemento do devedor (promissário vendedor) na promessa de compra e venda desse mesmo imóvel celebrada com o credor (promissário comprador).

Urge relevar os seguintes fatos: a recorrente prometeu vender o seu imóvel residencial ao recorrido; ele pagou determinado valor a título de arras; a recorrente se tornou inadimplente; em acordo homologado por sentença transitada em julgado, a recorrente se obrigou a devolver ao recorrido o valor por ele pago; por meio de execução, o recorrido busca o recebimento desse crédito; penhorado o mencionado imóvel da recorrente, ela alega a impenhorabilidade prevista no art. 1º da Lei n. 8.009/1990.

Como observado pelo ilustre Ministro-Relator, a declaração de impenhorabilidade do imóvel ora em exame possibilitaria à recorrente a obtenção de uma vantagem pecuniária indevida.

Não obstante a hipótese sob julgamento não estar expressamente elencada nas exceções à impenhorabilidade do bem de família previstas no art. 3º da Lei n. 8.009/1990, não se pode olvidar que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LICC).

A Lei n. 8.009/1990 busca efetivar a função social da propriedade e assegurar o indelével direito à moradia.

Pertinente se mostra a transcrição parcial da ementa do seguinte julgado da Corte Especial do STJ:

“I - A Lei n. 8.009/1990 foi concebida para garantir a dignidade e funcionalidade do lar. Não foi propósito do Legislador, permitir que o pródigo e o devedor contumaz se locupletem, tripudiando sobre seus credores;

II - Na interpretação da Lei n. 8.009/1990, não se pode perder de vista seu fim social.” (REsp n. 109.351-RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 25.05.1998)

Decorre da interpretação teleológica da Lei n. 8.009/1990 a linha de entendimento jurisprudencial do STJ que, excepcionalmente, amplia a hipótese de enquadramento de um bem como sendo de família (art. 1º). Nesse sentido, por todos:

“Processual. Execução. Impenhorabilidade. Imóvel. Residência. Devedor solteiro e solitário. Lei n. 8.009/1990.

A interpretação teleológica do art. 1º, da Lei n. 8.009/1990, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão.

É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1º da Lei n. 8.009/1990, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário.” (EREsp n. 182.223-SP, Corte Especial, Relator p/ o acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 06.02.2002)

De igual forma, os fatos delineados no presente processo evidenciam a necessidade de se ampliar a lista de exceções à impenhorabilidade do bem de família — art. 3º da Lei n. 8.009/1990 — para possibilitar a penhora de imóvel em execução cujo crédito é oriundo do inadimplemento do devedor (promissário vendedor) na promessa de compra e venda desse mesmo imóvel celebrada com o credor (promissário comprador).

A controvérsia foi bem resolvida tanto no voto do ilustre Ministro-Relator quanto nos precedentes por ele mencionados, dentre os quais se destaca o REsp n. 294.754-DF, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do qual se colhe o seguinte trecho do voto condutor:

“A impenhorabilidade do apartamento significaria afirmar o princípio de que os contratos sobre imóveis destinados à moradia da família poderiam ser descumpridos sem possibilidade de execução para o recebimento das importâncias recebidas. Sempre que tais negócios fossem feitos por pessoas que somente têm o imóvel residencial, a promessa de venda poderia ser descumprida sem qualquer sanção econômica sobre os promitentes vendedores, desobrigados de devolução do recebido, ou do pagamento de eventual indenização. Haveria enriquecimento indevido dos vendedores, a quem se reconheceria o direito de embolsarem as importâncias pagas pelo outro contratante e, desistindo aqueles do negócio, o de ficarem com os valores pagos e com o bem.

Nessas circunstâncias, tenho que o imóvel residencial que os proprietários decidiram vender pode ser objeto de penhora na execução, promovida pelo compromissário comprador de boa-fé, que busca receber a devolução do que pagou na execução do contrato desfeito por decisão do juiz, a pedido dos promitentes vendedores.”

Assim, não há se falar em ofensa aos arts. 1º e 3º, II, da Lei n. 8.009/1990 na espécie.

Forte em tais razões, acompanho o ilustre Ministro-Relator e não conheço do recurso especial.



RECURSO ESPECIAL N. 592.934-MA (2003/0165497-7)

Relator: Ministro Castro Filho
Recorrente: Auvepar Locadora de Veículos Ltda
Advogados: Kleber Moreira e outros
Recorrida: Maria Francisca Costa Bezerra
Advogados: Antônio Carvalho Filho e outro

EMENTA

Acidente. Morte de filho. Danos materiais. Família pobre. Pensão dos pais até a idade em que a vítima completaria 65 anos.

A jurisprudência deste Superior Tribunal confere aos pais, pelo falecimento de filho que auxilia nas despesas da família, o pensão até os eventuais 65 anos, sendo, no caso, 2/3 do salário mínimo até quando a vítima viesse a completar vinte e cinco anos de idade, com redução à metade a partir de então.

Recurso 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, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 8 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ 28.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Cuidam os autos de ação de indenização por danos morais e materiais proposta por Maria Francisca Costa Bezerra em relação a Auvepar Locadora de Veículos Ltda em decorrência de acidente que resultou na morte de seu filho.

O juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, apelando a autora.

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão deu parcial provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

“Civil. Apelação. Ação sumária de indenização de danos materiais e morais. Acidente de trânsito. Morte de Menor.

Em caso de falecimento de menor em decorrência de acidente de veículo, ainda que o mesmo não trabalhe, inquestionável é o dever do causador do acidente de indenizar os danos efetivamente causados aos pais, na ordem patrimonial e moral, podendo aqueles danos serem representados por pensão mensal e estes por valor a ser arbitrado pelo órgão julgador, de modo que esse valor não se converta em fonte de lucro ou de enriquecimento, porém como sanção técnica, em montante moderado.

Apelação conhecida e parcialmente provida.”

O acórdão fixou o pensionamento em 70% do salário mínimo, a ser pago da data do acidente até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade ou em que ocorrer o falecimento da autora, incluindo 13ª salário, estipulando, ainda, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o valor dos danos morais.

Inconformada, a empresa ré interpõe recurso especial com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, no qual alega divergência jurisprudencial em relação ao valor da pensão, que deve ser de 2/3 do salário mínimo até a idade em que a vítima completaria 25 anos, reduzindo-se, a partir de então e até seu termo final, a 1/3 do salário mínimo. Sustenta, também, ser indevida a verba a título de 13ª terceiro. Traz julgados deste Tribunal para demonstração do dissídio.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Quanto ao valor do pensionamento e sua relação com a idade da vítima, o acórdão estadual realmente diverge do entendimento do STJ, em casos semelhantes, transcritos, no que interessa:

“Civil. Responsabilidade civil. Morte de filho menor. Indenização.

1. É devida a indenização por dano material aos pais de família de baixa renda, em decorrência da morte de filho menor proveniente de ato ilícito, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima. O termo inicial do pagamento da pensão conta-se dos quatorze anos, data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho, e tem como termo final a data em que a vítima atingiria a idade de sessenta e cinco anos.



2. Entretanto, tal pensão deve ser reduzida pela metade após a data em que o filho completaria os vinte e cinco anos, quando possivelmente constituiria família própria, reduzindo a sua colaboração no lar primitivo.

3. Recurso especial provido.” (REsp n. 653.597-AM, Relator Ministro Castro Meira, DJ 04.10.2004)

“Direito Civil. Responsabilidade civil. Acidente ferroviário fatal. Indenização. Danos materiais e morais. Juros moratórios. Honorários advocatícios.

Assim como é dado presumir-se que a vítima do acidente de veículo cogitado teria, não fosse o infausto evento, uma sobrevida até os sessenta e cinco anos, e até lá auxiliaria a seus pais, prestando alimentos, também pode-se supor, pela ordem natural dos fatos da vida, que ele se casaria aos vinte cinco anos, momento a partir do qual já não mais teria a mesma disponibilidade para ajudar materialmente a seus pais, pois que, a partir do casamento, passaria a suportar novos encargos, que da constituição de uma nova família são decorrentes.

Mantida a pensão fixada em 2/3 da remuneração da vítima, inclusive gratificação natalina, até quando viesse a completar vinte e cinco anos, e na metade desse valor, até os sessenta e cinco, salvo se antes os pais falecerem, quando, então, a pensão se extingue.

Redução do valor referente aos danos morais.

Em caso de responsabilidade contratual, os juros moratórios devem fluir a partir da citação.

Os honorários advocatícios, relativamente às prestações vincendas, devem ser arbitrados observando-se os critérios do § 4º do art. 20, CPC, que trata das causas de valor inestimável. Adstrito o apelo às teses dos paradigmas e ao pleito recursal, incide a verba honorária sobre um ano das parcelas vincendas.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.” (REsp n. 565.290-SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. DJ 21.06.2004, destaquei)

“Responsabilidade civil. Acidente do trabalho.

Indenização pelo direito comum. Substituição de pecúlio por pensão. Art. 1.537, II, do Código Civil.

São independentes as verbas correspondentes à indenização pelo direito comum, as de natureza trabalhista e as previstas na legislação previdenciária.

Pensionamento devido na forma do disposto no art. 1.537, II, do Código Civil. Segundo a orientação traçada pelo STJ, a pensão arbitrada deve ser integral até os 25 anos, idade em que, pela ordem natural dos fatos da vida, a vítima constituiria família, reduzindo-se, a partir de então, essa pensão à metade, até a data em que, também por presunção, o ofendido atingiria os 65 anos.

Recurso especial conhecido e provido parcialmente.” (REsp n. 133.527-RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 24.02.2003)

Dessarte, assiste razão, em parte, à recorrente, merecendo reforma o acórdão estadual, para que o pensionamento seja fixado em 2/3 (dois terços) do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, e, a partir de então, reduzida à metade, até atingir seu termo final, nos moldes fixados no acórdão recorrido.

Todavia, no que concerne ao pagamento de pensão relativa ao 13º salário, o acórdão está em sintonia com a orientação firmada por este Tribunal. Vejamos:

“Processual Civil. Recurso especial. Acidente de trânsito. Ação de indenização por danos materiais, estéticos e morais. Constituição de capital. Empresa permissionária de serviço público. Necessidade. Verbas incluídas no ressarcimento.

Em face da realidade econômica do país, que não mais permite supor a estabilidade, longevidade e saúde empresariais, de modo a permitir a dispensa de garantia, o STJ pacificou a questão, editando a Súmula n. 313, pela qual ‘Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado’, mesmo tratando-se de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

Hão de ser incluídas as parcelas acessórias atinentes ao décimo-terceiro salário e às férias no montante a ser adimplido a título de indenização por danos materiais fixada em percentual do salário da vítima. Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 594.024-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 26.09.2005)

“Acidente de trânsito. Inclusão do 13º salário. Vítima que não mantém relação de emprego. Culpa concorrente. Súmula n. 7 da Corte.

1. Na linha de precedente da Corte, a ausência de prova do vínculo empregatício não justifica afastar-se a gratificação natalina, considerando que a indenização foi fixada na forma de salário, independentemente de



constar do pedido inaugural. Não há, portanto, violação ao art. 460 do Código de Processo Civil.

(...)

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 331.298-MA, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 06.05.2002)

Posto isso, dou provimento, em parte, ao recurso especial, para fixar a pensão mensal em 2/3 do salário mínimo, até a idade em que a vítima completaria 25 anos de idade, reduzindo-a, a partir de então, à metade, até a data em que a vítima atingiria 65 anos de idade, ou em que ocorrer o falecimento da autora.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 623.040-MG (2004/0004850-6)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Veloz dedetizadora e desentupidora

Advogados: Flávia da Cunha Pinto Mesquita e outros

Recorrido: Caetano Bouças

Advogados: Guilherme Henrique Baeta da Costa e outros

EMENTA

Responsabilidade Civil. Furto praticado em decorrência de informações obtidas pelo preposto por ocasião do seu trabalho. Responsabilidade solidária do empregador. O empregador responde civilmente pelos atos ilícitos praticados por seus prepostos (art. 1.521 do CCB/1916 e Súmula n. 341-STF).

Responde o preponente, se o preposto, ao executar serviços de dedetização, penetra residência aproveitando-se para conhecer os locais de acesso e fuga, para — no dia seguinte — furtar vários bens.

A expressão “por ocasião dele” (art. 1.521, III, do Código Beviláqua) pode alcançar situações em que a prática do ilícito pelo empregado ocorre fora do local de serviço ou da jornada de trabalho.

Se o ilícito foi facilitado pelo acesso do preposto à residência, em função de serviços executados, há relação causal entre a função

exercida e os danos. Deve o empregador, portanto, responder pelos atos do empregado.

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 no julgamento, após o voto-vista da Sr^a. Ministra Nancy Andrighi e a retificação do voto do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, por unanimidade, conhecer do recurso especial, e lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Castro Filho.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 04.12.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Caetano Bouças propôs ação de indenização por danos materiais e morais contra Veloz Dedetizadora e Desintupidora, alegando, em suma, que contratou os serviços da ré, ora recorrente, para dedetização de sua residência.

O serviço foi realizado pelo representante da empresa e por um preposto, que penetrou o imóvel. Tal preposto, Marcos Antônio Dias de Almeida, aproveitou-se da situação para conhecer os locais de acesso à casa e, no dia seguinte, invadiu-a, furtando diversos bens do autor, ora recorrido.

Julgados improcedentes os pedidos, a sentença foi reformada pelo Tribunal *a quo*. O acórdão está resumido, no que interessa, nesta ementa:

“(…)

A expressão ‘no exercício do trabalho ou por ocasião dele’, constante do art. 1.521, III, deve ser entendida de modo amplo e não restritivo. Para a caracterização dessa responsabilidade, pouco importa que o ato lesivo não esteja dentro das funções do preposto. Basta que essas funções facilitem sua prática. Vale dizer: se foi a função que possibilitou ao preposto a prática, colateral, do ato danoso, uma estreita relação de causa e efeito ter-se-ia estabelecido, aí, entre a função e o dano ocasionado a terceiro. Se na ausência da função, oportunidade não haveria para que o dano acontecesse, segue-se disso que a ela estaria ele ligado de maneira necessária. E quem responde



pelo principal deve responder, ainda, pelo que lhe é conexo, razão pela qual em certas circunstâncias o preponente poderá ser responsável pelo ato ilícito praticado pelo preposto, ainda que não mais durante a execução dos serviços que lhe são afetos, mas por ‘ocasião’ deles (...).” (Fl. 119)

No recurso especial, a ora recorrente queixa-se de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em resumo, que o furto praticado por seu preposto ocorreu fora do expediente de serviço e do exercício de suas funções. Diz, ainda, que “conforme bem ressaltado pelo douto Juiz *a quo*, ‘inimaginável ou absurdo seria exigir que determinado patrão ficasse obrigado, sob as penas da lei civil, a fiscalizar os atos de seus empregados/prepostos após o horário normal de serviço”. (Fl. 176)

Acrescenta que não haveria como, mesmo utilizando-se de toda diligência, evitar os atos ilícitos praticados por seu preposto.

Houve contra-razões (fls. 192/196). O eminente Ministro Ari Pargendler determinou a subida do especial.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do especial.

É incontroverso o fato de que o preposto aproveitou visita à residência do ora recorrido, para executar serviços de dedetização, a fim de “estudar” o meio mais fácil de invadi-la. Também não se contesta o fato de que, no dia seguinte, valendo-se de tal “estudo”, furtou vários bens.

A sentença julgou improcedentes os pedidos, pois “a prova dos autos deságua, na sua preponderância, pela inexistência de culpa da requerida [ora recorrente], ficando destacada, em definitivo, a responsabilidade civil da empregadora por atos não vinculados ao período de trabalho de seu preposto.” (Fl. 95)

O Tribunal *a quo* deu provimento à apelação porque, a teor do art. 1.521, III, do CCB/1916, “o proponente poderá ser responsável pelo ato ilícito praticado pelo preposto, ainda que não mais durante a execução dos serviços que lhe são afetos, mas por ‘ocasião’ deles, facilitando a conduta antijurídica.” (Fl. 161)

A responsabilidade por ato de terceiros está prevista no art. 1.521 do CCB/1916. Transcrevo:

“Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).”

A jurisprudência, entretanto, evoluiu para enxergar a responsabilidade do preponente em situações semelhantes (Súmula n. 341-STF). O legislador consagrou o atual modelo, em que foi adotada a responsabilidade objetiva (art. 933 do CCB/2002). A propósito, veja-se o AgRg no Ag n. 680.405/Humberto.

A presunção de culpa (Súmula n. 341-STF) não é suficiente. Para que o empregador se responsabilize, é necessário a) que o agente tenha praticado o ato no exercício de suas funções, ou por ocasião dela (art. 1.521, III, do CCB/1916), e b) que a pessoa subordinada tenha agido com dolo ou culpa.

O preposto confessou que o furto fora planejado enquanto prestava serviços ao recorrido, momento em que apurou a melhor maneira de invadir a residência. A conduta dolosa (furto), o nexo de causalidade e os danos estão caracterizados.

Como registrou o Tribunal *a quo*, os atos foram praticados por ocasião dos serviços prestados pelo preposto.

A expressão “por ocasião” serve, justamente, para se admitir que, em casos particulares, não é exigível que a prática do ilícito pelo empregado tenha ocorrido no local de serviço ou durante a jornada de trabalho.

No caso, o ato ilícito foi propiciado pelo acesso do preposto à residência do ora recorrido, em função dos serviços prestados. Há relação causal entre a função exercida e os danos causados. Deve o empregador, portanto, responder pelos atos do empregado.

Conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

VOTO-VISTA

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Recurso especial interposto por Veloz Dedetizadora e Desentupidora, com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional contra acórdão do extinto TAMG.

Ação: de conhecimento com pedidos condenatórios, movida por Caetano Bouças, ora recorrido, em face da ora recorrente, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, sob o fundamento de que um empregado da recorrente, que realizou um serviço na



residência do recorrido enquanto esse estava viajando com a família, retornou ao local após o serviço e furtou uma série de eletrodomésticos que guarneciam a casa (fls. 3/7).

Sentença: julgou improcedentes os pedidos (fls. 89/96).

Acórdão: deu provimento à apelação do ora recorrido, nos termos da seguinte ementa:

“Responsabilidade civil indireta ou por fato de terceiro. Furto praticado em decorrência de informações obtidas pelo preposto por ocasião do seu trabalho. Danos de ordem moral e material. Comprovação. Responsabilidade solidária do preponente. Inteligência do art. 1.521 inciso III do Código Civil.

São também responsáveis pela reparação civil o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele.

A expressão ‘no exercício do trabalho ou por ocasião dele’, constante do art. 1.521, III, deve ser entendida de modo amplo e não restritivo. Para a caracterização dessa responsabilidade, pouco importa que o ato lesivo não esteja dentro das funções do preposto. Basta que essas funções facilitem sua prática. Vale dizer: se foi a função que possibilitou ao preposto a prática, colateral, do ato danoso, uma estreita relação de causa e efeito ter-se-ia estabelecido, aí, entre a função e o dano ocasionado a terceiro. Se na ausência da função, oportunidade não haveria para que o dano acontecesse, segue-se disso que a ela estaria ele ligado de maneira necessária. E quem responde pelo principal deve responder, ainda, pelo que lhe é conexo, razão pela qual em certas circunstâncias o preponente poderá ser responsável pelo ato ilícito praticado pelo preposto, ainda que não mais durante a execução dos serviços que lhe são afetos, mas por ‘ocasião’ deles.

Para apuração e fixação do dano moral, que é por demais subjetivo porque inerente à própria pessoa que o sofreu, caberá ao julgador a árdua e difícil tarefa de arbitrá-lo com moderação, examinando as circunstâncias específicas e especiais de cada caso concreto, fixando o *quantum* da indenização de acordo com sua conclusão lógica e criteriosa, tendo sempre em vista o meio termo justo e razoável para esta indenização, evitando o enriquecimento da vítima e a desestabilização financeira do causador do dano, contudo, devendo observar a dupla finalidade da reparação, qual seja, a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico, além de propiciar à vítima uma satisfação em prazer.

Os danos materiais devem restar comprovadamente demonstrados, sendo que a simples relação de bens em documento unilateral e não aceito pela parte *ex adversa* não se presta à comprovação judicial de direito de crédito. Ora, o dano material, para ser indenizável, há de ser alegado e provado na fase probatória que antecede à sentença. Não pode ser relegado para apuração posterior em fase de liquidação do julgado. O que se apura em liquidação é apenas o *quantum*, nunca a existência mesma do prejuízo.” (Fls. 119/120)

Embargos de declaração: opostos pela ora recorrente, mas rejeitados. (Fl. 148)

Recurso especial: alega o ora recorrente haver dissídio jurisprudencial do acórdão recorrido com o julgados de outros tribunais do país, que, interpretando o inciso III, do art. 1.521, do CC/1916, entenderam que não há responsabilidade do patrão pelos danos causados por seus empregados pelos danos causados por esses fora do horário de trabalho.

Prévio juízo de admissibilidade: com contra-razões, foi o especial admitido na origem.

Após o voto do Relator, ilustre Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, não conhecendo do recurso especial, pedi vista dos autos.

É o relatório.

Na espécie, é incontroverso (fl. 127) que um empregado da recorrente, que realizou um serviço na residência do recorrido enquanto esse estava viajando com a família, retornou ao local após o serviço e furtou uma série de eletrodomésticos que guarneciam a casa.

Diante disso, o acórdão recorrido entendeu que, nos termos do inciso III, do art. 1.521, do CC/1916 a recorrente seria responsável pela reparação do dano. A recorrente por sua vez sustenta a sua irresponsabilidade no fato de que o furto ocorreu fora do horário do serviço.

Portanto, cinge-se a controvérsia a saber o alcance da expressão “no exercício do trabalho ou por ocasião dele” presente no inciso III, do art. 1.521, do CC/1916 (equivalente ao inciso III, do art. 932, do CC atual); vale dizer, se o patrão é ou não responsável pelos danos causados por seu empregado fora do horário de serviço.

O atual Código Civil foi mais preciso na terminologia do que o Código de 1916, ao dispor no inciso III, do art. 932, que o patrão é responsável pelos danos causados por seus empregados também “em razão do trabalho” (sendo que o Código Civil de 1916 mencionava “por ocasião dele”).



Segundo a doutrina civilista, a expressão “no exercício do trabalho ou por ocasião dele”, constante do inciso III, do art. 1.521, do CC/1916, deve ser entendida de modo amplo e não restritivo (Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, São Paulo: Saraiva, 2003, 6ª ed., rev. de acordo com o novo Código Civil, p. 150; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, v. 5, São Paulo: Saraiva, 1962, 5ª ed., rev. e ampl. p. 422; Pontes de Miranda, Do direito das obrigações, in *Manual Lacerda*, 1927, v. 16, 3ª parte, t. 1, p. 328, n. 231; e Wilson Melo da Silva, *Da responsabilidade civil automobilística*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 294).

Nessa linha de entendimento, o simples fato de o empregado da recorrente não estar em serviço quando da prática do furto não a exime da responsabilidade que lhe foi imputada, porquanto “se foi a função que possibilitou ao preposto a prática, colateral, do ato danoso, uma estreita relação de causa e efeito ter-se-ia estabelecido, aí, entre a função e o dano ocasionado a terceiro. Se na ausência da função, oportunidade não haveria para que o dano acontecesse, segue-se disso que a ela estaria ele ligado de maneira necessária.” (cf. Wilson Melo da Silva, *Da responsabilidade civil automobilística*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 294-295, apud Carlos Roberto Gonçalves, *ibidem*).

Com efeito, se não tivesse o empregado da recorrente ido durante o dia na casa do recorrido prestar um serviço, não teria obtido a informação de que não haveria ninguém na residência naquela noite e que a “porta dos fundos” era “a porta mais frágil” (fl. 127), o que lhe possibilitou praticar o furto. Portanto, tem-se que “em razão do trabalho”, o empregado da recorrente obteve informações sobre a casa do recorrido e, em seguida, usou-as para cometer o furto dos eletrodomésticos que guarneciam a casa.

Diante disso, não importa que empregado da recorrente praticou o furto fora do horário de serviço, porque tal prática só foi possível em razão do trabalho prestado durante o horário de serviço; razão pela qual resta caracterizada a responsabilidade da recorrente.

Assim, apesar de conhecer-se do recurso, nesse ponto, porque devidamente comprovada a divergência jurisprudencial, é de negar-se-lhe provimento, tendo em vista os fundamentos anteriormente expendidos.

Forte em tais razões, acompanho o voto do Relator, conheço do presente recurso especial, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 665.790-SC (2004/0085321-2)

Relatora: Ministra Nancy Andriighi
Recorrente: Megálvio Carlos Mussi — Espólio
Repr. por: Amaline Boulus Issa Mussi — Inventariante
Advogados: Eduardo Zumblick Aguiar e outros
Recorridos: Rubens Pedro Ribeiro e outro
Advogados: Israel Jonas Fleith e outro

EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Ação de arbitramento de honorários advocatícios. Prescrição. Morte do advogado. Impossibilidade de aplicação analógica às hipóteses de revogação e renúncia do mandato. Interpretação restritiva. Regra geral. Incidência.

Para o emprego da analogia não basta a existência de afinidades aparentes; exige-se semelhança na essência e nos efeitos das hipóteses comparadas, não podendo haver restrições de quaisquer direitos.

A morte constitui fato jurídico que opera a cessação do mandato (art. 682, inciso II, do CC/2002), mas independe da vontade das partes, diferentemente da revogação ou da renúncia do mandato, que dependem de manifestação expressa das partes.

É vedada, portanto, a aplicação analógica da regra de prescrição atinente à revogação do mandato, prevista no art. 25, inciso V, da Lei n. 8.960/94, quando a hipótese é de mandato que se extingue pela morte do advogado, porque manifesta a desigualdade entre as hipóteses, como também porque o emprego da analogia importaria em restrição de direito, considerando que o Estatuto da OAB disciplina tempo prescricional menor que o previsto no Código Civil de 2002.

Não cabendo o uso de analogia, por não haver igualdade entre o fato morte e o ato de revogação da procuração, correto é aplicar a regra geral para as hipóteses de omissão da lei, prevista no art. 205 do CC/2002.

Recurso especial conhecido e 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, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ 30.10.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial interposto por Megálvio Carlos Mussi. Espólio, representado por Amaline Boulus Issa Mussi. Inventariante, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ-SC.

Ação: de arbitramento de honorários advocatícios ajuizada pelo recorrente em face de Rubens Pedro Ribeiro e Santa Terezinha Ribeiro, ora recorridos, pela atuação do falecido Megálvio Carlos Mussi como advogado daqueles em ação reivindicatória que tramitou por aproximadamente onze anos no Judiciário.

Sentença: o pedido foi julgado procedente para condenar os recorridos ao pagamento do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com as devidas correções legais.

Acórdão: o TJ-SC conferiu parcial provimento ao agravo retido interposto pelos recorridos e, por conseqüência, julgou prejudicados os recursos de apelação e adesivo, nos termos da seguinte ementa:

“Apelação cível. Ação de arbitramento e cobrança de honorários. Agravo provido. Prescrição. Propositura da ação após o prazo legal de 5 anos. Art 25, inciso V, da Lei n. 8.906/1994. Provimento do agravo retido. Recurso de apelação e recurso adesivo prejudicados.” (Fl. 270)

Recurso especial: interposto sob alegação de ofensa ao art. 25, inciso V, da Lei n. 8.906/1994, ao argumento de que a prescrição quinquenal de que trata referido dispositivo legal restringe-se à hipótese de cessação do mandato pela revogação ou pela renúncia (art. 1.316, inciso I, do CC/1916), e não pela morte, não se aplicando, portanto, ao processo em julgamento.

Embargos de declaração: rejeitados.

Houve interposição de um segundo recurso especial (fls. 583/589).

Decisão de admissibilidade: o ilustre 2º Vice-Presidente do TJ-SC admitiu o primeiro recurso especial, deixando de admitir o segundo recurso interposto, por ter se operado a preclusão consumativa.

Parecer do MPF (fls. 600/603): o ilustre Subprocurador-Geral da República, Washington Bolívar Junior, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Da violação, art. 25, inciso V, da Lei n. 8.906/1994

A controvérsia busca definir qual o prazo prescricional aplicável quando o mandato se extingue pela morte do advogado.

A prescrição pelo Estatuto da OAB — art. 25 não regula nas cinco hipóteses elencadas, a decorrente de falecimento do advogado no curso do mandato.

Do acórdão impugnado consta manifestação a respeito da questão, nos seguintes termos:

“É sabido que o marco inicial para a prescrição de tal ação ocorreu a partir do fato jurídico (óbito do inventariado), havendo, desta forma, a perda da capacidade de postular no feito. Desse modo, houve a revogação automática do mandato de Megálvio Carlos Mussi, ocorrido pela sua morte, acarretando a prescrição. Conforme se depreende dos autos, a pessoa do inventariado faleceu há mais de cinco anos da propositura da ação, pois segundo declaração de fl. 108, a sua morte se deu no dia 15 de março de 1993, e a inicial foi protocolada somente no dia 26 de outubro (fl. 2). Portanto verifica-se que ocorreu a prescrição disposta no art. 25, V da Lei n. 8.960/1994 (...).” (Fl. 273)

Como se pode observar, o TJ-SC aplicou o prazo prescricional do Estatuto da OAB, compreendendo que a morte do advogado, no curso do mandato, é equiparável a hipótese de revogação do mandato, constante do inciso V do art. 25, do mencionado Estatuto e, portanto, o prazo prescricional é de cinco anos, contados do falecimento do advogado.

Forçoso, então, concluir da afirmação contida no acórdão impugnado, que o Tribunal interpretou o fato morte de forma analógica a “revogação automática do mandato de Megálvio Carlos Mussi, ocorrido pela sua morte, acarretando a prescrição.”



As regras de hermenêutica que permitem a interpretação analógica estabelecem condições rígidas para sua aplicação, conforme ensina Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 11^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 212) pressupondo para o uso:

“1^ª uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de interpretação extensiva; 2^ª a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3^ª este elemento não pode ser qualquer, e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança formal; exige-se a real, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e noutro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a idéia geradora tanto da regra existente como da que se busca. A hipótese nova e a que se compara com ela, precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir. Evitem-se as semelhanças aparentes, sobre pontos secundários (...). O processo é perfeito, em sua relatividade, quando a frase jurídica existente e a que da mesma se infere deparam como entrosadas as mesmas idéias fundamentais (...)”.

Buscando “a verdadeira igualdade” observa-se que tanto a renúncia, quanto a revogação, dependem de manifestação expressa das partes. A morte, todavia, constitui fato jurídico que opera a cessação do mandato, mas independe da vontade das partes (art. 682, inciso II, do CC/2002). Portanto, manifesta a desigualdade, vedada é a aplicação de analogia.

Acrescente-se ainda ao fundamento da desigualdade a aplicação do princípio que veda o uso da analogia quando a sua aplicação implicar em restrição de direitos. Na hipótese sob julgamento a interpretação analógica importará em restrição de direito, considerando que o Estatuto da OAB disciplina tempo prescricional menor que o previsto no Código Civil de 2002.

Portanto, não cabendo a interpretação analógica, por não haver igualdade entre o fato morte e o ato de revogação da procuração — art. 25, inciso V, do Estatuto da OAB, correto é aplicar a regra geral para as hipóteses de omissão da lei, que está consubstanciada no art. 205 do CC/2002 (art. 177 do CC/1916).

Conforme o acórdão recorrido, em 15.03.1993, ocorreu a morte do advogado e em 26.10.1998 foi ajuizada a presente ação de arbitramento de honorários advocatícios, que após aplicar a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002, verifica-se que o direito subjetivo pleiteado ainda não prescreveu.

Forte em tais razões, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para afastar a decretação da prescrição e determinar a devolução do processo ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento, observado o devido processo legal.

RECURSO ESPECIAL N. 679.627-ES (2004/0095091-0)

Relatora: Ministra Nancy Andriahi
Recorrente: RDJ Engenharia Ltda
Advogado: Anderson Pimentel Coutinho
Recorrido: Antônio Fernando Vieira Correa
Advogado: Edmar Simões da Silva

EMENTA

Incorporação imobiliária. Construção sob o regime de administração (preço de custo). Devolução dos valores pagos por adquirente inadimplente. Ilegitimidade passiva da incorporadora. Incidência do art. 58 da Lei n. 4.591/1964. Embargos de declaração. Ausência de omissão. Multa caráter protelatório não caracterizado. Prequestionamento. Súmula n. 98-STJ.

No regime de construção por administração, a responsabilidade pelo andamento, recebimento das prestações e administração da obra é dos adquirentes, condôminos, por intermédio da comissão de representantes, e não da incorporadora, parte ilegítima para figurar no pólo passivo de ação que visa à devolução de valores pagos por adquirente inadimplente.

O manejo de embargos de declaração com fim de prequestionamento não tem caráter protelatório.

Recurso especial parcialmente conhecido e 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 em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da



Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJ 20.11.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial interposto por RDJ Engenharia Ltda, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Ação: de conhecimento, visando à resolução de contrato e restituição das quantias já pagas, ajuizada por Antônio Fernando Vieira Correia, ora recorrido, em face de RDJ Engenharia Ltda.

O recorrido firmou contrato para aquisição de unidade autônoma de empreendimento imobiliário, mas, em decorrência de dificuldades financeiras, aduz não ter condições de honrar o compromisso assumido, motivo pelo qual pleiteia a resolução do instrumento, com a conseqüente restituição dos valores pagos.

A recorrente aduz ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação, posto que a obra foi contratada sob o regime de administração, hipótese em que a responsabilidade pela construção é exclusiva dos condôminos.

Sentença: acolheu a preliminar de ilegitimidade de parte deduzida pela recorrente e julgou extinto o processo, sem o julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, I e VI e art. 295, II, do CPC (fl. 113).

Acórdão: o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso de apelação do recorrido (fls. 115/120), nos termos do v. acórdão (fls. 188/191) assim ementado:

“Apelação cível. 1. Preliminar. Pagamento das custas. Diligência atendida. Preliminares rejeitadas. 2. Legitimidade. Incorporadora do empreendimento. Construtura. Promitente-vendedora. Pertinência subjetiva. Devolução de parcelas pagas. Recurso provido.

1. No presente caso, o recolhimento das custas processuais foi realizado posteriormente, conforme franqueado pelo juiz *a quo*, restando devidamente atendido, antes mesmo da subida do recurso de apelação que se cuida. Preliminar rejeitada.

2. A apelada, *in casu*, não figurara apenas como incorporadora do empreendimento, mas também como construtora e promitente-vendedora da unidade em questão. Logo, não se lhe pode negar pertinência subjetiva para figurar em demanda onde se busca a devolução de parcelas pagas por promitente-comprador a partir da rescisão de contrato de compromisso de compra e venda. Recurso provido.”

Embargos de Declaração: opostos pela recorrente, foram rejeitados pelo Tribunal *a quo*, que ainda os considerou protelatórios e condenou a embargante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, com fundamento no art. 538, parágrafo único, do CPC (fls. 205/208).

Recurso especial: alega a recorrente em suas razões (fls. 211/224) que o v. acórdão atacado:

I - ao atribuir à recorrente a responsabilidade pela devolução dos valores pagos pelo recorrido ao Condomínio, violou o art. 32 da Lei n. 4.591/1964;

II - ao decidir pela manutenção da recorrente no pólo passivo da ação, afrontou os arts. 36 e 58 da Lei n. 4.591/1964, bem como divergiu da jurisprudência de outros Tribunais; e

III - ofendeu o art. 538, parágrafo único, do CPC, na medida em que os embargos de declaração não tiveram escopo protelatório.

Prévio juízo de admissibilidade: após a apresentação de contra-razões (fls. 250/253), a Presidência do Tribunal *a quo* admitiu o recurso especial. (Fls. 255/256)

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia a determinar se a incorporadora detém legitimidade para figurar no pólo passivo de ação visando à rescisão de contrato e devolução de valores pagos, ajuizada por adquirente inadimplente, tendo a obra sido contratada no regime de construção por administração.

I - Da responsabilidade da recorrente pela devolução dos valores pagos pelo recorrido (violação ao art. 32 da Lei n. 4.591/1964)

Aduz a recorrente que, ao lhe atribuir a responsabilidade pela devolução dos valores pagos pelo recorrido ao Condomínio, o Tribunal *a quo* incorreu em ofensa ao art. 32 da Lei n. 4.591/1964.

Entretanto, verifica-se que o acórdão recorrido não imputa à recorrente a obrigação de restituir ao recorrido os valores pleiteados na exordial.



Em verdade, o Tribunal *a quo* limitou-se a declarar a legitimidade da recorrente para figurar no pólo passivo da demanda, determinando “o retorno dos autos à primeira instância visando seu regular prosseguimento e julgamento meritório” (fl. 190), o que, em hipótese alguma, pode ser encarado como responsabilização da recorrente pela devolução dos valores pagos pelo recorrido.

Portanto, considerando que a matéria sequer foi objeto de apreciação pelo Tribunal *a quo*, não há como conhecê-la nesta via especial, a teor do que estabelece a Súmula n. 211-STJ.

II - Da legitimidade passiva da recorrente (violação aos arts. 36 e 58 da Lei n. 4.591/1964)

A questão relativa à legitimidade passiva da recorrente restou devidamente questionada, tendo sido demonstrada também a existência de dissídio jurisprudencial.

O recorrido formula dois pedidos distintos, quais sejam, (i) devolução de valores pagos e (ii) rescisão de contrato, de sorte que a sujeição passiva da recorrente deve ser analisada separadamente frente a cada um desses pedidos.

I - Da legitimidade para devolução dos valores pagos

A Lei n. 4.591/1964 prevê diversos regimes para a incorporação imobiliária, entre eles a construção por administração, também denominada construção a preço de custo, regida pelo art. 58, que assim dispõe:

“Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado ‘a preço de custo’, será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições:

I - todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;

II - todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais, serão movimentadas pela forma que for fixada no contrato.”

Como se vê, no regime de construção por administração, a obra torna-se um empreendimento coletivo dos adquirentes, controlado por intermédio de uma comissão de representantes, a quem cabe, entre outras coisas, o recebimento de valores em contas abertas em nome do condomínio.

Conforme anota Caio Mário da Silva Pereira ao tratar do tema, “a fim de se evitar, por outro lado, a confusão de contas e o mau emprego de recursos de um prédio em outro, as contribuições dos adquirentes serão, igualmente, recolhidas em contas individuadas e distintas, a serem movimentadas na forma que o contrato prevê (art. 58, § 2º, inclusive com visto da Comissão de Representantes)” (*Condomínio e incorporações*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 318/319).

Aliás, nos termos do art. 63 da Lei n. 4.591/1964, o condomínio tem legitimidade inclusive para alienar em leilão a unidade do adquirente em atraso, justamente para recompor seu caixa — fruto das contribuições dos próprios condôminos — e permitir que a obra não sofra solução de continuidade.

Assim, não há como cogitar que a incorporadora figure no pólo passivo de ação cujo escopo seja obter a restituição de valores pagos diretamente ao condomínio e por ele administrados para investimento na construção.

Muito oportuna, nesse contexto, a lição de Humberto Theodoro Júnior: “diante da sistemática da incorporação, no regime da construção por administração (preço de custo), nem mesmo tem o adquirente legitimidade para exigir da construtora, no caso de rompimento do contrato, a restituição das parcelas já aplicadas na obra, já que esta se desenvolve por conta do condomínio, representado pela comissão de representantes.” (*Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei n. 4.591/1964*), in *Revista Forense*, v. 100, n. 376, 2004, p. 92)

Na hipótese específica dos autos, o próprio recorrido admite sua mora no pagamento das prestações, feito através de boletos bancários que, conforme ressalta a sentença (fl. 111), *têm como cedente o condomínio e não a recorrente*.

Ademais, como igualmente salientado na sentença (fl. 112), o imóvel objeto da ação foi levado à leilão (praça), *tendo sido adjudicado pelo condomínio*.

Portanto, constata-se que foi o condomínio — e não a incorporadora — que se beneficiou financeiramente frente ao recorrido: além de ter recebido e administrado os valores pagos ao longo do contrato, também adjudicou para si a unidade adquirida pelo recorrido.

Note-se que não se está aqui a negar o direito do recorrido de pleitear judicialmente a devolução dos valores que entender devidos; todavia, sua pretensão deve ser dirigida contra quem tenha legitimidade para tanto, *in casu*, o condomínio.

Dessa forma, no que tange ao pedido de devolução dos valores pagos pelo recorrido, imperioso que se reconheça a ilegitimidade passiva da incorporadora.



II - Da legitimidade para rescisão do contrato

Quanto à desconstituição do contrato de fls. 21/33, o fato de o imóvel ter sido levado à praça pública e adjudicado pelo condomínio permite inferir pela resolução do mencionado instrumento, ainda que de modo tácito. Estando tal situação juridicamente definida, não há interesse do recorrido — pela perda de objeto — na declaração de rescisão do contrato, ficando prejudicado o recurso especial, nesse particular.

III - Do caráter protelatório dos embargos de declaração (violação ao art. 538, parágrafo único, do CPC)

Com relação à multa aplicada pelo Tribunal *a quo*, não há indícios de violação ao art. 538, parágrafo único, do CPC, pois ausente o caráter procrastinatório dos embargos de declaração, não tendo restado evidenciado o abuso ou a malícia da ora recorrente na interposição do recurso.

Ademais, incide à espécie a Súmula n. 98-STJ: “embargos de declaração manifestados com notório propósito de pré-questionamento não têm caráter protelatório.”

Forte em tais razões, conheço parcialmente do recurso especial e dou-lhe provimento, para restabelecer a sentença de fls. 111/113 e afastar a incidência da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

RECURSO ESPECIAL N. 685.322-SP (2004/0075732-1)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Aparecida Domingues da Silva — Espólio
Advogado: Renato Domingues da Silva
Recorrida: Neli Pereira da Silva
Advogada: Elisabeth Sibinelli Spolidoro

EMENTA

Processual Civil. Citação. Suprimento. Comparecimento espontâneo do réu. Agravo de instrumento. Art. 525, inciso I, do CPC. Certidão de intimação. Ausência. Pretensão de substituição por “informativo judicial”. Impossibilidade. Precedentes jurisprudenciais.

O comparecimento espontâneo do réu, nos termos do art. 214, § 1º, do CPC, supre a falta de citação, ainda que o advogado que comparece e apresenta contestação tenha procuração com poderes apenas para o foro em geral, desde que de tal ato não resulte nenhum prejuízo à parte.

Não supre a ausência de certidão de intimação, peça obrigatória do agravo de instrumento, a teor do art. 525, inciso I, do CPC, a juntada de boletim ou serviço de “informativo judicial”, contendo transcrição do Diário da Justiça.

Recurso especial conhecido e 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, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJ 11.12.2006

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Espólio de Aparecida Domingues da Silva, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a** da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ação: medida cautelar ajuizada pelo recorrente contra Neli Pereira da Silva, ora recorrida, visando ao seqüestro de bens, sob a alegação de que pertenceriam ao espólio. O juiz deferiu a liminar pleiteada na exordial. (Fl. 50)

Em 06.02.2002, a recorrida protocolizou contestação (fls. 58/79), dando-se por citada e requerendo, entre outras coisas, a reconsideração da decisão que concedeu a liminar. Contudo, a procuração (fl. 97) outorgada às advogadas que subscrevem a petição não contém poderes especiais para citação.



Seguiu-se novo despacho (fls. 98/100), em que o juiz salienta que “embora não tenha sido ordenada a citação, a ré compareceu em juízo, dando-se por citada inadequadamente, visto que às suas patronas não havia sido outorgado o poder para tanto”. Prosseguiu afastando as preliminares suscitadas pela recorrida e determinando a continuação do feito na ação principal.

Agravo de instrumento: interposto pela recorrida em 26.02.2002 (fl. 2), contra a decisão que deferiu o bloqueio liminar de bens.

O recorrente apresentou contraminuta (fls. 127/157) sustentando, preliminarmente, a intempestividade do recurso, eis que a recorrida, então agravante, deu-se por citada nos autos principais em 06.02.2002, tendo protocolizado o agravo apenas em 26.02.2002.

Ainda em sede de preliminares, alegou a ausência de peça indispensável à instrução do agravo, tendo em vista que a recorrida juntou apenas boletim informativo da publicação do despacho de fls. 98/100 (fl. 112), em substituição à certidão de intimação da decisão atacada.

Acórdão: o Tribunal *a quo* deu provimento parcial ao agravo, “para que se determine o desbloqueio da metade dos ativos financeiros que se encontravam, originalmente, em nome da agravante e de sua falecida tia, bem como o desbloqueio do automóvel por ela adquirido, em seu nome e sem reserva de domínio.”

Embargos de declaração: opostos pelo recorrente (fls. 411/416), alegando omissão, posto que não foram apreciadas as preliminares argüidas. Os embargos foram parcialmente acolhidos, mas as preliminares foram rejeitadas, tendo o Tribunal *a quo* entendido que o prazo para interposição do agravo de instrumento começou a fruir da publicação do despacho de fls. 98/100, em 19.02.2002, e não do protocolo da contestação, em 06.02.2002 (fls. 431/433).

Recurso especial: alega a recorrente em suas razões (fls. 441/453) que o acórdão atacado:

I - violou o art. 535, I e II, do CPC, por estar contraditório e omissivo frente à documentação que instruiu a contraminuta do agravo de instrumento;

II - ofendeu os arts. 183, 473 e 522 do CPC, ao não reconhecer a intempestividade do agravo de instrumento da recorrida; e

III - afrontou o art. 525, I, do CPC, ao aceitar mero boletim informativo da publicação do despacho de fls. 98/100, em substituição à certidão de intimação da decisão atacada.

Prévio juízo de admissibilidade: após a apresentação de contra-razões (fls. 462/468), a Presidência do egrégio Tribunal *a quo* não admitiu o recurso

especial (fls. 470/472), tendo os autos subido em decorrência de agravo de instrumento interposto pelo recorrente, ao qual foi dado provimento. (Fl. 489)

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia a determinar se é possível: I - a supressão da necessidade de citação pelo comparecimento espontâneo do réu, via protocolo de petição subscrita por advogado sem poderes especiais para receber citação; e II - a substituição, para fins de instrução de agravo de instrumento interposto junto ao Tribunal *a quo*, da certidão de intimação da decisão atacada por boletim informativo de publicação.

I - Do prequestionamento

Inicialmente, cumpre ressaltar que as normas tidas pelo recorrente como afrontadas podem ser consideradas prequestionadas, pois as questões atinentes à intempestividade do agravo de instrumento e à possibilidade de substituição da certidão de intimação do despacho agravado por boletim informativo de publicação foram alvo de análise pelo Tribunal *a quo*, inclusive por ocasião da interposição de embargos de declaração (fls. 411/416).

II - Da existência de contradição e omissão no acórdão do Tribunal a quo (violação ao art. 535, I e II, do CPC)

Apontada violação ao art. 535, I e II, do CPC, é indispensável que o recorrente indique, no recurso especial, os pontos contraditórios e omissos do acórdão guerreado, o que não se verifica na hipótese dos autos.

Ademais, o recorrente consigna expressamente que sua indignação decorre do fato do Tribunal *a quo* não ter, segundo ele, dado o devido valor à “farta documentação acostada.” (Fls. 447)

Ocorre que tal assertiva não pode ser elidida sem que se incorra no exame da prova, para declarar o contrário, o que é sumariamente vedado ao STJ, nos termos da Súmula n. 7.

III - Da intempestividade do agravo de instrumento (violação aos arts. 183, 473 e 522 do CPC)

Sustenta o recorrente a intempestividade do agravo de instrumento interposto em 26.02.2002, na medida em que, em 06.02.2002, portanto vinte dias antes, a recorrida protocolizou contestação, na qual expressamente se deu por citada.

Entretanto, há uma peculiaridade: a procuração outorgada aos patronos que subscrevem tal petição (fl. 97) não lhes confere poderes especiais para tanto.



A citação é pressuposto de validade do processo. Constitui ato de cientificação, de comunicação ao réu, para que possa exercer o seu direito de defesa, constitucionalmente assegurado.

Sua importância é tamanha que, como ensina Pontes de Miranda, ela “somente admite uma causa de convalidação: o comparecimento espontâneo do réu, que ‘supre’ a falta da citação.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 202)

Embora a citação seja ato processual com requisitos específicos, sua finalidade essencial é dar ciência ao réu de que a ação foi proposta. Se por outro modo a existência da ação chegar à parte adversa, levando inclusive ao seu comparecimento espontâneo, não haverá necessidade de se realizar o ato citatório.

Nesse contexto, conforme anota Humberto Theodoro Júnior, instaurada a relação processual e estabelecido o contraditório, “inobstante a falta ou vício da citação, não há que se falar em nulidade do processo, posto que o seu objetivo foi alcançado por outras vias.” (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 43ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 288)

Com efeito, se o réu comparece e exercita a defesa, tanto a falta quanto a nulidade da citação deixam de produzir qualquer efeito, pois o réu, com a defesa, demonstra ter conhecimento da propositura da ação, agindo como se tivesse havido a citação válida.

Aliás, é nessa esteira que caminha o entendimento deste Tribunal, consoante precedentes da Segunda e Terceira Turmas: REsp n. 208.409-CE, Segunda Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 04.11.2002; REsp n. 514.304-MT, Terceira Turma, Relator Ministro Castro Filho, DJ 09.12.2003; REsp n. 170.683-SP, Terceira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 17.05.2004; e REsp n. 772.648-PR, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 13.03.2006, este último assim ementado:

“Recurso especial. Ação rescisória. Violação. Lei Federal. Princípio da justa indenização. Citação dos réus. Comparecimento espontâneo.

1. A hipótese de cabimento do recurso especial estabelecida na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal não permite o revolvimento de fatos e provas apresentados pela recorrente. Súmula n. 7-STJ.

2. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea **c** do permissivo constitucional pressupõe a coincidência das teses discutidas, porém, com resultados distintos.

3. O comparecimento espontâneo do réu, na forma do disposto no § 1º do art. 214 do Código de Processo Civil, supre a falta de citação, ainda

que o advogado que comparece e apresenta contestação tenha procuração com poderes apenas para o foro em geral, desde que de tal ato não resulte nenhum prejuízo à parte ré.

4. O sistema processual pátrio é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, que, no ramo do processo civil, tem expressão no art. 244 do CPC. Assim, é manifesto que a decretação da nulidade do ato processual pressupõe o não-atingimento de sua finalidade ou a existência de prejuízo manifesto à parte advindo de sua prática.

5. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, não-providos.”

Na hipótese específica dos autos, a recorrida apresentou defesa (fls. 58/79), tendo expressamente contestado a inicial “em todos os seus itens” e requerido “a cassação da medida que arbitrariamente concedeu a liminar” (fl. 77), o que demonstra, já naquele momento, plena e integral cognição dos termos da ação, tanto que outorgou procuração para que advogados a defendessem (fl. 97), ainda que sem incluir poderes especiais para a citação.

Ademais, apesar de o juiz ter salientado que a recorrida se deu por citada inadequadamente (fls. 98/100), as preliminares argüidas na contestação foram apreciadas, evidenciando que a ação teve regular desenvolvimento, sem prejuízo para a recorrida.

Em tais circunstâncias, ignorar a efetiva ciência da recorrida acerca da ação e não suprimir a necessidade de sua citação, a colocaria em cômoda e injusta vantagem frente ao recorrente: além de estar exercendo plenamente o seu direito de defesa, a recorrida poderia, a qualquer tempo e conforme a sua conveniência, argüir a nulidade do processo por falta de citação.

Enfim, não há como negar que em 06.02.2002 a recorrida compareceu espontaneamente aos autos e demonstrou ter inequívoco conhecimento da ação, em especial da concessão da liminar, suprimindo a necessidade do ato citatório.

A despeito disso, a recorrida somente interpôs o agravo de instrumento em 26.02.2002, portanto intempestivamente, a teor do que dispõe o art. 522 do CPC.

IV - Da substituição da certidão de intimação do despacho agravado por boletim informativo de publicação (violação ao art. 525, I, do CPC)

A confirmação da intempestividade do agravo de instrumento, por si só, já seria suficiente para não conhecê-lo, restabelecendo a liminar de fl. 50. No entanto, para que não reste controvérsia sobre qualquer ponto suscitado pelo recorrente, passa-se à análise da possibilidade de boletim informativo de publicação substituir certidão de intimação do despacho agravado, para fins de instrução de agravo de instrumento.



Dispõe o art. 525, I, do CPC, que a petição inicial do agravo de instrumento será instruída, “obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão de respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.”

A recorrida, porém, colacionou aos autos um boletim informativo de caráter privado, elaborado pela Associação dos Advogados de São Paulo, destinado a auxiliar os advogados no acompanhamento dos processos.

O documento limita-se a reproduzir trecho do Diário da Justiça, sem sequer incluir a data de publicação da decisão na imprensa oficial, cuja menção é feita apenas no cabeçalho do informativo.

Não obstante a idoneidade e utilidade do serviço, este tem natureza particular e, sendo assim, não goza de fé pública, oficialidade necessária à segurança do juízo para aferição da tempestividade recursal, requisito objetivo de admissibilidade dos recursos.

Nestas condições, não há como admitir a substituição da certidão de intimação da decisão agravada, de expressa exigência legal, pelo mencionado documento.

As ponderações supra encontram eco em diversos precedentes da Terceira e Quarta Turmas: REsp n. 205.475, Terceira Turma, minha relatoria, DJ 11.09.2000; REsp n. 334.780-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 09.09.2002; AgRg no REsp n. 619173-SP, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 06.12.2004; e REsp n. 504.617-SP, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19.04.2004.

Forte em tais razões, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para reconhecer a intempestividade.

RECURSO ESPECIAL N. 687.322-RJ (2004/0137036-6)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrentes: Lea Boechat dos Santos e outro

Advogados: Paulo Fontenelle e outros

Recorrida: De Plá Material Fotográfico Ltda

Advogados: Rodrigo Rocha de Souza e outros

EMENTA

Contrato de fiança. Relação entre o franqueador e franqueado. Lei n. 8.955/1994. Código de Defesa do Consumidor. Fiança. Exoneração.

1. A relação entre o franqueador e o franqueado não está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor.

2. Afastando o acórdão a existência de moratória com base na realidade dos autos e em cláusula contratual, não há espaço para acolher a exoneração da fiança, a teor das Súmulas ns. 5 e 7 da Corte, ademais da falta de prequestionamento dos dispositivos indicados no especial.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Castro Filho. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 09.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Lea Boechat dos Santos e Ricardo Macedo dos Santos interpõem recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Apelação Cível. Direitos Civil e Processual Civil. Ação de cobrança. Contrato de franquia. Relação de consumo. Fiança. Moratória. Exoneração do fiador. Inocorrência.

Não se acolhe tese de exoneração de fiança, por moratória concedida ao afiançado ou por tolerância por parte do credor, quando os fiadores são,



na verdade, pessoas naturais que representam a pessoa jurídica afiançada. O contrato de fiança não se insere dentre as relações de consumo, pois seus elementos característicos e, bem assim, seu objeto, não se amolda ao tipificado no art. 3º da Lei n. 8.078/1990. Logo, não incidem as limitações do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Multas estipuladas no contrato que não padecem de qualquer nulidade, não existindo proibição de cumulação de cláusula penal com cláusula que prevê multa moratória, desde que a primeira constitui pré-fixação de perdas e danos. Aquele que deu causa ao descumprimento do ajuste — assim como seu garante — deve suportar as conseqüências, nos termos em que firmado o negócio jurídico. Sentença reformada. Recurso do demandante provido. Improvimento do recurso dos demandados.” (Fl. 175)

Sustentam os recorrentes violação dos arts. 1.503, inciso I, e 1.483 do Código Civil de 1916, haja vista que “ao pretexto de que os fiadores são sócios da afiançada, o Tribunal resolveu não exonerá-los da garantia” (fl. 183) e que “o Código não previu a hipótese de manutenção da fiança, diante moratória, se os fiadores fossem sócios da empresa afiançada. Portanto, se a egrégia Câmara introduz essa interpretação, o faz extensivamente.” (Fl. 183)

Afirmam que “por um triênio, sócios ou não, não tiveram contra si qualquer interpelação, e, obviamente, nos termos do inciso I, do art. 1.503, acima, citado, estavam desobrigados da garantia.” (Fl. 182)

Alegam ofensa ao art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.078/1990, uma vez que, “se a franquiada (*sic*), para exercer sua atividade, só pode lidar com produtos e serviços fornecidos pela franquidora (*sic*), a relação entre ambas é regulada pelo” (fl. 183) referido dispositivo legal, “como assinalado pela sentença de primeira instância.” (Fl. 183)

Contra-arrazoado (fls. 188/199), o recurso especial (fls. 181/184) não foi admitido (fl. 201), tendo seguimento por força de agravo de instrumento provido (fls. 76/77 apenso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): A empresa recorrida ajuizou ação de cobrança de débitos decorrentes de contrato de franquia, sendo os réus qualificados como fiadores e principais pagadores, distribuída por dependência com ação ajuizada contra a franqueada Carori Comércio de Materiais Fotográficos Ltda.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os réus ao pagamento de R\$ 115.965,09, mais multa de 2% desde a citação, correção monetária e juros de mora de meio por cento ao mês, nos termos da Lei n. 9.069/1995. O Juiz afirmou que “os réus, inclusive, ainda que com simples e puras alegações sobre a forma dos cálculos, na verdade reconhecem a existência do débito.” (Fl. 131)

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proveu a apelação da autora para considerar que as multas “estipuladas contratualmente, constatada a quebra do negócio jurídico, são válidas e devem ser suportadas por quem deu causa à infração contratual. No caso, aquelas consignadas nas cláusulas 14.2 e 14.2.1 representam, respectivamente, pré-fixação de perdas e danos e multa moratória, inexistindo qualquer impedimento à sua cumulação” (fl. 179), com termo inicial do evento, nos termos do art. 960 do Código Civil. Para o Tribunal local, não há relação de consumo.

O especial começa por assinalar que os recorrentes são fiadores de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, “franquiada da Recorrida, e eram sócios da mesma. A franquiadora, locatária de determinado imóvel, promove a sublocação do mesmo para a franquiada, estabelecendo, com ela, simultaneamente a franquia, que, no caso, consiste na revelação de filmes, na venda de filmes e produtos repassados com exclusividade pela autora da ação, sendo que a revelação e cópia de filmes só podem ser feitas com produtos adquiridos na franquiadora” (fl. 182). Em seguida, afirma que não se discute nos autos o fato de a franqueadora ter permanecido por três anos sem cobrar a franquia, sendo que somente depois desse tempo é que foi a franqueada interpelada e citada para a presente ação. Asseveram que os recorrentes argüiram a exoneração da fiança nos termos do art. 1.503, I, do Código Civil de 1916, não cabendo interpretar o contrato de fiança extensivamente nos termos do art. 1.483 do mesmo Código. O julgado rechaçou a exoneração porque os fiadores eram sócios da franqueada. Ocorre que essa interpretação é incorreta porquanto estavam desobrigados da fiança diante daquele fato da ausência de cobrança da franquia. Por fim, assinalam que a relação entre a franqueada e a franqueadora está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor.

Examino logo a questão trazida no especial sobre a exoneração da fiança, pretendendo que esta não pode ser interpretada extensivamente, nos termos dos arts. 1.503, I, e 1.483 do Código Civil de 1916. O acórdão afastou a impugnação considerando o art. 1.006 do Código Civil e afirmou que a obrigação dos fiadores não foi afastada em virtude de suposta moratória, relevando cláusula contratual. Vê-se que não cuidou nem do art. 1.503, I, nem do art. 1.483 do Código Civil.



Além disso, se o acórdão rechaçou a idéia da moratória com base na interpretação do contrato e na realidade dos autos, fica sem respaldo a impugnação em torno do art. 1.503, I, do Código Civil, além de estarem presentes as Súmulas ns. 5 e 7 da Corte. Assim, assinalo que nesse ponto o acórdão tratou do art. 1.006 do antigo Código que alcança a exoneração da fiança diante da existência de novação feita sem consenso com o devedor principal, que não é o caso destes autos. Mas o aresto mencionou a questão da moratória “supostamente concedida pela demandante no curso do contrato” (fl. 177) para concluir que a obrigação não estaria afastada em razão da cláusula 21, “anotando-se ainda que os fiadores, na espécie, são os representantes legais da afiançada. Logo tinham conhecimento de tudo aquilo que ocorreu durante a execução do contrato, não podendo agora, para se eximirem da obrigação, alegar seu desconhecimento” (fls. 177/178). A referência à cláusula 21 deve-se a nela constar que a “tolerância quanto a quaisquer eventuais infrações do presente contrato não constituirá novação ou renúncia dos direitos que são conferidos a ambos os contratantes.” (Fl. 36)

Com isso, como dito antes, além de presente a interpretação do contrato feita pelo acórdão, que tem guarida na Súmula n. 5 da Corte, o fato é que o julgado não identificou a existência de moratória, considerando a realidade dos autos, deixando flácida a argumentação do especial, presente a Súmula n. 7 da Corte, ademais da falta de prequestionamento.

O que se vai examinar, como tema central, é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre o franqueado e o franqueador. Não se questiona aqui a relação entre o franqueado e os seus clientes.

Esse é um tema desafiador, porquanto se tem desenvolvido quase sempre à sombra do conceito de destinatário final, sem considerar, como adverte a notável jurista Cláudia Lima Marques, que “pode ser importante para as nossas conclusões saber que as normas do CDC são aplicáveis, por lei, a pessoas que em princípio não poderiam ser qualificadas como consumidores *stricto sensu*” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, 5ª ed., 2006, p. 318). E, ainda, sem relevar o conceito de vulnerabilidade (art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor), pedra angular para as decisões envolvendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. É certo que a orientação desta Corte, em várias oportunidades, tem acolhido o que se pode chamar de interpretação finalista extensiva procurando aplicar o Código de Defesa do Consumidor na área dos contratos de adesão conjugando a prova da vulnerabilidade com o conceito de destinatário final.

O critério fundamental, sem dúvida, para a melhor identificação da existência de relação de consumo é o da vulnerabilidade, nas suas diversas projeções, porque permite enlaçar o Código de Defesa do Consumidor com a teoria

moderna dos contratos que finca raízes mais fortes na boa-fé e na destinação social. Não é por outra razão que o Código Civil de 2002, diferentemente do anterior, consagra as duas primeiras normas ao tema, dispondo no art. 421 que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, e, no art. 422, que os “contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” e, ainda, no art. 423, que a existência de cláusulas ambíguas ou contraditórias em contratos de adesão conduz a uma interpretação mais favorável ao aderente, o que também está previsto no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Isso quer dizer que o novo Código Civil pôs a disciplina dos contratos também sob a égide de princípios que estão entranhados no Código de Defesa do Consumidor para proteger o consumidor. Modernamente, portanto, seja no regime do Código Civil seja no regime do Código de Defesa do Consumidor, há proteção específica para assegurar o necessário equilíbrio contratual partindo-se do pressuposto de que o contrato não pode ser instrumento de proteção a uma das partes contratantes em detrimento da outra. Dessa forma, poder-se-á considerar no exame dos contratos sob o ângulo do Código Civil aquelas regras estabelecidas no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor que cuida das cláusulas abusivas, sem perder de vista o conceito de vulnerabilidade como base para a identificação da relação de consumo, com menor peso, portanto, para o conceito de destinatário final, levando-se em conta o que dispõe o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa direção, veja-se mais uma vez a lição de Cláudia Lima Marques:

“Certo é que a ‘vulnerabilidade’, no dizer de Antônio Hermann Benjamin, é a ‘peça fundamental’ do direito do consumidor, é o ‘ponto de partida’ de toda sua aplicação aos contratos. Em se tratando de vulnerabilidade fática, o sistema do CDC a presume para o consumidor não-profissional (o advogado que assina um contrato de locação abusivo porque necessita de uma casa para a sua família perto do colégio dos filhos), mas não a presume para o profissional (o mesmo advogado que assina o contrato de locação comercial abusivo, para localizar o seu escritório mais próximo do fórum), nem a presume para o consumidor pessoa jurídica (veja art. 51, I, *in fine*, do CDC). Isto não significa que o Judiciário não possa tratar o profissional de maneira ‘equivalente’ ao consumidor; se o profissional efetivamente provar a sua vulnerabilidade, que levou ao desequilíbrio contratual” (*op. cit.*, p. 335).

A prevalência há de ser, portanto, um adequado balanceamento entre os conceitos de vulnerabilidade e de destinatário final, aquele sempre dependente da prova existente e o fato de não ser possível ampliar sem lastro a aplicação



do Código de Defesa do Consumidor. De fato, assim deve ser pela só razão de que o direito civil geral, ou seja, aquele que está subordinado ao Código Civil, e o direito civil especial, assim, aquele que está ao alcance do Código de Defesa do Consumidor, devem ser preservados para garantir a pureza da relação de consumo, já agora considerando que aquele que não pode ser configurado como consumidor encontra no Código Civil de 2002 uma proteção contratual que tem ampla conexão com o Código de Defesa do Consumidor. Diria, até mesmo com risco de exagero, que o direito civil geral moderno está inspirado na cláusula geral de boa-fé que o Código de Defesa do Consumidor elegeu como fonte imperativa para a identificação das cláusulas abusivas. Há, portanto, um ingrediente de excepcional relevância para a sociedade moderna que é o encontro dos contratos no mesmo leito da proteção do contratante mais fraco na relação, mas, ao mesmo tempo, porque a noção de boa-fé não é unilateral, protegidas as partes contratantes sempre por esse salutar princípio que deve estar na raiz de todas as relações humanas. A diferença substancial reside na circunstância de que o direito civil geral já agora parte do pressuposto de que a liberdade de contratar tem limite na função do contrato e na interpretação mais favorável ao aderente quando se trate de contrato de adesão diante de cláusulas ambíguas e contraditórias. Não se diga que há distância entre o conceito de cláusula abusiva, consagrado no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, e este de cláusula ambígua ou contraditória. E isso pela só razão de que, tecnicamente, a disposição do Código Civil é mais ampla, mas, em contrapartida, não é causa de nulidade, facultando, apenas, a interpretação mais favorável ao aderente, enquanto no art. 51, caracterizada a cláusula abusiva em contratos relativos ao fornecimento de produtos e serviços, torna-se imperativo reconhecer a nulidade. Ocorre que em ambas as situações a finalidade da regra é garantir a igualdade de contratar e, por conseqüência, o equilíbrio das partes na relação contratual. Em certa medida, essa circunstância benfazeja de pôr o direito civil geral no rumo mais moderno da relação contratual, isto é, que os contratos estarão protegidos contra a disparidade das partes contratantes, estabilizados por sua função social e pela cláusula da boa-fé, que está presente também como critério para a interpretação dos negócios jurídicos (art. 113 do Código Civil). Nessa matéria, considerando a confluência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, é necessário ter presente que o primeiro, em matéria contratual, como mostra Cláudia Lima Marques, “representa a evolução do pensamento jurídico para uma teoria contratual que entende o contrato em termos de sua função social”, sendo que “o problema é o desequilíbrio de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I) é o pólo mais fraco da relação, pois não pode discutir o conteúdo do contrato ou a informação recebida; mesmo que saiba que determinada

cláusula é abusiva, só tem uma opção, ‘pegar ou largar’, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este equilíbrio fático de forças nas relações de consumo é a justificativa para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente” (Cláudia Lima Marques, Antonio Hermann V. Benjamin e Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, RT, 2ª ed., 2006, p. 85/86).

Extraí-se aqui, pelo menos na minha convicção, que o tratamento das relações contratuais a partir do Código Civil de 2002 está bem harmonioso seja no campo especial do consumo seja no campo geral das práticas negociais em geral. Tanto em um como em outro, a proteção à parte vulnerável está presente, havendo, sem dúvida, distinções em muitos aspectos como, por exemplo, no das presunções sobre a vulnerabilidade. Mas o que é importante salientar é que a interpretação dos contratos não necessita mais buscar o abrigo do Código de Defesa do Consumidor para proteger o equilíbrio de forças entre as partes contratantes, porquanto o Código Civil tem suficiente instrumento técnico para calçar as decisões judiciais que ao longo do tempo foram construídas com esse sentido e alcance.

No contrato de franquia, são múltiplas as possibilidades negociais e dentro de cada espécie estão, por sua vez, embutidas diversas modalidades obrigacionais. Tem disciplina própria no direito positivo a Lei n. 8.955/1994. A definição legal é a de tratar-se de um “sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca e patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”.

É fácil perceber que a própria lei embute na chamada franquia empresarial várias modalidades obrigacionais, mencionando outros contratos que estão enlaçados com o de franquia, assim, o de uso de marca e patente, o de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, o de uso de tecnologia de implantação e administração de negócios. É um dos contratos tidos como complexos, porque prevê uma série de relações jurídicas entre o franqueador e o franqueado. E, ainda, diversos são os tipos de franquia, podendo ser de serviços, de produção, de distribuição e de indústria. Pelo menos na franquia de serviços existe a prestação de assistência técnica do franqueador ao franqueado, sem mencionar que nesses contratos há uma enorme variedade de exigências de qualidade e apresentação,



como, por exemplo, as relativas ao tipo de arquitetura que deve ser utilizada, ao de mobiliário, ao de embalagem. Inclua-se, ainda, a interferência direta do franqueador em matéria de *engineering*, que planeja e orienta a montagem da empresa franqueada, como mostra Arnoldo Wald (*Obrigações e Contratos*, Saraiva, 16ª ed., revista e atualizada por Semy Glanz, 2004, p. 686).

Como ensina Waldirio Bulgarelli, trata-se de “figura contratual atípica, decorrente de novas técnicas negociais, no campo da distribuição e venda de bens e serviços”. É, para o autor, “operação pela qual um comerciante, titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante”, sendo certo que o beneficiário, isto é, o franqueado, “fica preso à orientação e às imposições do cedente, geralmente justificadas também ingenuamente pela idéia da transferência de *know how*” (*Contratos Mercantis*, Atlas, 13ª ed., 2000, p. 529).

Anote-se que a lei especial de regência estabelece que para a formação do contrato de franquia, o franqueador “deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma Circular de Oferta de Franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível”, especificando quais as informações que deve conter tanto com relação ao franqueador como ao franqueado, incluído o fornecimento do contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, “com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade” (art. 3º), sendo que deverá ser entregue ao candidato “pelo menos 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ligada a este” (art. 4º, *caput*). Se não for cumprida exigência legal, “o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir a devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança e mais perdas e danos” (art. 4º, parágrafo único), aplicando-se igual sanção no caso do franqueador veicular “informações falsas na sua Circular de Oferta de Franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis” (art. 7º).

A existência de contrato-padrão, ou seja, tecnicamente, contrato de adesão, pode induzir uma apressada conclusão para considerar o contrato de franquia subordinado ao Código de Defesa do Consumidor. O que se diz nessa direção é que esse contrato pode conter cláusulas abusivas o que daria ensejo à aplicação do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, não creio que isso seja suficiente. Não se deve esquecer que o capítulo sobre a Proteção Contratual no Código de Defesa do Consumidor começa por estabelecer que os “contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento

prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance” (art. 46).

Assim, o que se deve identificar em primeiro plano é se há relação de consumo entre o franqueador e o franqueado. Pode-se equiparar o franqueado ao consumidor?

Mesmo na perspectiva dita “maximalista”, ou seja, aquela que adota um conceito mais ampliado para fazer do Código de Defesa do Consumidor um código aplicável não apenas ao consumidor não-profissional, atingindo um número cada vez maior das relações de mercado, não creio que se possa responder positivamente. Vejamos.

Primeiro, não me parece que o franqueado tenha condições técnicas de se enquadrar como destinatário final, nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Adotado o conceito de destinatário final como aquele que retira o bem do mercado, encerrando o circuito produtivo, englobado ainda aquele que o utiliza para seu trabalho profissional, no contexto de uma interpretação dita “finalista extensiva”, não se pode afirmar que o franqueado seja o destinatário final da franquia. É que, realmente, o objeto do contrato é exatamente a passagem da franquia do titular para o mercado de consumo, utilizando a rede de franqueados, que, de fato, são substitutos daquele junto ao mercado, sob quaisquer das suas modalidades. Poder-se-ia cogitar de separar no contrato de franquia algumas modalidades obrigacionais que dariam azo a que se introduzisse a figura do consumidor à luz do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, como, por exemplo, no caso da franquia de serviços de assistência técnica do franqueador ao franqueado. Mas não creio que se possa chegar a tanto pela natureza do próprio contrato de franquia, que põe o uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição e de tecnologia ao alcance do franqueado com vistas ao mercado consumidor, embora deva ser considerado que embaixo outros contratos possam existir como o de locação de imóvel e de cessão de direitos. No contrato de franquia, dá-se uma transferência do direito de uso do sistema inerente à franquia conforme o tipo de franquia, sendo o franqueado claramente um elo na cadeia de consumo entre o franqueador e o consumidor. A relação entre eles não é de consumo. Esta Corte, Relator o Ministro Franciulli Netto, assinalou que o contrato de franquia “não se confunde com nenhum outro contrato, porquanto possui delineamentos próprios que lhe concederam autonomia. Ainda que híbrido, não pode ser configurado como a fusão de vários contratos específicos”. E mais:

“Por ser um contrato autônomo e complexo, não há falar tão-somente na cessão de marca ou da prestação de serviços, de forma isolada. Ocorre, em verdade, um conjunto de atividades abarcadas pelo contrato de



franquia, sem que se possa conceber a preponderância de uma atividade em detrimento de outra. Permitir a primazia da cessão de marca em face da prestação de serviço, *data maxima venia*, significa transformar o contrato de franquia em contrato de locação. Seguindo esse raciocínio, conceder preeminência à prestação de serviços em face da cessão de marca importa em transfigurar o contrato de franquia em contrato de prestação de serviços.” (REsp n. 403.799-MG, Segunda Turma, DJ 26.04.2006)

Segundo, não enxergo fundamento suficiente para pôr o franqueado na cobertura do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor. Embora o pressuposto da equiparação seja a mera exposição às práticas comerciais previstas, o contrato de franquia obedece ao disposto em legislação especial que regula estritamente a formação do contrato e regula as sanções possíveis. Em tal cenário, o que se deve aplicar subsidiariamente não é o Código de Defesa do Consumidor que também é lei especial sobre relações de consumo, mas, sim, o Código Civil que é a legislação matriz da disciplina contratual. Transplantar para o Código de Defesa do Consumidor um contrato regulado por lei especial e que contém regras jurídicas próprias sobre a formação do contrato, com sanções específicas, não me parece da melhor técnica.

Por outro lado, valeria analisar a perspectiva da aplicação do art. 29 sob o ângulo da vulnerabilidade do franqueado diante do franqueador. É que a jurisprudência pode, em determinado momento, relevar esse aspecto, entendendo ser necessário proteger o franqueado da prática abusiva, melhor dizendo, do abuso do poder econômico, como foi o caso, por exemplo, da cobertura do comerciante mais fraco em contrato de distribuição de bebidas. Tome-se o acórdão desta Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andriighi, em que se afirmou que a “relação jurídica qualificada por ser de ‘consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro”, tudo com os olhos postos na necessidade de manter o equilíbrio contratual, destacando, porém, que a “jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.” (REsp n. 476.428-SC, DJ 09.05.2005)

Todavia, não creio que seja possível aplicar o precedente no que diz com o contrato de franquia. É que a fragilidade não existe quando se sabe que o franqueador tem obrigações definidas na lei para a concessão da franquia, com indicação precisa das obrigações que assume e que o franqueado deve assumir. Ademais, o franqueado dispõe, por expresse comando legal, da Circular de

Oferta de Franquia, a ser oferecida em linguagem clara e acessível, indicando, dentre outras condições, o total do investimento inicial, o valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento, informações sobre os pagamentos ao franqueador ou a terceiros, a remuneração pelo uso do sistema, da marca ou troca de serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado, aluguel de equipamento ou ponto comercial, além do modelo de contrato-padrão, com texto completo. Isso, na minha compreensão, enquadrando-se todos os contratos no regime da boa-fé, conduz a comportamento que não se compadece com posterior imputação da existência de cláusulas abusivas. Se não houvesse lei com esse regramento tão minucioso, claro, capaz de levar as partes contratantes a saber com antecedência o que se vai contratar e em que condições seria possível até imaginar que o franqueado teria condições de invocar que foi atingido por prática abusiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. Veja-se que Cláudia Lima Marques, essa arquiteta desbravadora da proteção do consumidor no Brasil, mostra que a idéia básica do art. 29 “é a imposição de um patamar mínimo de lealdade e boa-fé objetiva” (Cláudia Lima Marques, Antonio Hermann V. Benjamin e Bruno Miragem, Código de Defesa do Consumidor Comentado, RT, 2ª ed., 2006, p. 452). A boa-fé opera na reciprocidade, sendo claro que aquele que contrata sabendo com antecedência aquilo que contrata, não sendo pessoa fora do mercado, hipossuficiente, ou ignorante da prática comercial da área que vai contratar, subordinado a uma lei especial que define a formação do contrato e as condições prévias da contratação, não pode invocar a proteção do Código de Defesa do Consumidor. Não se trata nem de relação de consumo, nem de consumidor, nem, no meu entender, de equiparação a consumidor. E, o que me parece relevante, não há falar em tal situação na existência de prejuízo indireto ao consumidor.

Não é, portanto, caso de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Com tais razões, não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 710.471-SC (2004/0177281-3)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Erni Rosiane Pereira Muller e outros, Flavio Queiroz Rodrigues

Recorrido: Hamilton Serafim da Silva

Advogado: Aliatar Farias de Medeiros



EMENTA

Cautelar de exibição de documentos. Depósitos populares. Conta-poupança. Prescrição. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 2.313/1954.

Diz o art. 2º, § 1º, da Lei n. 2.313/1954 que a ação para reclamar os créditos dos depósitos populares de poupança é imprescritível, afastando-se a incidência dos arts. 177 e 178, § 10, III, do CCB/1916.

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, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, a Srª. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 04.12.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Hamilton Serafim da Silva, ora recorrido, ajuizou ação cautelar de exibição de documentos para determinar à Caixa Econômica Federal a exibição de extratos da conta-poupança aberta, em 1936, para depósito da indenização pela morte de seu pai.

O autor disse que seu pai faleceu em acidente ferroviário em 1935, deixando uma indenização à sua família. Mas, ao contrário de seus irmãos, o autor jamais sacou sua parcela, não tendo a Caixa Econômica Federal, ora recorrente, prestado contas sobre os depósitos.

A cautelar foi julgada procedente para, com base no art. 359, II, do CPC, “considerar como verdadeiros os fatos narrados na inicial.” (Fl. 97)

O acórdão está resumido nesta ementa:

“Cautelar de exibição de documentos. Conta-poupança. Prescrição. Inocorrência.

Em se tratando de depósitos populares, o art. 2º, § 1º, da Lei n. 2.313/1954, diz serem os mesmos imprescritíveis, havendo precedentes

oriundos destas Corte reconhecendo o direito de o autor reclamá-los, querendo a parte autora, em ação própria. Conforme o art. 358, I, do CPC o Juiz não admitirá a recusa ‘se o requerido tiver obrigação legal de exhibir’, bem como, por decorrência e com espeque no art. 359, II, deverá admitir como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar ‘se a recusa for havida por ilegítima.’” (Fl. 117)

No recurso especial, a ora recorrente queixa-se de ofensa aos arts. 3^ª, 6^ª e 267, do CPC, além dos arts. 177 e 178, § 10, III, do CCB/1916. Aponta divergência jurisprudencial.

Alega, em resumo, que:

a) o ora recorrido carece de ilegitimidade;

b) o Banco Central do Brasil é solidariamente responsável pela prestação dos depósitos pleiteados;

c) o Tribunal *a quo*, ao não reconhecer a prescrição — seja quinquenal, seja vintenária — teria contrariado lei federal;

d) “trata-se de depósito de coisa fungível — o dinheiro — que nesta condição, nos termos do art. 1.280 CC/1916 (v. 645 CC/2002), receberá a mesma regulação destinada ao contrato de mútuo (v. art. 1.256 CC/1916, reproduzido pelo CC/2002 em seu art. 586). Desta forma, ficam afastadas as disposições referentes ao contrato de depósito nesta modalidade de contrato (...)” (Fl. 136)

e) ainda que não estivesse prescrita, “diante de tal evolução monetária e dos diversos planos econômicos que se sucederam, acertado concluir que os alegados valores depositados, expostos as intempéries econômicas que se deram no país, restaram dizimados no lapso temporal transcorrido desde o longínquo ano de 1973.” (Fl. 139)

Contra-razões às fls. 145/158. Recurso admitido na origem. (Fl. 159)

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Com exceção da suposta prescrição, nenhum dos temas apontados pela ora recorrente foram objeto, sequer implicitamente, de discussão na formação do acórdão recorrido. Ausente o prequestionamento. Incide a Súmula n. 211.

O tema objeto deste recurso limita-se à suposta ofensa aos arts. 177 e 178, § 10, III, do CCB/1916.



A ação supostamente prescrita não envolve diferenças de juros ou correção monetária, mas a própria existência dos depósitos que, apesar de comprovados pelo ora recorrido, não foram localizados pela CEF.

As instâncias ordinárias concluíram pela aplicação dos arts. 358, I, e 359, II, do CPC, já que, “imprescritíveis os depósitos, evidente que se mantém a obrigação quanto aos documentos que lhes correspondem, motivo pelo qual é absolutamente ilegítima a recusa à exibição dos mesmos pela requerida.” (Fl. 195)

De plano, afasto a prescrição quinquenal, pois, como dito, não é o caso dos autos. Veja-se:

“Art. 178. Prescreve:

(...)

10. Em 5 (cinco) anos:

(...)

III - Os juros, ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos.”

A regra a ser aplicada é a do art. 2º, § 1º, da Lei n. 2.313/1954, que diz serem os créditos dos depósitos populares de poupança imprescritíveis, para se reclamar sobre os seus prejuízos, e que afasta, no caso, a aplicação do art. 177 do CCB/1916. Transcrevo:

Art. 2º Os créditos resultantes de contratos de qualquer natureza, que se encontrarem em poder de estabelecimentos bancários, comerciais e industriais e nas Caixas Econômicas, e não forem reclamados ou movimentadas as respectivas contas pelos credores por mais de 25 (vinte e cinco) anos serão recolhidos, observado o disposto no § 2º do art. 1º ao Tesouro Nacional e aí escriturados em conta especial, sem juros, à disposição dos seus proprietários ou de seus sucessores, durante 5 (cinco) anos, em cujo termo se transferirão ao patrimônio nacional.

§ 1º *Excetua-se do disposto neste artigo os depósitos populares feitos nos estabelecimentos mencionados, que são imprescritíveis e os casos para os quais a lei determine prazo de prescrição menor de 25 (vinte e cinco) anos.*

Nego provimento ao recurso especial ou, na terminologia da Turma, dele não conheço.

RECURSO ESPECIAL N. 731.967-MA (2005/0039489-1)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Telemar Norte Leste S/A
Advogados: Carlos Eduardo Cavalcanti e outros
Recorrida: Delmira da Silva Porto
Advogados: Décio Helder do Amaral Rocha e outros

EMENTA

Interrupção do serviço telefônico. Alto Parnaíba. Culpa exclusiva de terceiro. Reexame de provas. Súmula n. 7. Dano moral. Inexistência. Mero dissabor.

Simples deficiência do serviço telefônico não acarreta dano moral. Para que isso ocorra é necessário que o mau funcionamento seja causa de vexames ou angústias.

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 Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedida a Sr^a. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 04.12.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Delmira da Silva Porto, ora recorrida, propôs ação de indenização por danos morais contra Telemar Norte Leste S/A, ora recorrente, tendo em vista a má prestação do serviço de telefonia no Município de Alto Parnaíba-MA, pela concessionária ré.

A sentença julgou procedente a demanda, condenando a ré a pagar R\$ 3.000,00 a título de danos morais.



A demandada apelou para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que deu parcial provimento para reduzir o valor da indenização para R\$ 1.500,00, em acórdão assim ementado:

“(…)

I - Assiste ao consumidor o direito de reclamar em juízo a indenização por danos decorrentes da prestação deficiente do serviço público de telefonia, tendo como causa freqüentes interrupções na comunicação.

II - Cabe à concessionária de serviço público tomar as medidas necessárias para assegurar ao consumidor a prestação adequada e contínua dos seus serviços, evitando que fatores externos, reiterados e previsíveis, interrompam o seu regular fornecimento.

III - A fixação do *quantum* em indenização por danos morais deve ater-se a critérios razoáveis, pois se presta à reparação do prejuízo sofrido, não servindo de fonte de enriquecimento da outra parte.

IV - apelo provido parcialmente.” (Fl. 122)

Opostos embargos de declaração. Foram rejeitados.

A recorrente alega ofensa aos arts. 6º, VI e X, 14, § 3º, II, 20 e 22, do CDC, além de divergência jurisprudencial. Sustenta a configuração de excludente de responsabilidade ante a culpa exclusiva de terceiro e que a pane telefônica durante alguns dias vislumbra apenas mero aborrecimento e não pode ser reputado como dano moral.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O Tribunal *a quo*, com base nas provas dos autos, afastou a culpa de terceiro e afirmou que a ora recorrente não adotou todas as providências cabíveis e necessárias, como a aquisição de equipamentos mais resistentes às constantes quedas de energia, a fim de minimizar as paralisações do serviço de telefonia.

Assim, o exame da pretensão, a fim de constatar a culpa exclusiva do fornecedor de energia elétrica, demandaria necessariamente o reexame de provas, o que é vedado em sede de especial. Incide a Súmula n. 7.

Quanto ao cabimento de indenização por dano moral, o acórdão recorrido está em desacordo com a jurisprudência do STJ. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem a sofre.

O desgaste que a recorrida alega ter sofrido em virtude de interrupção frequente e deficiência do serviço de telefonia no Município de Alto Parnaíba-MA está mais próximo do mero aborrecimento do que propriamente de gravame à sua honra.

Apesar da obrigação de a recorrente prestar o serviço com continuidade, sem paralisações injustificadas, o aborrecimento pelo não-funcionamento do telefone não induz, automaticamente, a configuração de ofensa moral. (REsp n. 599.538/Cesar)

Cite-se, ainda, o seguinte precedente:

“(...) O tão-só fato da interrupção dos serviços telefônicos não é o bastante para automaticamente inferir-se a ocorrência do alegado dano moral à pessoa jurídica. Necessidade de prova específica a respeito. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 299.282/Sálvio)

Dou provimento ao recurso especial, para excluir a condenação por danos morais. Invertidos os ônus da sucumbência.

RECURSO ESPECIAL N. 772.103-SC (2005/0128176-2)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrentes: Banco Mercantil de São Paulo S/A — Finasa e outro

Advogados: José Francisco Pinha e outros

Recorrido: Jorge Locks

Advogados: Dilvanio de Souza e outro

EMENTA

Ação de indenização. Incompetência da Justiça estadual. Princípio da identidade física do Juiz. Depressão. Síndrome do pânico. Exercício de função estressante. Nexó de causalidade.

1. Existindo sentença, a competência permanece na Justiça Estadual na linha de precedente da Corte (CC n. 51.712-SP Segunda Seção, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ 14.09.2005).

2. Havendo transferência do Juiz para outra Vara, admite-se seja a sentença proferida pelo substituto.



3. Está no âmbito do especial, como questão jurídica, o exame do nexa causal, considerada a base fática posta nas instâncias ordinárias. Transtornos de humor e de ansiedade são inerentes ao trabalho exercido por muitos profissionais, mas que não geram a obrigação de indenizar sem que se identifique o laço causal entre o ato ilícito do empregador e a patologia, neste caso, inexistente.

4. 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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sr^a. Ministra Nancy Andriighi.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 30.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Banco Mercantil de São Paulo S/A e outro interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

“Processual Civil. Preliminar de incompetência da Justiça Comum Estadual. Responsabilidade civil por acidente de trabalho. Preliminar afastada.

A ação de reparação de danos contra o empregado por acidente do trabalho é matéria afeta à responsabilidade civil e, portanto, de competência da Justiça Comum Estadual.”

“Preliminar. Princípio da identidade física do juiz. Inviabilização da prestação jurisdicional. Magistrado que preside audiência de instrução e julgamento. Transferência para outra vara da mesma comarca. Art. 132 do CPC. Desvinculação.

‘A vinculação do Magistrado que presidiu audiência de instrução e julgamento finda com sua transferência para outra Vara, ainda que na mesma

Comarca, mormente quando as alegações finais foram apresentadas por memoriais, recebidos após a saída do Julgador daquela unidade jurisdicional. O princípio da identidade física do Juiz encontra limite no princípio da investidura, e, ainda, deve ser ponderado com a realidade prática procedimental'. (Conflito de competência n. 96.012091-2, da Capital, Relator Desembargador Orli Rodrigues)."

"Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Culpa da empresa demonstrada. Obrigação de reparar.

'Os depoimentos colacionados aos autos transparecem a falta de supervisão e cautela por parte do empregador no dever de primar pelo sadio ambiente de trabalho, deixando de tomar as medidas cabíveis a fim de preservar a integridade física e psíquica de seus trabalhadores (...).

Não demonstrada a culpa exclusiva da vítima, cabe ao empregador a obrigação de reparar o dano advindo de acidente do trabalho, *ex vi* do art. 7º, XXVIII, da CF/1988'. (Embargos Infringentes n. 01.009961-6, de Chapecó, Relator Desembargador Carlos Prudêncio)."

"Pensão mensal vitalícia. Valor correspondente a depreciação sofrida pela vítima. Invalidez total. Pensão correspondente a 50% do salário.

O art. 1.539 do Código Civil determina que: 'Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu'.

Levando em consideração que o autor está totalmente incapacitado para o trabalho, uma vez que é portador da moléstia Neurose Depressiva com ocorrência de defesas fóbicas 'Síndrome do Pânico' e foi aposentado por invalidez em ação acidentária proposta contra o INSS, mostra-se adequado o pagamento de uma pensão mensal correspondente a 50% do último salário percebido por este."

"Dano moral. Gravidade da moléstia. Síndrome do pânico. *Quantum* indenizatório. Caráter penalizante e peculiaridades do caso.

O dano moral deve ser arbitrado de acordo com as peculiaridades do caso vertente, devendo-se levar em conta ainda o caráter penalizante da pena. Da mesma forma, a indenização não pode ficar num patamar tão baixo que dê a entender que a vítima não possui dor moral, ou que sua moral valha muito pouco. Considerando que o autor é portador da moléstia



denominada síndrome do pânico, que lhe causam tonturas, suor excessivo, agulhadas na cabeça, dor no peito, dificuldade de concentração, má alimentação e muita dificuldade de convivência em sociedade, a verba indenizatória a este título deve ser majorada para o equivalente a 100 (cem) salários mínimos.” (Fls. 339/340)

Sustentam os recorrentes, preliminarmente, apontando dissídio jurisprudencial, a incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual em virtude da matéria, afirmando ser competente para julgar a lide em questão a Justiça do Trabalho.

Alegam violação do art. 132 do Código de Processo Civil, uma vez que “o processo foi sentenciado por *magistrado substituto que não presidiu a audiência de instrução e julgamento e sem que tenha ocorrida quaisquer das hipóteses previstas no mencionado dispositivo legal.*” (Fl. 377)

Aduzem afronta ao art. 159 do Código Civil de 1916, pois “o v. acórdão não demonstra a culpa do empregador em relação a doença adquirida pelo recorrido, nem o nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do recorrente.” (Fl. 378)

Asseveram negativa de vigência do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, haja vista tratar-se “de indenização baseada no art. 159 do Código Civil de 1916, sendo portanto, indenização por ato ilícito, onde houve a condenação ao pagamento de pensão vitalícia, deve o percentual arbitrado (15%) ser calculado *somente* sobre as parcelas vencidas e as 12 vincendas e *não* sobre o valor total da condenação.” (Fl. 383)

Apontam dissídio jurisprudencial, colacionando julgados, também, desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 567/570), o recurso especial (fls. 368/384) foi admitido. (Fls. 600/601)

Houve recurso extraordinário (fls. 473/481), admitido. (Fls. 603/604)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O recorrido ajuizou ação de indenização alegando que foi admitido na primeira ré em 02.05.1977 e em 1º.10.1978 foi promovido a chefe de contabilidade, sendo transferido para a segunda ré em 1º.10.1981, sem que tenha havido rescisão contratual. Em 1º.04.1982 foi transferido para Curitiba na função de chefe do serviço regional, fazendo viagens para Santa Catarina, Minas Gerais e Mato Grosso. Posteriormente, em 02.12.1982, voltou para a primeira ré e lá permaneceu até

1º.12.1983. Afirma que trabalhou por curtos períodos em outras cidades além de Canoas, até que foi demitido porque seu rendimento de trabalho caiu em virtude de seu grave estado de saúde. Assevera que a “ganância, a irresponsabilidade e desrespeito do empregador para com o trabalhador está estampada no comportamento desumano das requeridas, uma vez que demitiram o autor quando mais precisava dos respectivos apoios, a presente matéria já foi discutida na justiça especializada, oportunidade em que foi declarada a ilegalidade na demissão, uma vez que as requeridas, à época, nem mesmo esperaram o autor receber alta definitiva do Instituto Nacional do Seguro Social, que ocorreu em 17.11.1985 (conforme documentos juntados em anexo)” (fls. 3/4). Pede o pagamento em caráter vitalício do valor que percebia na data do afastamento, devidamente atualizado pelos índices da categoria, e demais benesses adquiridas pela classe profissional, a partir do afastamento, além do dano moral fixado no equivalente a 100 salários mínimos.

A sentença julgou procedente o pedido condenando as rés no pagamento de pensão mensal correspondente a 2/3 do último salário recebido pelo autor, excluído o valor da comissão, a partir da data de sua demissão (novembro de 1985), até que a vítima complete 65 anos, corrigido pelos índices da categoria a que fazia parte o autor. Ademais, condenou em danos morais no equivalente a 30 salários mínimos. Determinou a Juíza a constituição de capital referente à prestação mensal alimentícia.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina afastou as preliminares, negou provimento ao agravo retido, desproveu a apelação da instituição financeira e proveu a do autor para que a pensão mensal seja vitalícia e no valor de 50% do último salário do autor, incluída a comissão, majorando-se a indenização por danos morais para o equivalente a cem salários mínimos. Sobre a competência da Justiça do Trabalho, objeto do agravo retido, afastou-a porque não se trata de relação empregatícia. No que diz com a preliminar de nulidade da sentença em que se afirma que a competência é do Magistrado que presidiu a instrução e não da Juíza Substituta, afastou-a porque, “conforme Portaria n. 205/1999 da egrégia Presidência do Tribunal de Justiça, que se junta ao presente acórdão, a ora Magistrada foi designada para, a partir de 1º.06.1999, responder como cooperadora na 2ª Vara Cível desta comarca, tendo em vista a transferência do Dr. Rogério Mariano do Nascimento para outra Vara” (fl. 344). No mérito, entendeu que houve o ilícito, reproduzindo trecho da sentença em que se assinala que o “autor, em que pese não possuir estória de vícios e pela avaliação psiquiátrica possuir uma vida centrada na família e no trabalho, tinha uma predisposição, uma personalidade mais sensível que, somada a um ambiente hostil de trabalho, deu vazão a uma estafa mental que culminou em uma neurose depressiva” (fls. 346/347), com base



em laudo pericial produzido nos autos de ação de acidente do trabalho em que foram partes o autor e o INSS. Em seguida o acórdão afastou a compensação com o benefício previdenciário, fixou a pensão mensal em, 50% do último salário do autor mais a comissão para evitar perda e considerando que a limitação aos sessenta e cinco anos seria pertinente em caso de morte, devida por toda a vida do lesado, cabendo elevar a verba de dano moral para o equivalente a 100 salários mínimos diante da realidade dos autos que revela a total incapacidade do autor.

O especial começa por atacar o tema da incompetência absoluta da Justiça estadual, afirmando a competência da Justiça do Trabalho. Embora em tese tenha razão a instituição financeira, considerando a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal diante da Emenda n. 45/2004, o fato é que a sentença foi proferida em 22.06.1999 (fl. 242), no caso, aplica-se precedente da Corte, proferido na Segunda Seção, Ministro Barros Monteiro, no CC n. 51.712-SP DJ 14.09.2005, na mesma linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal (AgRg no AI n. 506.325-MG, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ 16.06.2006), ou seja, a competência é da Justiça do Trabalho quando não há sentença. No caso, sentença há, daí que afasto a alegada incompetência absoluta.

O segundo ponto do especial diz com o art. 132 do Código de Processo Civil. Aqui o óbice foi superado porque a Juíza foi designada como cooperadora e o Juiz que presidiu a audiência foi transferido para outra Vara na mesma Comarca. A nossa jurisprudência tem abrandado o princípio da identidade física do Juiz, admitindo a prolação de sentença pelo substituto até mesmo em caso de férias (REsp n. 262.631-RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 20.08.2001). Na nossa Turma, há precedente de que fui Relator indicando que “a simples designação do substituo e a ausência de prejuízo não são suficientes para afastar a incidência do dispositivo. A regra do princípio da identidade física do Juiz somente pode ser ultrapassada naqueles casos previstos, não em outros, já tendo sido um avanço, possibilitando melhor campo de interpretação, a redação dada pela Lei n. 8.673/1993, que acrescentou o afastamento por qualquer motivo” (REsp n. 398.971-GO, Terceira Turma, DJ 23.09.2002). Ora, neste caso há a indicação de que houve a transferência do Juiz para outra Vara, o que pode ser admitido dentro da regra do afastamento por qualquer motivo, a autorizar seja a sentença proferida pela substituta. Nesse sentido a Corte decidiu: REsp n. 192.823-RJ, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ 21.02.2000; REsp n. 547.662-AC, Relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 1ª.02.2005.

O terceiro ponto já alcança o mérito. A instituição financeira recorrente afirma que o acórdão “não demonstra a culpa do empregador em relação à doença adquirida pelo recorrido, nem o nexo de causalidade entre o dano e a

ação ou omissão do recorrente” (fl. 378). O acórdão, na verdade, limitou-se a repetir a sentença nessa parte da identificação da culpa. Essa, porém, contenta-se em afirmar genericamente que havia ambiente hostil de trabalho que levou a uma neurose depressiva, mencionando o acórdão mais adiante “que o autor é portador de moléstia denominada síndrome do pânico, que lhe causam tonturas, suor excessivo, agulhadas na cabeça, dor no peito, dificuldade de concentração, má alimentação e muita dificuldade de convivência em sociedade...”. (Fl. 351)

Veja-se que a sentença considerou o trabalho do autor por 12 anos, dedicando os melhores anos de sua vida, mas, ficando “confinado em escritório, viagens e transferências” (fl. 237), sendo certo que “ascendeu, relativamente, dentre o quadro profissional das rés e recebeu em troca de seus serviços a respectiva remuneração. Mas o pagamento de remuneração não deu o direito para que as rés sobrecarregassem até a extenuação a capacidade laborativa do autor” (fl. 237), sendo que para a sentença o “ponto nevrálgico da presente demanda não é o número de horas-extras, ou de transferências, etc., mas sim o que tais mandos e desmandos causaram na psique do autor.” (Fl. 238)

O tema merece pelo menos uma reflexão diante do precedente que se pode formar. É que, na verdade, a descrição da patologia do autor, neurose depressiva e síndrome do pânico, hoje está no catálogo da saúde mental posta na categoria de transtorno do humor e de transtorno da ansiedade.

É sabido que já no século V o médico bizantino Alexandre de Tralles descreveu pela primeira vez a enfermidade circular do humor e que Constantino, dito o Africano, no meado dos anos 1000, foi o fundador da primeira escola médica em Salerno, descrevendo os sintomas da depressão. É, portanto, matéria que se vem estudando faz tempo e que hoje encontra respostas terapêuticas alvissareiras a partir da clorpromazina, neuroléptico antipsicótico, introduzido pelos franceses Delay e Deniker, sendo certo que a história moderna da classificação dos transtornos de humor começou a ser delineada em 1899, por Emil Kraepelin, com a divisão em demência precoce, hoje esquizofrenia, e psicose maníaco-depressiva, hoje transtorno do humor.

Nas lições de Portella Nunes, João Romildo Bueno e Antonio Nardi (Psiquiatria e Saúde Mental, Atheneu, 1996), a “depressão é uma condição exclusivamente humana e, por conseguinte, seu diagnóstico se faz baseado nas características clínicas que evidenciam as alterações havidas no humor vital do indivíduo e que o levam a vivenciar alteração qualitativa de suas funções afetivas, cognitivas e intelectivas” (p. 120). E, ademais, “há risco relativo de um paciente deprimido desenvolver outra condição como, por exemplo, ataques de pânico” (p. 122). O transtorno de pânico, enquadrado na categoria dos transtornos de ansiedade,



por seu turno, tem como aspectos essenciais “ataques de ansiedade aguda e grave, recorrentes (ataques de pânico), os quais não estão restritos a qualquer situação ou conjunto de circunstâncias específicos. Principalmente o primeiro ataque é imprevisível e espontâneo. Duram menos de uma hora, quase sempre apenas alguns minutos, atingindo o máximo de intensidade em dez minutos” (p. 133).

Tanto na depressão como no ataque de pânico há diversas hipóteses etiológicas, assim, os fatores genéticos, os fatores psicossociais, os fatores biológicos. Com o desenvolvimento da farmacologia, sem falar na psicoterapia e na terapia cognitiva-comportamental, hoje é possível tratar com êxito esses transtornos. Em trabalho recente, Kelly Lambert e Craig Howars Kinsley mostraram a relação entre estresse e depressão afirmando que “ninguém pode negar que os eventos internos variam em resposta a condições ambientais. Qualquer um que já experimentou perda trágica pode verificar que um único evento externo pode instantaneamente colocar uma pessoa saudável e otimista em estado prolongado de depressão. O estresse prolongado também pode desencadear a depressão, assim como a mudança das estações”. E mostraram também que a terapia cognitivo-comportamental estabelecida por Aaron Beck e colaboradores na década de 1960, com eficácia clínica testada em 1977, tem obtido resultado significativo comparável ao tratamento com os antidepressivos, e, ainda, apresentando taxas mais baixas de recaídas, ou seja, as “taxas de recaída são mais baixas na TCC do que no tratamento com antidepressivos” (Neurociência Clínica — as bases neurobiológicas da saúde mental, Artmed, tradução de Ronaldo Cataldo Costa, 2006, p. 246 e 254/255). É matéria de alta complexidade que tem levado estudiosos a dedicar intermináveis horas de pesquisa para desvendar a mente humana e os caminhos para tornar a vida mais saudável.

O que chama atenção neste caso é exatamente isso. Veja-se que o acórdão admitiu a culpa da instituição financeira, ou seja, o ato ilícito do empregador, com base na sentença, sem maiores considerações. A sentença, por sua vez, entendeu que a prova documental não foi impugnada pela parte ré, destacando que se tratava de prova pericial produzida nos autos da ação de acidente do trabalho em que foram partes o autor e o INSS, concluindo o perito por afirmar o diagnóstico de neurose depressiva, com episódios de pânico, identificando que a “ansiedade produzida pelas situações difíceis que o examinando sofreu em sua atividade de trabalho provavelmente exacerbou as crises” (fl. 237), respondendo positivamente à pergunta sobre se o trabalho do autor tinha o condão de potencializar os sintomas ou doenças de que é possuidor o suplicante.

A causa apontada pela sentença, acolhida pelo acórdão, foi a de que o “pagamento de remuneração não deu o direito para que as rés sobrecarregassem

até a extenuação a capacidade laborativa do autor” (fl. 237), como já assinalado antes. Qual foi essa sobrecarga? As transferências de cidade em cidade, as “condições de trabalho particularmente agressivas para prover ao sustento de sua família deixando na empresa mais do que seu suor, sua saúde. Este mesmo empregado/autor em suas lides normais, fora da empresa, não convive mais em público, pois receia desfalecer. É portador da Síndrome do Pânico. Tem tonturas, sente o suor escorrer pelo corpo, sente agulhadas na cabeça. Sofre e ressentese de não ter sido compreendido pelas empregadoras...” (fl. 239). É isso o que consta da inicial, como se vê do trecho que se segue:

“Há de se deixar bem claro Ex^a., que como toda doença, a que acometeu o autor, com os devidos cuidados e afastamentos das atividades laborais, o que não ocorreu *in casu*, se estas foram as causadoras ou agravadoras da situação, o que já foi comprovado na ação competente, já referida, com certeza não haveria evolução, favorecendo à cura ou na pior das hipóteses a estagnação do estado mórbido. Face a decisão das requeridas em não afastar o obreiro, conhecedoras que eram da situação crítica do autor, transferindo o mesmo para diversas localidades, para exemplificar, mesmo após a detecção da doença, o mesmo ainda foi transferido para Gravataí RS, conforme alínea **g** do item 1, e exigindo cada vez mais resultados no trabalho, a doença teve uma evolução assustadora, passando de simples estafa à depressão e posteriormente ao estágio patológico da ansiedade, resultando, por fim, na chamada ‘síndrome de pânico’ cujos resultados são desastrosos no campo da sintomatologia (tremores, sensação de medo, insegurança, sono perturbado, tensão nervosa, cefaléia etc.) como muito nem colocado, pelo juízo *a quo* na fundamentação da sentença da ação referida, extraídas do laudo da especialista Dr^a. Lêda Soares Brandão Garcia — CRM SC n. 2.745, cuja íntegra à fl. 25 daquele processo, xerocado e anexado com clareza à folha referida, bem como, as fotocópias devidamente autenticadas de todas as ações anteriormente citadas.” (Fls. 4/5)

Creio que essa situação diz diretamente com a identificação do nexos causal, o que me faz afastar o óbice da Súmula n. 7 da Corte, considerando que o tema, como posto nos autos, diferentemente do que pode ocorrer em outros cenários, é de direito e não de fato.

Como sabido, e o tema é antigo, a obrigação de indenizar não se satisfaz com a prática por alguém de ato ilícito que cause lesão. É necessário existir entre o ato ilícito e o dano relação de causa e efeito, ou seja, que a lesão seja resultado desse ato, “sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexos causal”. Na verdade, o nexos causal “é



um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É por meio dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano, ou, em outras palavras, se o dano causado teve origem naquela conduta do agente” (*Comentários ao Novo Código Civil*, Forense, coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, vol. XIII, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri, 1ª ed., 2004, p. 77/78).

Na realidade, veja-se que no julgado relativo à aposentadoria o acórdão teve o cuidado de reproduzir assertiva constante do laudo pericial no sentido de que “com os conhecimentos científicos que dispomos, não podemos no momento nem afirmar, nem negar se a doença se caracteriza como doença profissional ou do trabalho” (fl. 60), o que foi aceito pelo Tribunal local que admitiu não haver certeza sobre o liame causal. Mas, mesmo assim, asseverou o acórdão que “não há afastar que é público e notório o desgaste físico e mental de um bancário, trabalhando, quase sempre, sob constante ansiedade, barulho, incompreensões. O autor gozava de excelente saúde, antes.” (Fl. 60)

Isso mostra que a patologia pode ser fonte de incapacidade, mas não que exista nexos de causalidade entre o comportamento da ré e a incapacidade. Afinal, o fato de ter sido o réu dedicado funcionário e ter progredido rapidamente na empresa, tanto que em pouco tempo foi promovido a contador e a gerente, não quer dizer que o mérito reconhecido pela administração da empregadora tenha ocasionado a patologia que provocou a aposentadoria. E é preciso relevar que esse foi o ato da instituição financeira ré, ou seja, o pretense ato ilícito foi o reconhecimento da capacidade de trabalho do autor. O ato da demissão não foi indicado como causador do dano, mas, apenas, considerado injusto, desumano, “uma vez que demitiram o autor quando mais precisava dos respectivos apoios.” (Fl. 3)

Ora, levando em conta a base fática posta nas instâncias ordinárias, ou seja, os transtornos do humor e da ansiedade, e o ato ilícito apontado, isto é, o trabalho do autor em decorrência das promoções que recebeu rapidamente, não há como configurar a relação de causalidade, considerando que a incapacidade laborativa não é necessariamente decorrente do ato considerado ilícito do empregador.

No caso, como já visto, o que se diz para reivindicar a indenização de direito comum é que o autor foi transferido para diversas agências em diversas localidades e foi muito cobrado por seu trabalho profissional. Ora, admitir-se que o trabalho excessivo, em decorrência da função exercida, e a cobrança de resultado é ato ilícito que causa transtorno de humor e transtorno de ansiedade, capaz de gerar indenização, parece-me sem qualquer apoio no direito positivo. Quando a natureza do trabalho é estressante, como é, por exemplo, a de muitos profissionais como os médicos, os policiais militares, os executivos, é possível gerenciar programas de distensão, de relaxação. Mas daí a dizer que o ato do empregador

de promoção e transferência do empregado no exercício das atividades inerentes à função exercida na empresa é ilícito e que há nexos de causalidade entre ele e a patologia para efeito de indenização parece-me ir longe demais. Respondo que não existe nexos de causalidade nessa situação e que transtornos de humor e de ansiedade são inerentes ao trabalho exercido por muitos profissionais, mas que não geram a obrigação de indenizar sem que se identifique o laço causal entre o ato ilícito do empregador e a patologia, neste caso, inexistente.

Com tais razões, conheço do especial e lhe dou provimento para julgar improcedente o pedido. Custas e honorários de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) pelo vencido, aplicando-se, porém, o art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

RECURSO ESPECIAL N. 776.286-SC (2005/0139865-0)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrente: BV Financeira S/A — Crédito Financiamento e Investimento

Advogados: Leonardo de Mattos Rodrigues e outros

Recorrido: Fábio Roberto dos Santos

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Contrato bancário. Alienação fiduciária em garantia. Ação de busca e apreensão. Liminar diferida para após a citação. Inobservância de rito. Decreto-Lei n. 911/1969.

I - Comprovados os requisitos previstos no art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, e inexistindo circunstância excepcional a impedir a concessão da liminar, a medida deve ser concedida *initio litis*.

II - Reconhecida a legalidade dos valores cobrados, não há falar em descaracterização da mora em virtude de cobrança excessiva. Recurso especial 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, nos termos



do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 8 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ 12.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Cuida-se de recurso especial interposto pela BV Financeira S/A — Crédito Financiamento e Investimento, com fundamento nas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, proferido em autos de ação de busca e apreensão, em que se discute a concessão de medida liminar, assim ementado:

“Agravo de instrumento. Busca e apreensão. Alienação fiduciária. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Revisão contratual de ofício. Descabimento. Liminar. Apreciação após a citação. Possibilidade.

1. A revisão contratual *ex officio* consitui-se em procedimento não recomendável em face da instabilidade jurisprudencial a respeito dos conceitos de encargos abusivos.

2. A autoridade judiciária não é obrigada a conceder liminar em ação de busca e apreensão de bem objeto de garantia fiduciária em decorrência do princípio do livre convencimento do juiz. Precedentes. AI n. 2002.001210-6, Relator Desembargador Cercato Padilha, DJ 21.08.2002, e AI n. 2002.008800-0, Relatora Desembargadora Trindade dos Santos, DJ 21.08.2002.”

Alega o recorrente que a decisão violou o art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, uma vez que estão demonstrados os requisitos bastantes para a concessão da liminar, sendo inconcebível o diferimento para momento posterior à citação.

Insurge-se contra a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano, a capitalização na periodicidade mensal e a vedação da cobrança de comissão de permanência. Aduz que a mora está devidamente caracterizada, uma vez que não há qualquer abusividade nas cláusulas do contrato em questão.

O recurso foi admitido na origem.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Tem razão a recorrente. Em princípio, a norma legal não admite que o julgador, à sua conveniência, conceda ou não a liminar, se satisfeitos os requisitos para o seu deferimento. Trata-se de rito próprio, célere, que visa proteger o credor, não podendo o magistrado alterá-lo, salvo se existir motivo bastante para tal excepcionalidade, o que não encontra abrigo nos autos. E, *in casu*, não há no acórdão recorrido menção a fato ou circunstância específica a autorizar o afastamento da norma legal.

A propósito:

“Processual Civil. Recurso especial. Alienação fiduciária em garantia. Ação de busca e apreensão. Liminar.

Demonstrados a mora e o inadimplemento do devedor, e não havendo circunstância que justifique o diferimento da liminar prevista no art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, a medida deve ser concedida *initio litis*.”

Recurso especial provido.” (REsp n. 619.598-SC, de minha relatoria, DJ 04.05.2004)

Confiram-se, ainda, acerca do assunto: REsp n. 151.272-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ 24.02.2003; REsp n. 469.577, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.03.2003.

É de se recordar, a título pedagógico, alguns pontos importantes, que dizem respeito à matéria:

1º a Segunda Seção desta Corte decidiu, no julgamento do REsp n. 407.097-RS, Relator para o acórdão Ministro Ari Pargendler, DJ 29.09.2003, que o fato de as taxas de juros excederem o limite de 12% ao ano, por si só, não implica abusividade; impõe-se sua redução, tão-somente, quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado, após vencida a obrigação. Destarte, embora assente o entendimento neste Superior Tribunal no sentido da aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, preponderam, no que se refere à taxa de juros, a Lei n. 4.595/1964 e a Súmula n. 596-STF. A respeito, entre muitos, os seguintes julgados: REsp n. 537.113-RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 20.09.2004; AgRg no REsp n. 565.262-RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 13.09.2004;

2º a capitalização dos juros é possível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize. Assim, permite-se sua cobrança na periodicidade mensal nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-Lei n. 167/1967 e Decreto-Lei n. 413/1969), bem como nas demais operações



realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória 1.963-17 (31.03.2000). Nesse sentido, também, são vários os precedentes: REsp n. 515.805-RS, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 27.09.2004; AgRg no Ag n. 494.735-RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 02.08.2004; REsp n. 602.068-RS, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 21.03.2005, este último, da colenda Segunda Seção. É o caso dos autos;

3º no que se refere à comissão de permanência, já admitiu esta Corte a legalidade de sua cobrança, em caso de inadimplemento, desde que não cumulada com a correção monetária ou com os juros remuneratórios (Súmulas ns. 30 e 296-STJ). A egrégia Segunda Seção decidiu, ainda, no julgamento do AgRg no REsp n. 712.801-RS, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, e do AgRg no REsp n. 706.638-RS, relatora a Ministra Nancy Andrichi, ser vedada a cobrança cumulada da comissão de permanência com juros moratórios e multa contratual. Por outro lado, esse encargo pode ser calculado à base da taxa média dos juros no mercado, desde que não exceda a taxa do contrato, convencionada pelas partes (Súmula n. 294-STJ).

Por conseguinte, se os encargos tidos como abusivos eram devidos, a mora e seus consectários encontram-se presentes, o que, ausente qualquer circunstância que o desaconselha, impõe a concessão da liminar *inaudita altera parte* (Decreto-Lei n. 911/1969, art. 3º).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial, concedo a liminar de busca e apreensão e determino que, no juízo de origem, expedida e cumprida a ordem, proceda-se em consonância com a lei: custas e honorários ao final.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 815.693-MG (2006/0007945-1)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrentes Andréa Bessone Guimarães e outros
Advogados: Andréa Bessone Guimarães (em causa própria) e outro
Recorrente: Marília de Oliveira Andrade Sadi
Advogados: Josué Euzébio da Silva e outros
Recorrido: Leopoldo Pacheco Bessone
Advogados: José Murilo Procopio de Carvalho e outro

EMENTA

Agravo de instrumento. Art. 993, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil. Inventário. Perícia.

1. Nos termos do art. 993, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil, preenchido o pressuposto, ou seja, ser o autor da herança sócio de sociedade que não anônima, correta a decisão que determinou a apuração de haveres.

2. Recursos especiais conhecidos e providos.

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 dos recursos especiais e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 23.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Andréa Bessone Guimarães e outros e também Marília de Oliveira Andrade Sadi interpõem recursos especiais, ambos com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

“Inventário. Desentendimento entre herdeiros. Dissolução de sociedade. Partilha. Quando os herdeiros não se entendem, a partilha deve ser judicial (Código Civil, art. 2.016). A dissolução, parcial ou total, de sociedade cujas cotas pertenciam ao *de cujus*, deve ser feita como execução do inventário, após a partilha, ou, conforme o caso, no juízo cível.

VV.

Inventário. Apuração de bens de sociedade. Dispõe o art. 993, parágrafo único, II, do CPC, que o juiz determinará que se proceda à apuração de haveres, se o autor da herança era sócio de sociedade que não anônima.”
(Fl. 569)



Os primeiros embargos declaratórios opostos (fls. 585/590) foram acolhidos por acórdão com a seguinte ementa:

“Correção monetária, reavaliação ou atualização. Apuração de haveres. Em inventário, quando os bens questionados são objeto de divisão, na proporção dos quinhões dos herdeiros e legatários, não é necessária a correção, reavaliação ou atualização dos valores homogêneos e consistentes, apurados, por avaliação, na data do respectivo laudo. Os créditos e os bens, avaliados conjuntamente, pelo mesmo padrão monetário e laudo, serão quitados mediante negócio jurídico *inter alios*. A apuração dos haveres dos sócios será mediante retirada ou dissolução, ainda que parcial, da sociedade. Acolhem-se os embargos de declaração.” (Fl. 594)

Os embargos de declaração que se seguiram (fls. 605/606) foram rejeitados. (Fls. 609/612)

Os recorrentes protestam, nos recursos especiais interpostos, contra a determinação constante do acórdão recorrido de obrigar os herdeiros e legatários a receber cotas de capital da empresa CEB — Conjunto Brasileiro de Empreendimentos Ltda. Afirmam que isso viola o art. 993, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, que impõe a apuração de haveres nos casos em que o autor da herança era sócio de sociedade que não anônima, e também o art. 5º, inciso XX, da Constituição, que garante que nenhum cidadão será compelido a associar-se ou permanecer associado.

Contra-arrazoado um dos recursos especiais (fls. 640/645 e 646/647), foram ambos admitidos. (Fls. 649/650 a 651/652)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O recorrido, nos autos do inventário de Darcy Bessone de Oliveira Andrade, interpôs agravo de instrumento contra decisão que determinou a apuração dos haveres de sociedade de que participava o falecido, e, ainda, para que fosse realizada a perícia, arbitrando honorários.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais proveu o agravo, por maioria, após rejeitar as preliminares. O voto majoritário considerou ser a medida procrastinatória “somente serve à animosidade entre os herdeiros. Por ironia do destino, passados quase sete anos, o insigne jurista, tão combativo, mas, igualmente, tão objetivo e tão capaz de resolver, com segurança e rapidez, não transmitiu aos herdeiros e descendentes essas mesmas qualidades. Diante da dificuldade, o

Juiz tem de assumir uma responsabilidade definitiva, em vez de cedê-la a peritos, ainda que com a boa intenção de exaurir o contraditório e a ampla defesa” (fl. 573). Para o voto prevalecente, a “perícia é necessária quando o juiz não prescinde de conhecimentos especializados para decidir. Não para atualizar dados, impertinente, os quais foram levantados, após o óbito, que é a data base da sucessão” (fl. 574). O Tribunal local considerou, também, que a “apuração dos haveres será como a ‘execução’ do inventário ou a liquidação da sociedade, respectivamente, no juízo das sucessões ou no juízo cível” (fl. 577). Com o óbito, prossegue o acórdão, “deflagra-se a sucessão, o que não significa, entretanto, que cada um dos herdeiros, salvos os legatários, sejam proprietários diretos e individuados dos bens do espólio. Por isso, têm de agir em conjunto até a partilha. Pois, nem sempre todos os bens cabem num só quinhão ou serão atribuídos a todos os herdeiros, quando forem menores que um só quinhão” (fl. 577). Assim, “antes de tentarem dissolver a CBE, têm os herdeiros que resolver a partilha do inventário” (fl. 577). Provido foi o agravo para cassar a decisão agravada e determinar “que o Juiz mande provar a quitação do espólio e julgue a partilha.” (Fl. 577)

Os embargos de declaração foram acolhidos para declarar que “não haverá atualização dos bens do inventário, pois os bens já se encontram economicamente avaliados e qualquer atualização será neutra em relação aos herdeiros, pois a atualização far-se-á na mesma proporção” (fls. 600/601); que “a reavaliação consecutiva dos bens inviabiliza o inventário, uma vez que as superveniências normais são risco comum de todos” (fl. 601); que “o inventariante dativo deverá distribuir as quotas da CBE na força de cada quinhão de herança e legado, nos percentuais da lei e do testamento, isto é, fará a divisão ideal das quotas” (fl. 601); que “a proposta do inventariante dativo para a divisão dos bens pertencentes ao espólio, além das quotas, presume-se aprovada, pois não há questionamento sobre ela” (fl. 601); que “a realização do crédito, inclusive por dação em pagamento, é *res inter alios* e, perante a sociedade CBE, far-se-á, consensual ou judiciariamente” (fl. 601); que, “da mesma forma, a realização das quotas, em dissolução parcial da sociedade ficará para etapa posterior, pendente que está a ação de dissolução, na 33ª Vara Cível” (fl. 601); e que, “preenchidas estas diretrizes, o Juiz deverá homologar ou julgar a partilha.” (Fl. 601)

Novos embargos declaratórios foram interpostos e rejeitados, afastando o Tribunal local a existência de julgado *extra petita*. Esclareceu que a decisão foi que a “proposta de partilha do inventariante dativo deverá ser objeto de decisão do Juiz, por ser impertinente nomear-se mais um partidor-avaliador para esse inventário, que é regido pela lei e por testamento simples e claro.” (Fl. 611)



Os especiais estão ancorados no art. 993, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil, afastada a alegação de que violado dispositivo da Constituição Federal, incabível neste recurso infraconstitucional.

Merece provida a impugnação apresentada pelas recorrentes como bem posto no voto vencido do eminente Desembargador Carreira Machado.

O art. 993, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil determina que se proceda a apuração de haveres, “se o autor da herança era sócio de sociedade que não anônima”. No caso, era o autor da herança sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Assim, não cabe ao Juiz substituir-se ao expresse comando legal, ainda mais quando, como neste feito, advertiu o voto vencido que não há nos autos “nenhuma comprovação de que teria sido realizada anteriormente apuração de bens da CBE — Conjunto Brasileiro de Empreendimentos Ltda, bem como não constato a existência do laudo anterior que teria sido elaborado pelo perito nomeado pela decisão agravada, apesar de o agravante referir-se a tal fato em suas razões recursais.” (Fl. 572)

Em precedente desta Terceira Turma, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, em torno do mesmo dispositivo, decidiu-se que, morrendo sócio de sociedade limitada, “a tarefa do inventariante se resume à administração transitória das cotas enquanto se apuram os haveres e a divisão do espólio.” (REsp n. 274.607-SP DJ 14.03.2005)

Nessas condições, preenchido o requisito legal, correta a decisão proferida pelo Magistrado.

Conheço dos especiais e lhes dou provimento para restabelecer a decisão agravada.



Jurisprudência da Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 279.295-SP (2000/0097239-8)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Onuma Exportação e Importação Ltda

Advogados: Dirceu Freitas Filho e outros

Recorrida: CPV Indústria e Comércio de Produtos para Veículos Ltda

Advogados: Marisa Balboa Regos e outros

EMENTA

Processo Civil. Ação monitória. Carência de ação. Reconhecimento de ofício pelo Tribunal *a quo*. Possibilidade.

1. As questões de ordem pública referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais podem ser conhecidas de ofício pelos Tribunais de 2º grau. Precedentes.

2. O reconhecimento da ausência de uma das condições da ação impede a apreciação das demais questões suscitadas pelas partes, *ex vi* do disposto no art. 267, VI, do CPC.

3. Um dos pressupostos de admissibilidade da ação monitória é a existência de documento escrito em que se possa inferir, razoavelmente, a existência de crédito afirmado pelo autor. *In casu*, conforme assentado pelas instâncias ordinárias, inexistente o crédito reclamado.

4. Recurso especial 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, César Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que CPV — Indústria e Comércio de Produtos para Veículos Ltda moveu ação monitória em face de Onuma & Filhos Exportação e Importação Ltda, pleiteando a entrega de coisa certa fungível ou o pagamento do equivalente. Alegou a autora que a requerida lhe fizera proposta de venda de mercadorias, que mais tarde negou-se a cumprir. Assim sendo, visando o cumprimento da oferta, a autora ajuizou ação monitória e juntou, como prova escrita, mas sem eficácia de título executivo, a proposta feita pela requerida.

Expedido mandado monitório, a requerida opôs competentes embargos (fls. 40/48), em que aduziu a inadequação do procedimento monitório e, no mérito, a improcedência do pedido de lucros cessantes.

A sentença de fls. 66/68, sob fundamento de que “o campo próprio para discutir sobre lucros cessantes é o da ação de conhecimento”, acolheu os embargos da requerida e julgou improcedente a ação monitória.

A autora, face à improcedência da ação monitória, interpôs o recurso de apelação de fls. 70/75, ao qual foi negado provimento, “com observação”, pelo v. acórdão de fls. 102/104, proferido pela egrégia 3ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em voto assim ementado:

“Monitória — Alegação de inadimplemento contratual. Aperfeiçoamento do contrato não suficientemente demonstrado. Necessidade da análise de diversos fatos e documentos. Hipótese de não cabimento do procedimento monitório. Carência da ação reconhecida. Alteração da parte dispositiva da sentença. *Recurso improvido, com observação.*” (Destaquei)

Opostos embargos declaratórios pela apelada (fls. 112/114), apenas com relação à observação feita no r. *decisum*, foram os mesmos rejeitados pelo v. acórdão de fls. 117/119.

Conquanto vencedora na demanda monitória, Onuma Exportação e Importação Ltda voltando-se contra o v. *decisum* que reconheceu a carência da ação monitória, interpôs o recurso especial de fls. 122/131, com base na alínea **a** do art. 105, III, da CF/1988, alegando violação ao art. 535, II, ao art. 1.102c, e ao art. 515, todos do CPC.

Contra-razões apresentadas às fls. 138/142.

Inadmitido o recurso na origem (fls. 144/145), subiram os autos a esta Corte de Jurisprudência, em razão de ter sido provido agravo de despacho denegatório à fl. 169, vindo-me conclusos, por atribuição.

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, extrai-se das razões recursais, em essência, que o recorrente se insurge contra o reconhecimento, pelo Tribunal *a quo*, da carência de ação. Para tanto, sustenta, em síntese, três aspectos: 1. que tal questão não foi objeto do recurso de apelação; 2. omissão do v. acórdão quanto ao mérito do recurso de apelação (da própria ação monitoria); e 3. havendo sido convertido o feito em ação ordinária, com a oposição dos embargos monitorios, não se poderia cogitar de carência da ação.

O recurso improcede.

Com efeito, conquanto não tenha sido ventilado pelo recorrente, em sede de apelação, questão referente às condições da ação, tratando-se estas de matéria de ordem pública, na esteira de sólida jurisprudência desta Corte, entendo inexistir empecilho no seu reconhecimento de ofício, como fez o Tribunal *a quo*. Nesse sentido, destaco os seguintes arestos, *in verbis*:

“Monitória. Decretação pelo Tribunal, de ofício, da carência de ação. Possibilidade. Art. 267, § 3º, c.c. o art. 267, VI, do CPC. *Inexistência do alegado julgamento extra petita. As questões de ordem pública referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais podem ser conhecidas de ofício pelos Tribunais de 2º grau (art. 267, § 3º, c.c. o art. 267, VI, do CPC). Recurso especial não conhecido.*” (REsp n. 217.329-MG, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 05.04.2004) (destaquei)

“Comercial e Processual Civil. Ação de reintegração de posse. Contrato de arrendamento mercantil. Pressupostos de constituição da ação. Matéria conhecível de ofício. Valor residual de garantia. Cobrança antecipada. Descaracterização do contrato. *Carência da ação. CPC, art. 267, IV e VI c.c. o § 3º.*”

I - As questões de ordem pública referentes aos pressupostos de constituição da ação podem e devem ser conhecidas de ofício pelos tribunais de 2º grau (arts. 267, IV c.c. o § 3º do CPC).

II - A cobrança antecipada do Valor Residual Garantido importa na descaracterização do contrato de arrendamento mercantil, de forma a tornar inadmissível o pedido de reintegração de posse. Carência da ação.

III - Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.” (REsp n. 423.287-SC, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 19.08.2002) (destaquei)

Deveras, como afirma Cândido Rangel Dinamarco, um dos pressupostos de admissibilidade da ação monitoria é a existência de documento escrito em que se

possa inferir, razoavelmente, a existência de crédito afirmado pelo autor (c.f. *in Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 4ª ed., p. 750). No caso vertente, foi reconhecido, pelo Tribunal *a quo*, a inexistência de crédito da recorrida (esta igualmente verificada pelo magistrado de 1º grau, fl. 67).

Logo, sendo reconhecida a inexistência de um dos elementos da ação, prejudicando, por óbvio, o exame de mérito da própria ação, não poderia mesmo aquela Corte manifestar-se quanto as alegações contidas na ação monitória (direito material). Nesse sentido, aliás, destaco desta Corte o seguinte julgado:

“Processual Civil. Ação cautelar inominada. Ausência de interesse de agir da União. Apreciação dos demais temas. Impossibilidade. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Precedentes.

O reconhecimento da ausência de uma das condições da ação impede a apreciação das demais questões suscitadas pelas partes, ex vi do disposto no art. 267, VI, do CPC.

Não se configura a violação ao art. 535 do CPC se inexistem os pressupostos essenciais à oposição dos embargos de declaração traçados na lei processual.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 242.894-RJ, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ 24.06.2003)

Por tais fundamentos, *ausente violação de lei federal, não conheço do recurso.*
É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 284.696-RJ (2000/0110214-1)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Empresas Reunidas Óticas Brasil S/A

Advogado: Yamba Souza Lanna

Recorridos: ZK Comércio e Representação Ltda e outros

Advogado: Olegário Pereira do Couto

EMENTA

Comercial e Processual Civil. Recurso especial. Prequestionamento deficiente. Valor de crédito declarado pela concordatária. Impugnação tardia. Intempestividade. Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 173, § 1º.



I - A deficiência do prequestionamento impede o exame da irrisignação da parte em toda a extensão pretendida.

II - Declarado o valor dos créditos pela concordatária, o credor insatisfeito dispõe de vinte dias para oferecer impugnação, ao teor do art. 173, § 1º, da Lei Falencial pretérita, rejeitando-se, por intempestiva, aquela que é apresentada após tal prazo. Precedentes do STJ.

III - Recurso especial conhecido em parte e 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 em parte do recurso e, nessa parte, 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 Jorge Scartezini, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 16.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório de fl. 199, *verbis*:

“Trata-se de impugnação formulada em 16.12.1997 por ZK Comércio e Representações Ltda, contra a lista de credores da Concordata Preventiva de Empresas Reunidas Ótica Brasil S/A.

Afirma a A. que é credora de R\$ 141.023,38 e a concordatária declara R\$ 83.456,25.

A sentença do Juízo da 8ª Vara de Falência à fl. 172, julgou procedente a impugnação e determinou a retificação para constar R\$ 140.878,38.

Apela a R. com as razões de fls. 174/177, pleiteando a reforma da sentença para ser reconhecida a intempestividade do pedido ou a improcedência da impugnação ou ainda a exclusão dos ônus sucumbenciais.

Contra razões a fls. 181/183 em apoio a sentença.

O MP em ambas as instâncias opina pela manutenção da sentença.”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento à apelação, em acórdão assim ementado (fl. 202):

“Concordata.

Impugnação à lista de credores.

Procedência.

Retificação de valor.

Inocorrência de decadência.

Resistência ao pedido, tornando contencioso o feito, justificando a condenação de concordatária nas custas e honorários.

Desprovimento do apelo.”

Inconformada, a concordatária Empresas Reunidas Óticas Brasil S/A interpõe, pela letra **a** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial alegando, em síntese, que a decisão violou o art. 173, § 1º, da Lei de Quebras, porquanto a questão possui caráter eminentemente impugnatório do valor do crédito reconhecido pela concordatária, pretendendo o habilitante elevá-lo, no que logrou êxito, mas intempestivamente, desrespeitando o prazo previsto no referenciado dispositivo legal.

Aduz que é inadmissível qualquer impugnação oferecida fora dos vinte dias decadenciais contados da publicação do edital.

Aduz que também restou contrariado o art. 208, § 2º, do mesmo diploma legal e o art. 293 do CPC, ao condenar o recorrente nos ônus sucumbenciais, pois o habilitante recorrido não os postulou.

Contra-razões às fls. 229/231, sustentando a tempestividade da impugnação porque não há preclusão absoluta do crédito. Em relação à verba honorária, a sucumbência decorre naturalmente do princípio da causalidade.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 245/247.

Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República às fls. 254/257, pelo Dr. Henrique Fagundes, no sentido do não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Cuida-se de recurso especial aviado pela letra **a** do autorizador constitucional, em que é apontada ofensa aos arts. 173, § 1º, e 208, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, e 293 do CPC, ante



o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que admitiu e julgou procedente a impugnação ao crédito declarado pela concordatária, elevando o seu valor originário, de R\$ 83.456,25 para R\$ 141.023,38.

Salvo o art. 173, § 1º, da Lei de Quebras, os demais não se acham prequestionados, incidindo, na espécie, o óbice das Súmulas n. 282 e 356, do colendo STF

De outro lado, reza, a propósito, o indigitado dispositivo da Lei Falencial, *litteris*:

“Art. 173. *Omissis*.

§ 1º Dentro do prazo de 20 (vinte) dias, contados da publicação do edital a que se refere o inciso I do § 1º do art. 161 desta Lei, o comissário, o Ministério Público, os credores, os sócios ou os acionistas da concordatária podem impugnar crédito constante da lista mencionada no inciso VI do parágrafo único do art. 159.”

O parecer ministerial propõe a incidência, na espécie, da Súmula n. 7-STJ, porque não teria sido provada a data da publicação do edital.

Ocorre, todavia, que tal ponto não me parece incontroverso. A apelação da concordatária fala que o edital foi publicado em outubro de 1997 e a impugnação oferecida apenas em 16.12.1997 (fl. 175). As contra-razões de apelação (fls. 182/183) nada disseram em contrário, e tampouco o aresto objurgado, de modo que não é posto em dúvida que o prazo de vinte dias foi ultrapassado, remanescendo, portanto, meramente a questão jurídica sobre a tempestividade da impugnação.

E, posto isso, a razão está com a recorrente.

A orientação jurisprudencial do STJ é no sentido de que:

“Concordata. Crédito arrolado pela devedora. Impugnação intempestiva do credor.

Cuidando-se de crédito relacionado pela concordatária, incumbe ao credor, em caso de discordância, impugná-lo em tempo hábil, sob pena de inclusão no quadro geral de credores pelo valor então indicado. Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido.” (Quarta Turma, REsp n. 68.124-PR, Relator Ministro Barros Monteiro, unânime, DJ 21.08.2000)

(...)

“Falência. Rol dos credores. Impugnação aos valores. Prazo. Habilitação retardatária.

Os créditos incluídos no rol a que se refere o art. 173 da Lei de Falências podem ser impugnados no prazo de vinte dias previsto no parágrafo primeiro desse artigo, não cabendo a habilitação retardatária.

Recurso conhecido em parte e provido.” (Quarta Turma, REsp n. 207.670-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJ 1º.10.2001)

(...)

“Concordata. Decreto-Lei n. 7.661/45: arts. 159, I, VI, 161, § 1º, I e 173, § 1º. Prazo para impugnação.

1. No sistema da antiga lei falimentar, a concordatária apresenta a lista nominativa dos credores, que uma vez publicada, poderá ser impugnada no prazo de vinte dias contado dessa publicação. A impugnação fora desse prazo é serôdia.

2. Recurso especial não conhecido.” (Terceira Turma, REsp n. 493.169-MT, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJ 13.02.2006)

Transcrevo o judicioso voto do eminente Ministro Barros Monteiro, no primeiro dos precedentes acima citados, *verbis*:

“Arrolado o crédito pela concordatária e publicado o edital, o banco recorrido ofereceu impugnação ao montante declarado, requerendo então a habilitação do seu crédito pelo valor que considera escoreito e atualizado. Fê-lo, porém, a destempo. motivo pelo qual o MM. Juiz de Direito terminou por indeferí-la.

Não resta a menor dúvida de que a impugnação se aforou extemporaneamente. O cerne da questão é saber se, mesmo de forma intempestiva, tem o credor o direito de impugnar a lista apresentada pela concordatária.

Esta colenda Turma, em duas oportunidades, entendeu que, ‘cuidando-se de crédito relacionado pela concordatária, incumbe ao credor, em caso de discordância, impugná-lo em tempo hábil, não se mostrando pertinente nesse caso a habilitação retardatária’ (AgRg no Ag n. 12.204-RJ e REsp n. 11.734-0-PR, por mim relatados. No primeiro dos precedentes mencionados, proferi voto no seguinte sentido:

‘A Caixa Econômica Federal impugnou o montante de seu crédito arrolado pela concordatária na lista a que se refere o art. 159, § 1º, inciso VI, da Lei de Falências. Fê-lo, porém, serodidamente, fora do prazo previsto no art. 173, § 1º, do mesmo diploma legal. Eis por que o MM. Juiz de Direito a inadmitiu por sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede de apelação.



A credora — ora recorrente — persiste no seu entendimento de que, não obstante relacionado o seu crédito na lista referida, possível é a habilitação retardatária, nos termos do art. 98 do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Não lhe assiste razão, porém.

A Lei n. 7.274, de 10 de dezembro de 1984, introduziu alterações no sistema de habilitação dos créditos na concordata de modo diverso do procedimento previsto para o caso de falência.

Assim, os créditos listados pela devedora poderão ser impugnados pelos credores e, se não o forem, serão considerados como incluídos no quadro geral dos credores, independentemente de declaração e verificação, no valor indicado pela concordatária (art. 173, *caput* da Lei Falencial).

Distinta é a situação, quando houver a omissão do crédito pelo devedor. Nessa hipótese sim o credor sujeito à concordata terá prazo para apresentar a declaração de crédito e, se for o caso, poderá oferecer a habilitação retardatária. Consoante magistério de José da Silva Pacheco, ‘o procedimento de verificação dos créditos (arts. 80 a 101), que, antes da Lei n. 7.274/1984, era extensivo a todos os créditos, na concordata, agora, somente aos créditos omitidos pelo concordatário têm pertinência (art. 173, § 3º)’ (*Processo de Falência e Concordata*, p. 850, 5ª ed.).’

Assim, nos termos da lei, competia à instituição financeira credora impugnar em tempo hábil o crédito constante da lista. Não o fazendo, considera-se incluído no quadro geral de credores, independentemente de declaração e verificação, no valor indicado pelo devedor. ‘Pela redação dada ao *caput* do art. 173, pela Lei n. 7.274/1984, os credores sujeitos à concordata, arrolados pelo devedor na inicial, se não impugnados, são considerados incluídos’ (Nelson Abrão. *Curso de Direito Falimentar*, p. 353, 5ª ed., Revista, atualizada e ampliada).

Idêntica diretriz imprimiu à controvérsia a colenda Terceira Turma quando da apreciação do AgRg n. 153.828-PR, de que foi Relator o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em julgado que registra a seguinte ementa, no que ora interessa:

‘A impugnação do valor de crédito arrolado pela concordatária e constante do quadro geral de credores deve ser deduzida no prazo da Lei de Falências, não podendo o credor, fora do prazo legal usar da

habilitação de crédito para majorar o valor da importância que lhe é devida. Precedente’.

Acresce que, no caso dos autos, o banco credor nem sequer procurou justificar o seu atraso na impugnação feita ao valor declarado pela devedora. De sorte que a presente ‘habilitação de crédito’ não passou de uma maneira de, sutilmente, obviar o prazo taxativamente estabelecido pela Lei Falencial.

Tenho, pois, que o Acórdão recorrido, ao admitir a intempestiva habilitação de crédito do ‘Banco do Brasil S/A’, malferiu a norma do art. 173. *caput.* e seu § 1º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945.”

Destarte, realmente incabível, por intempestiva, a impugnação apresentada pela recorrida.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, para acolher a preliminar de intempestividade da impugnação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 601.177-ES (2003/0196182-9)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrentes: Casas Santa Terezinha Tecidos Ltda e outros

Advogados: Bruno Reis Finamore Simoni e outros

Recorrido: José Euclides Ferreira

Advogados: Marcos Jorge Caldas Pereira e outros

EMENTA

Processo Civil e Comercial. Ação cautelar. Dissolução societária. Alijamento de sócio-gerente. Caução. *Pro labore*.

Não ofende o art. 804 do estatuto processual decisão que concede liminarmente a medida cautelar sem ordenar a prestação de caução pelo requerente, por tratar-se de faculdade do órgão julgador. Precedentes.

O *pro labore* é devido ao sócio somente enquanto permanecer como gerente da sociedade por cotas. Os valores recebidos pelo autor por força de provimento judicial, assim, são devidos apenas a título



de adiantamento pelos seus haveres, devendo ser abatidos de seu quinhão societário.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, 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, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 8 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ 11.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: José Euclides Ferreira, ora recorrido, propôs ação cautelar preparatória contra Casas Santa Terezinha Tecidos Ltda, Antônio César de Andrade, Neuza Maria Andrade Musso Leal, Márcia Andrade Pacheco, Ana Lúcia Andrade de Oliveira e Geraldo Ludolf ora recorrentes, pleiteando, liminarmente, fosse mantido o repasse do *pro labore* que deles recebia, enquanto durasse a ação principal dissolutória da sociedade comercial aludida, posteriormente ajuizada.

A liminar foi concedida pelo MM. Juízo de 1ª grau, mas revogada quando do julgamento definitivo da ação cautelar, ao fundamento de somente ser devida a parcela em exame ao sócio efetivamente exercente de atividade gerencial, da qual fora alijado o recorrido.

Irresignado, o autor interpôs apelação para o egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que deu provimento ao recurso em v. aresto assim ementado:

“Apelação civil. Cautelar inominada. Julgamento antecipado. A lide. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Mérito. Empresa comercial. Alijamento de sócio. Apuração de haveres. *Pro labore*. Recurso provido.

1. Não existe óbice a que o magistrado profira julgamento antecipado da lide quando este achar desnecessária a produção de provas ou a questão em debate for puramente de direito.

2. É devido *pro labore* ao sócio aliado de função que exercia, até o recebimento dos haveres que lhe cabe com a dissolução da sociedade.

3. Recurso conhecido e provido.”

Rejeitados os aclaratórios opostos pelos demandados, estes interpuseram o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sustentando ofensa aos arts. 535 e 804 do Código de Processo Civil e dissídio pretoriano. Aduzem, em síntese, ser necessária a caução para o deferimento da cautela pleiteada, bem como entendem indevido o *pro labore* a quem não mais administra grupo societário e, alternativamente, a necessidade de compensação dos valores devidos a este título com os haveres a serem apurados no pleito principal.

Respondido, o apelo foi inadmitido na origem. Adveio agravo de instrumento para esta Corte, o qual foi por mim provido e convertido em recurso especial, nos termos do § 3º do art. 544 do CPC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. No tocante à violação do art. 535 da Lei Adjetiva Civil, não se verifica a sustentada afronta, uma vez que o Tribunal de origem dirimiu fundamentadamente todas as questões, inexistindo qualquer omissão, contradição ou obscuridade no v. acórdão recorrido.

2. Quanto à suposta ofensa ao art. 804 do mesmo diploma, sustentam os recorrentes que “ao não admitir a instituição de uma caução e ainda, a escrituração de tais pagamentos, como adiantamento de sua participação no capital, os V. Acórdãos atacados fizeram letra morta do art. 804 do CPC.” (Fl. 960)

Aqui também não merece prosperar a irresignação. Com efeito, esta Corte tem entendido tratar-se de faculdade do órgão julgador a prestação ou não da caução prevista no mencionado artigo. Cite-se, a propósito, o REsp n. 489.514-RJ, Relatado pelo eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ 23.06.2003, assim ementado, no pertinente:

“Ação cautelar. Medida liminar. Ação principal. Caução. Interpretação do contrato. Súmula n. 5 da Corte. Dissídio.

(...)

2. A caução do art. 804 do Código de Processo Civil, como assentado em precedentes da Corte, é facultativa, cabendo ao Juiz, se entender cabível, fixar o seu valor, imprestável a impugnação deste sem que haja qualquer efetiva demonstração de sua inadequação.



(...)

5. Recurso especial não conhecido.”

No mesmo sentido, o REsp n. 140.386-RS, relatado pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ 16.03.1998:

“Cautelar. Sustação de protesto. Caução. Discrição judicial.

A exigência de caução, no caso do art. 804 do CPC, é uma faculdade do juiz. Precedente.

Recurso não conhecido.”

Confirmam-se, também, o REsp n. 33.172-RJ, relatado pelo eminente Ministro Waldemar Zveiter, DJ 11.10.1993 e o REsp n. 25.503-RJ, relatado pelo eminente Ministro Dias Trindade, DJ 05.10.1992.

De qualquer sorte, a afirmada necessidade de imposição de caução no caso concreto reclamaria, para ser acolhida, reexame do conjunto fático-probatório da lide, intento vedado na sede atual a teor do Verbete n. 7 da Súmula desta Corte.

Pelos mesmos motivos, inviável o conhecimento do apelo pelo dissídio aventado no tema.

3. Sustentam os recorrentes, ainda, a inviabilidade de pagamento de *pro labore* a quem deixou de exercer atividade gerencial. Alternativamente, os recorrentes apontam a necessidade de que sejam compensados os valores pagos ao sócio retirante de seu quinhão societário.

É justamente sob este último ponto de vista que o recurso merece acolhida.

Conquanto o pedido de afastamento da verba tenha sido tratado como distinto da respectiva compensação com o quinhão do autor, a meu ver ambos os pleitos integram uma única realidade: se a remuneração é inviável, a compensação se impõe.

Observo, inicialmente, que a egrégia Terceira Turma deste Tribunal já entendeu devido o *pro labore* somente quando do efetivo exercício de gerência por sócio alijado de atividade empresarial, estando correta, portanto, a argumentação recursal. Trata-se do REsp n. 64.371-PE, sendo Relator para o acórdão o eminente Ministro Costa Leite, DJ 19.08.1996, assim sumariado, no pertinente:

“Processo Civil. Comercial. Competência. Lei estadual. Litisconsórcio. Sociedade por cotas. *Pro labore*.

(...)

O *pro labore* é devido ao sócio somente enquanto permanecer como gerente da sociedade por cotas.

(...)

Não conhecido o recurso interposto contra o acórdão na apelação e conhecido em parte e, nessa parte, provido, o que atacou o proferido nos infringentes.”

Na oportunidade, consignou-se:

“Relativamente ao *pro labore*, constitui-se mera remuneração pelo trabalho exercido pelo sócio gerente da empresa. Com efeito, o recorrido, após o seu afastamento da gerência da sociedade, não mais fazia jus à referida parcela.”

Nada mais justo, sob pena de restar configurado o enriquecimento sem causa do demandante.

Porém, como salientei, o fato de ser indevida a remuneração ao ex-gerente leva à necessidade de compensação. Isso porque, se por um lado tal sócio não pode receber *pro labore*, por certo também não há de ser privado da sua própria subsistência, o que esvaziaria o propósito da ação cautelar.

Logo, os valores percebidos no curso da dissolução o serão na qualidade de adiantamento de seus haveres e não como retribuição por serviços prestados.

Dessarte, não autorizo aqui a supressão dos pagamentos mensais, sem os quais a subsistência do recorrido ficaria prejudicada, quiçá inviabilizada. Em outros termos, os pagamentos subsistem, mas a título de antecipação pelos haveres do recorrido, devendo ser abatidos da quota que lhe tocar.

4. Isso posto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento, para determinar que os pagamentos devidos ao recorrido, na presente ação, sejam abatidos de seu quinhão societário, podendo ditos pagamentos serem cessados pelo MM. Juiz da causa se e quando entender que já tenha sido alcançado o valor correspondente ao referido quinhão societário.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Sr. Presidente, ressalto a qualidade da sustentação do eminente advogado, mas, no discorrer, tanto da sustentação quanto da leitura do relatório e do voto, veio-me à mente que, se a ação cautelar tardar anos, a pessoa ficará recebendo o pró-labore indefinidamente. E se não se deduzir esse valor do quinhão, isso poderá, realmente, virar uma situação privilegiada para o sócio-retirante, porque, mal ou bem, ele não está exercendo a gerência da sociedade. Só se paga pró-labore para o sócio-gerente



da sociedade. Efetivamente, se não se fizer essa compensação, haverá desequilíbrio. Seria até um incentivo à demora no processamento da ação.

Conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 605.325-SP (2003/0197363-2)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrentes: Maria Alice Kalil e outros

Advogados: Daniella Gomes Pierotti e outros

Recorridos: Christiane Kalil e outros

Advogados: Sônia Regina Canale Mazieiro e outro

EMENTA

Dissolução total de sociedade comercial. Valor da causa.

Em ação de dissolução total de sociedade comercial, o valor da causa corresponde ao valor do contrato, conforme o inciso V do art. 259 do Estatuto Processual.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial e cassar a liminar concedida na MC n. 6.081-SP que restou prejudicada, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Christiane Kalil, José Kalil Neto e Marcelo Kalil, ora recorridos, interpuseram agravo de instrumento contra r. decisão que, em ação de dissolução de sociedade comercial, rejeitou impugnação ao valor da causa, mantendo o montante de R\$ 10.000,00 atribuído na exordial por Maria Alice Kalil, Dulce Heloisa Kalil Fagundes e Maria Cecília Kalil Beyruti, ora recorrentes.

O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso, majorando o valor da causa para R\$ 8.000.000,00, em v. aresto assim ementado:

“Agravo de instrumento. Ação de dissolução de sociedade, com pedido subsidiário de dissolução parcial c.c. apuração de haveres. Atribuição à causa, pelas autoras, de valor irrisório. Imprescindibilidade de o valor da causa refletir, exatamente, o benefício patrimonial perseguido pelas autoras, no caso, o valor da totalidade do patrimônio da empresa. Aplicação do art. 259, IV e V, do CPC. Rejeição de impugnação ao valor da causa. Recurso provido.” (Fl. 160)

Rejeitados os aclaratórios opostos pelos então agravados, estes interpuseram o presente recurso especial, fulcrado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, pugnano pelo restabelecimento da decisão de 1ª grau. Sustentam os recorrentes ofensa aos arts. 535, 258 e 259, IV e V, do Estatuto Processual, bem como dissídio pretoriano. Aduzem, em síntese, ser a demanda principal eminentemente declaratória, bem como inviabilidade de se arbitrar o valor da causa no montante do patrimônio total da sociedade, seja por permanecer desconhecido até a apuração dos haveres, seja por não refletir o real benefício perseguido.

O recorrente ajuizou, ainda, medida cautelar (MC n. 6.081-SP), a fim de atribuir efeito suspensivo ao mencionado recurso especial, pleito deferido em parte por decisão da lavra do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar (DJ 12.02.2003), reduzindo o valor da causa a R\$ 2.500.000,00, próximo ao capital dos recorrentes; ademais, determinou-se a não retenção do presente apelo.

Respondido, o apelo foi admitido na origem, ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. No tocante à violação do art. 535 da Lei Adjetiva Civil, não se verifica a sustentada afronta, uma vez que o Tribunal



de origem dirimiu fundamentadamente todas as questões, inexistindo qualquer omissão, contradição ou obscuridade no v. acórdão recorrido.

2. No restante, os recorrentes insurgem-se, tanto pela alínea **a** quanto pela alínea **c**, contra o valor da causa fixado pelo v. aresto impugnado.

Todavia, a solução adotada pelo Tribunal *a quo*, no meu entender, merece prevalecer.

Com efeito, o v. acórdão recorrido atribuiu à causa o valor integral do patrimônio social, estimado em aproximadamente R\$ 8.000.000,00, arrimando-se em dois fundamentos: primeiro, por entender tratar-se de pedido principal (dissolução total) *versus* pedido subsidiário (dissolução parcial), razão pela qual prevaleceria o valor daquele em relação a este; em seguida, por se tratar de demanda “envolvendo a existência, a validade, o cumprimento, a modificação ou rescisão de negócio jurídico.” (Fl. 162)

Assim como entendido pelo egrégio Tribunal de origem, há regra processual específica incidente sobre a hipótese dos autos.

De fato, dispõe o art. 259, IV, do Código de Processo Civil:

“Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:

(...)

IV - se houver também pedido subsidiário, o valor do pedido principal”

Ora, está expresso na exordial que o caso é de “ação de dissolução de sociedade, *com pedido subsidiário de dissolução parcial*” (fl. 11, destaquei), daí porque é inafastável a incidência da aludida regra.

Já a dissolução societária total, pedido principal formulado no caso concreto, envolve, como não poderia deixar de ser, a desconstituição do próprio pacto social.

Logo, conforme a dicção do inciso “V” do mesmo art. 259 do Estatuto Processual, “quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico”, o valor da causa é “o valor do contrato”. Assim, há regra expressa sobre o tema, cujo acatamento se impõe.

Isso posto, não conheço do especial, ficando sem efeito a liminar concedida na MC n. 6.081-SP, que fica prejudicada.

RECURSO ESPECIAL N. 649.296-DF (2004/0014132-7)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha
Recorrente: Najh Yusuf Saleh Ahmad
Advogados: Nelson Buganza Junior e outros
Recorrida: Jovelmira Rodrigues Matos
Advogados: José Pereira Caputo e outros

EMENTA

Processual Civil. Reintegração de posse procedente. Embargos de retenção por benfeitorias. Discussão não realizada na fase cognitiva. Preclusão.

“Tratando-se de ação possessória, dada a sua natureza executiva, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido previamente na fase de conhecimento.” (REsp n. 549.711-PR, relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, DJ 05.04.2004)

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ 06.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Najh Yusuf Saleh Ahmad, ora recorrente, sucumbiu em ação de reintegração de posse movida por Jovelmira Rodrigues Matos. O réu só então aviou embargos de retenção por benfeitorias realizadas no imóvel cogitado naquela ação.



Ditos embargos foram liminarmente rejeitados, pois “o réu, ora embargante, não deduziu no processo de conhecimento pedido tendente à retenção por benfeitorias.” (Fl. 44)

A orientação foi mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça do DF e Territórios em sede apelatória, sob motivação assim sumariada:

“Processual Civil. Embargos de retenção por benfeitorias. Direito não alegado na ação de reintegração de posse. Não cabimento.

Afigura-se incabível o manejo de embargos de retenção por benfeitorias se o direito não foi postulado quando do oferecimento de resposta na ação de reintegração de posse.” (Fl. 90)

Daí o recurso especial interposto pelo embargante, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, por sugerida afronta aos arts. 744, § 1º, I, da Lei adjetiva Civil, 516 do antigo Código Civil e dissídio pretoriano. Sustenta “cabíveis os embargos de retenção por benfeitorias (...) ainda que a parte tenha deixado de se manifestar sobre o tema na ação de reintegração de posse.” (Fl. 106)

Respondido e inadmitido, o apelo teve seu trânsito desembaraçado em razão de agravo de instrumento por mim provido (Ag n. 554.582-DF).

O recorrente também ingressou com medida cautelar nesta Corte (MC n. 7.193-DF), pleiteando efeito suspensivo ao recurso, por mim concedido liminarmente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): O recorrente defende em seu apelo especial a possibilidade de se discutir retenção por benfeitorias apenas após a sentença de procedência proferida em sede de reintegração de posse.

Sem razão.

Entende-se nesta Corte que a natureza executiva das ações possessórias impõe seja discutida a retenção por benfeitorias ainda em fase cognitiva. Nesse sentido, confirmam-se:

“Embargos de retenção por benfeitorias. Ação de resolução contratual cumulada com reintegração de posse. Questão não discutida no processo de conhecimento. Preclusão.

Tratando-se de ação possessória, dada a sua natureza executiva, o direito à indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido previamente na fase de conhecimento. Providência não tomada pelo interessado.

Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 549.711-PR, relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, DJ 05.04.2004).

“Recurso especial. Ação de rescisão de termo de recebimento do imóvel cumulada com pedido de reintegração de posse. Embargos de retenção. Cerceamento do direito de defesa. Revelia. Prejudicialidade.

1. Em se tratando de ação também possessória, cuja executividade depende apenas da expedição do respectivo mandado de reintegração, o direito a indenização e retenção por benfeitorias deve ser discutido na fase de conhecimento, sob pena de preclusão, e não nos embargos de retenção.

(...)

4. recurso especial não conhecido” (REsp n. 54.780-DE, relatado pelo eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19.05.1997).

Observo que o REsp n. 111.968-SC, por mim relatado, DJ 02.10.2000, refere-se tão-somente às ações reivindicatórias, de natureza distinta, não servindo, assim, para infirmar a tese recém exposta, aplicável somente a ações de cunho possessório.

Logo, forte em tais razões, não conheço do recurso especial e casso a liminar concedida na MC n. 7.193-DE, que fica prejudicada.

RECURSO ESPECIAL N. 681.479-RS (2004/0117822-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Tatiane Gonçalves de Avila Nascimento

Advogado: Antônio Augusto Nascimento Batista

Recorrido: Expresso São Pedro Ltda

Advogados: Juliana Pires Santos e outros

EMENTA

Civil. Acidente de trânsito. Amputação da mão esquerda. Dano moral e estético. “Dote”. CC/1916, art. 1.538, § 2º. Exegese. Inclusão como dano moral. Valor. Juros moratórios. Termo inicial. Data do acidente. Responsabilidade civil extracontratual. Súmula n. 54-STJ.

I - O chamado “dote”, previsto no art. 1.538, § 2º, do Código Civil revogado, destinado a indenizar a mulher lesionada com aleijão ou



deformação, que, em razão da idade, seria, em tese, capaz de aspirar casamento, e que fica, pela seqüela permanente, a tanto prejudicada, é, hodiernamente, ressarcido como dano moral, assim devendo ser considerado quando da fixação do montante pelo órgão judicial.

II - Assim feito pelo acórdão *a quo*, como se depreende da sua fundamentação, o mesmo acontecendo com o dano estético, também avaliado e deferido, inexistente ofensa, no particular, à legislação apontada, ou supressão do direito da autora, que obteve o reconhecimento da Corte em relação aos pedidos feitos.

III - “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”, Súmula n. 54-STJ.

IV - Recurso especial conhecido em parte 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 em parte do recurso e, nessa parte, 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 Jorge Scartezzini, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 18.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Tatiane Gonçalves de Avila Nascimento interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Carta Política, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 202):

“Apelação. Acidente de trânsito. Autora que teve amputada a mão esquerda.

1. Prótese. Demonstrado que a autora já a utiliza, deverá a ré ressarcir-la do valor despendido, a ser apurado em liquidação de sentença.

2. Pensionamento mantido em 60% do salário mínimo, considerando que a autora não trabalhava à época do sinistro — contava apenas dez anos

de idade — e que não restou incapacitada para exercer atividades laborais como a de psicóloga, para a qual está se preparando.

3. Dote. Indenização que tem a mesma natureza dos danos estéticos e morais. Desacolhimento.

4. Danos morais e estéticos. Reparação que já era admitida, mesmo antes da CF/1988, segundo jurisprudência e Código Civil então vigente. Cabível a cumulação, se diversas as causas de pedir.

Danos estéticos já concedidos pela sentença, embora sob a denominação de danos físicos.

Quantum reparatório mantido, pois em consonância com os parâmetros da Câmara, com o grau de culpa do causador do sinistro e com as seqüelas sofridas pela demandante. 130 salários mínimos por danos estéticos e 100 salários mínimos por danos morais.

5. Juros moratórios. Incidem a contar da citação, momento em que caracterizada a mora da empresa ré, que não foi a causadora direta do dano.

Apelo da ré improvido. Recurso adesivo da autora parcialmente provido.”

Alega a recorrente que a decisão violou o art. 1.538, § 2º, do Código Civil revogado, porquanto a verba indenizatória nele consignada não se confunde com o dano estético, de modo que cabia ser deferida tal como postulada na emenda à inicial.

Aduz, mais, que o dano estético também não se confunde com o moral, de modo que não podem ser reunidos, cabendo a sua avaliação em separado, e não em um único valor englobado, como feito.

Assevera, ainda, que os juros moratórios são devidos a partir do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 desta Corte.

Contra-razões às fls. 257/265, pugnando, em preliminar, pelo não conhecimento do recurso, e, no mérito, pela manutenção do *decisum*.

O recurso foi admitido pelo Tribunal *a quo* (fls. 269/270).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo provimento parcial do recurso, assim sumariado, *verbis* (fl. 277):

“Recurso especial, art. 105, III, alíneas **a** e **c** da carta magna. Ação de indenização. Juros moratórios. Termo inicial. Súmula n. 54-STJ. Possibilidade de cumulação de danos morais com materiais. Dote. Inclusão como dano moral. Parcial provimento do recurso.”

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, onde se discute sobre indenização a ser paga à autora, que foi vítima de acidente de trânsito, ocasião em que teve amputada a sua mão esquerda, além de danos morais e estéticos.

É apontada ofensa ao art. 1.538, § 2º, do Código Civil, que reza:

“Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

(...)

§ 2º Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito”.

No julgamento do REsp n. 248.869-PR, assim me pronunciei sobre a interpretação do que representa, modernamente, o ressarcimento preconizado no *caput* acima transcrito. Disse, no voto condutor daquele aresto, o seguinte:

“Isso, todavia, não leva à conclusão de que a dobra é devida no caso dos autos.

É que o objetivo da citada dobra, ao que se extrai da redação do art. 1.538 e seu § 1º, do Código Civil, é a compensação pelo ‘aleijão ou deformidade’, isto é, o que hoje a jurisprudência vem ressarcindo mediante a indenização pelo chamado dano estético, aqui igualmente postulado pelo autor. Ambos possuem igual origem, natureza e destinação.

Daí que, se deferida a dobra e ainda o dano estético, que defiro a seguir, haverá um *bis in idem*, o que é inadmissível.”

O acórdão restou assim ementado:

“Civil e Processual. Ação de indenização. Acidente de veículos. Perda de braço. Dano estético e moral. Cumulação. Possibilidade. Lucros cessantes. Dobra. Decisão *extra petita* não configurada. Incabimento quando já deferido o dano estético. *Bis in idem*. CC, art. 1.538, § 1º. Aplicação analógica inviável em relação ao dano moral.

I - Possível a cumulação dos danos estético e moral, ainda que decorrentes de um mesmo sinistro, se identificáveis as condições justificadoras de cada espécie.

II - Compreende-se subsumido no pedido de lucros cessantes a dobra prevista no art. 1.538, parágrafo primeiro, do Código Civil, sendo dispensável a menção expressa à duplicação, inerente à postulação e ao caso concreto descrito na exordial.

III - Improcedentes, todavia, tanto a dobra quando também já deferido o ressarcimento pelo dano estético, sob pena de configuração de *bis in idem*, como a extensão, por analogia, do acima citado dispositivo legal ao dano moral, eis que são taxativas as hipóteses de incidência da dobra.

IV - Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos.” (unânime, DJ 12.02.2001)

Na espécie dos autos, não se cuida de pedido alusivo ao § 1º (dobra), mas do § 2º (dote), o que, entretanto, recai na mesma interpretação, já que ela é dada, como explicitado, ao *caput* do art. 1.538, sobre ser a sua natureza englobada no dano estético, o primeiro caso, e moral, o segundo.

Especificamente quanto ao dote, assim se manifestaram, ainda, os seguintes arestos, *litteris*:

“Responsabilidade civil. Indenização a ser paga pelo departamento de estradas de rodagem, a vítima de acidente causado pela má conservação da rodovia, dote, art. 1.538, § 2º do Código Civil. Cegueira total.

A verba alusiva ao dote, de que cuida o art. 1.538, § 2º, do Código Civil, apresenta nos termos atuais caráter também compensatório de danos morais. Mulher jovem, divorciada, vitimada por cegueira total e a decorrente depressão psíquica. Fixação, pela sentença, em cinqüenta salários mínimos. Condenação restabelecida.

O recurso especial, pela alínea **c** não pode ser conhecido, se trazidos a colação apenas arestos do mesmo Tribunal (Súmula n. 13-STJ).

Apelo especial conhecido pela alínea **a** e, em parte, provido.” (Quarta Turma, REsp n. 28.095-RJ, Relator Ministro Athos Carneiro, por maioria, DJ 17.05.1993)

(...)

“Civil. Dano moral, material e estético. Cumulabilidade. Juros compostos. Dote. Matéria de fato.

I - Inadmissível a indenização por dano moral e dano estético, cumulativamente, ainda derivados do mesmo fato, quando, embora de regra subsumindo-se naquele, comporte reparação material, já concedida, nem assim é de se deferir rubrica, a título de dote, quando esta contenha índole compensatória de danos morais deferidos.



II - Juros compensatórios são exigíveis tão só daquele que haja praticado o ilícito (preposto) e não do preponente.

III - Matéria de fato (Súmula n. 7-STJ).

IV - Recurso não conhecido.” (Terceira Turma, REsp n. 156.453-SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, por maioria, DJ 17.05.1999)

Conclui-se, pois, que o dote é, hoje, compensado pelo dano moral, assim devendo ser considerado para a sua fixação também as seqüelas previstas no § 2º do art. 1.538 do Código Civil, quando se cuide de mulher potencialmente prejudicada em suas perspectivas amorosas, em face das seqüelas sofridas.

Não se configura, dessa forma, ofensa ao referenciado dispositivo legal.

E, em relação ao dano estético, ele, indubitavelmente, é distinto do dano moral, mas somente haveria ofensa ao direito da autora se ele tivesse sido indeferido pelas instâncias ordinárias, o que não aconteceu concretamente, como se constata do seguinte excerto do voto do Relator (fl. 208):

“Ocorre que a sentença já concedeu verba reparatória a esse título, embora denominada de danos físicos.

Os danos estéticos consubstanciaram-se, no presente caso, na perda da mão esquerda da autora, pessoa jovem que, indiscutivelmente, teve afetada a aparência pela seqüela mencionada.”

Por fim, no que tange aos juros moratórios, a razão está com a recorrente.

A responsabilidade civil, no caso, decorre de ato ilícito extracontratual, pelo que torna-se aplicável à espécie a orientação do STJ cristalizada em sua Súmula n. 54, que reza:

“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e dou-lhe parcial provimento, nos termos acima.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 706.141-PR (2004/0168209-1)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Vanda Aparecida Oliveira Manoel Souza

Advogados: Luiz Roberto Rech e outros
Recorrido: Rony Cesar Centenaro Valenza
Advogado: Rony Cesar Centenaro Valenza (em causa própria)

EMENTA

Recurso especial. Art. 525, inciso I, do CPC. Autenticação “folha por folha”. Instrumentalidade das formas. Ausência de prejuízo às partes quanto ao direito material.

1. Constando dos autos declaração do advogado quanto à fidelidade das cópias que instruem o agravo de instrumento, desnecessária se faz a autenticação folha por folha.

2. Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes 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 do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Brasília (DF), 3 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 30.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso especial interposto por Vanda Aparecida Oliveira Manoel de Souza, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que, à unanimidade de votos, negou provimento ao agravo regimental manejado pela Recorrente, mantendo o óbice apontado ao processamento do agravo de instrumento.

Sustenta, a par da divergência jurisprudencial, negativa de vigência aos arts. 525, inciso I, e 544, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.



Prazo para contra-razões transcorrido *in albis*. (Fl. 162)

Recurso especial admitido na origem. (Fl. 165)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Com razão a Recorrente.

2. Assim se encontra redigida a ementa do acórdão ora guerreado:

“Agravo de instrumento. Fotocópias que instruem a petição recursal carentes de autenticação regular. Arts. 365, Inciso III e 384 do CPC. Deficiência de instrução. Descumprimento do requisito do art. 525, Inciso I, do CPC. Seguimento negado. Irresignação. Agravo inominado. Alegação de que é inexigível a dita autenticação. Postulação do processamento do recurso obstado. Persistência do defeito processual. Desprovimento.”

Todavia, manter essa decisão e, pois, exigir a autenticação das cópias, folha por folha, com a devida vênua, significaria um exagerado formalismo, ao qual este Superior Tribunal, alinhado às mais modernas correntes instrumentalistas, não tem como aderir.

Ademais, o provimento do presente recurso terá como conseqüência, tão-somente, arredar o obstáculo apontado para a admissibilidade do agravo de instrumento, disso não decorrendo, qualquer prejuízo às partes, no tocante ao direito material em discussão.

Nesse mesmo sentido, recente julgado da lavra da eminente Ministra Eliana Calmon:

“Agravo regimental. Assinatura. Advogado. Petição. REsp.

Trata-se de agravo regimental interposto de decisão que não conheceu de agravo de instrumento diante da inexistência de assinatura do advogado na petição do recurso especial. A Ministra-Relatora anotou que a jurisprudência desta Corte é extremamente severa no trato do agravo de instrumento, quase como um direito de defesa da Corte, diante do assoberbamento de processos, tratamento esse que está em pólo oposto ao que tem sido adotado pelos processualistas e pelo próprio Direito pretoriano que, aos poucos, tenta despregar-se da rigidez das regras formais do processo. *A flexibilização no tratamento das normas formais visa sempre salvar o direito material, quando não houver prejuízo para a outra parte e puder o ato atingir sua finalidade. Os precedentes trazidos à colação pelos agravantes demonstram a tendência, no STJ, quanto à adoção do princípio da finalidade, mas*

todos eles referem-se a irregularidades ocorridas nas instâncias ordinárias. Entende que está em descompasso com a tendência processual da flexibilização a rigidez no tratamento que se dá ao agravo de instrumento a qual, embora tenha por escopo diminuir o número de processos, contém em seu bojo uma punição ao advogado que se descarta de uma filigrana processual. Foi o que ocorreu na hipótese. Apenas se colocaram no instrumento cópias sem as assinaturas, segundo o recorrente. Embora não se possa ter certeza, neste momento, de que a petição original do recurso especial foi devidamente assinada, inexistente prejuízo algum em mandar subir os autos, até porque a irregularidade, se confirmada, poderá ensejar o não-conhecimento do especial (Súmula n. 115-STJ). Assim, a rigidez a ninguém aproveita, senão a um tratamento que se distancia da regra de ouro inserida no princípio de que a instrumentalidade das formas não pode sacrificar o direito maior a quem serve o processo. Com essas considerações, a Turma deu provimento ao agravo regimental para prover o agravo de instrumento, determinando a subida do recurso especial para melhor exame. Precedente citado: AgRg no Ag n. 680.480-SP, DJ 05.05.2006. AgRg no Ag n. 688.689-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 27.06.2006.” (in Informativo de Jurisprudência do STJ n. 290, grifei).

Assim, constando dos autos declaração do advogado quanto à fidelidade das cópias que instruem o agravo de instrumento (fl. 9), desnecessária se faz a autenticação folha por folha, como exigida.

3. Dessarte, dou provimento ao presente recurso especial para que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, afastado o óbice apontado, prossiga na análise do agravo de instrumento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 708.209-SP (2004/0172591-2)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Marcos Inácio

Advogados: Genesio Corrêa de Moraes Filho e outros

Recorrida: Sul América Aetna Seguros e Previdência S/A

Advogados: Alan Kardec Rodrigues e outros



EMENTA

Civil e Processual. Seguro. Ação que postula cobertura indenizatória por invalidez. Alcoolismo pré-existente. Omissão. Sucessivas renovações do contrato. Má-fé não-configurada. Cobrança devida. CC, arts. 1.443 e 1.444.

I - Inobstante a omissão do segurado sobre padecer de alcoolismo quando da contratação, não se configura má-fé se o contratante demonstrou que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes, somente vindo a se aposentar por invalidez muitos anos após.

II - Precedentes.

III - 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, 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 Jorge Scartezzini, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 16.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Marcos Inácio interpõe, pelas letras **a e c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 325):

“Seguro de vida e acidentes. Omissão de informações sobre anteriores internações. Questões ligadas ao motivo da aposentação do segurado. Falta de boa fé. Se o segurado, ao pactuar contrato de seguro de vida e acidentes, não se submetendo a exame clínico prévio, preenche documento em que omite informações importantes e evidentes sobre seu real estado de saúde, omitindo anteriores procedimentos médicos e internações ocorridas pelos

mesmos motivos que ensejaram sua aposentação, não pode vir a pleitear o pagamento da indenização. Não colhe a assertiva de que o alcoólatra não sabe do mal que é portador ou não aceita esta sua condição, porquanto o segurado já estivera internado em virtude de alcoolismo em diversas outras ocasiões anteriores ao preenchimento da proposta de seguro. Recurso a que se nega provimento.”

Alega o recorrente que a imputação de má-fé, por presunção, ofende os arts. 1.443 e 1.444 do Código Civil de 1916, além de divergir da orientação do STJ, que invoca.

Aduz que o alcoolismo é doença sutil que não é admitida por sua vítima, não havendo prova da má-fé desta, salientando que deveria a ré ter verificado as condições de saúde do contratante.

Sem contra-razões (cf. fl. 349).

O recurso especial teve sua admissibilidade inicialmente deferida com o provimento do Ag n. 596.911-SP.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Cuida-se de ação em que o autor postula o pagamento de indenização securitária por invalidez.

O acórdão *a quo*, confirmando a sentença de improcedência, traz a seguinte fundamentação contida no voto condutor, da eminente Desembargadora Regina Zaquía Capistrano da Silva, *verbis* (fls. 327/329):

“Em que pese o inconformismo do apelante, melhor sorte não lhe assiste. Com efeito, a prova carreada aos autos é contundente no sentido de que o apelante, em épocas anteriores à contratação do seguro ora questionado, já havia sido internado em decorrência de alcoolismo, conforme laudos de fls. 192/193 (17.10.1980), 196 (19.02.1986) e 197 (24.04.1986), todos roborados pelo relatório de fl. 224, enquanto o contrato de seguro foi pactuado tão somente em junho de 1989.

Ora, ainda que o apelante não se sentisse doente ou dependente de álcool, estava plenamente ciente de suas intenações sempre em decorrência dos abusos cometidos com a ingestão de tal produto químico, e isto desde os vinte anos de idade, de sorte que a omissão de tal dado quando do preenchimento do cartão proposta obsteu à seguradora cientificar-se de dado relevante a respeito das condições de saúde e *modus vivendi* daquele a quem pretendia vender o seguro em tela.



Vale ponderar que o afastamento definitivo do apelante de suas atividades laborais se deu em virtude do alcoolismo, e não de qualquer outra enfermidade, consoante prova contundente carreada aos autos, sendo certo que após a realização do primeiro contrato de seguro, este veio a ser aditado pelas partes em 1991 e 1995, oportunidades em que o segurado, agora apelante, novamente omitiu sua condição de alcoólatra, embora neste ínterim (entre 1992 e 1994) houvesse sido internado várias vezes em decorrência da ingestão demasiada de álcool, tendo sido inclusive internado para tratamento. Confirmam-se fls. 240/245.

Não colhe a assertiva de que os alcoólatras não aceitam sua condição de dependentes de bebidas, considerando-se sãos, porquanto o apelante, ainda que relutasse em aceitar sua condição de viciado, sabia de todas as suas internações, tratamentos e afastamentos do serviço, inclusive o recebimento, em anterior oportunidade, de auxílio doença por motivo de alcoolismo, omitindo deliberadamente tais fatos perante a seguradora.

Não altera o quadro probatório o fato de que a seguradora não realizou exame prévio no apelado, porquanto nesta hipótese, assume ela o ônus de arcar com o pagamento de indenização ainda que frente a doença pré-existente, se desconhecida; não se pode, todavia, acoimar de desconhecida a condição de alcoólatra do apelante, ensejando a aplicação dos arts. 1.443 e 1.444 do Código Civil de 1916, observado o princípio de que *tempus regit actum*.

Isto posto, nego provimento ao recurso e mantenho íntegra a respeitável decisão combatida.”

Tenho que a decisão merece reparo.

Em primeiro, não há razão para se exigir que a seguradora contratada faça uma espécie de *check-up* completo e gratuito no proponente, para se assegurar que as informações prestadas correspondem ou não à realidade. Constitui responsabilidade do segurado ser fiel nas respostas, porquanto o que se espera é um comportamento ético de ambos os contratantes.

Há casos, todavia, em que mesmo havendo omissão, não se identifica má-fé, se o segurado, embora fosse portador de doença pré-existente, ainda sobrevive por muito tempo, renovando, inclusive o seguro, a denotar que não estava em estado crítico, a causar sua morte ou invalidez.

Nessa linha, por exemplo, foi o julgamento do REsp n. 116.024-SC, de minha relatoria, assim ementado o aresto:

“Civil. Seguro de vida em grupo. Doença preexistente. Omissão. Longevidade do segurado após a contratação. Elevação da cobertura. Valor

anterior diminuto. Razoabilidade no aumento da cobertura pretendida. Má-fé não configurada. Indenização devida. CC, arts. 1.443 e 1.444.

I - Inobstante a omissão do segurado sobre padecer de cardiopatia quando da contratação, não se configura má-fé se o mesmo sobrevive por manter vida regular por vários anos, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes.

II - Verificado nos autos que o valor do seguro era diminuto, igualmente não pode ser afastada a boa-fé se o segurado, por ocasião da última renovação, o elevou a patamar absolutamente razoável, para que o mesmo tivesse a significação própria dessa espécie de proteção econômica contratual.

III - Precedentes.

IV - Recurso especial conhecido e provido.” (Quarta Turma, unânime, DJ 25.08.2003)

Na hipótese dos autos, a solução deve ser a mesma.

A primeira contratação do seguro de vida ocorreu em junho de 1989 (fl. 287), e desde então o autor o vinha sucessivamente renovando, também aumentando, por algumas vezes, o valor segurado, até que em 1994 foi considerado incapacitado para o trabalho.

Ora, nessas circunstâncias, não se pode efetivamente afirmar que agiu de má-fé o segurado, se o contrato era antigo e, evidentemente, manteve o autor a sua relativa higidez física por tempo bastante razoável (cerca de cinco anos), até vir a ser considerado incapacitado. No período, o prêmio foi pago à seguradora repetidamente.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para julgar procedente a ação, determinando à ré o pagamento do seguro de conformidade com a última atualização feita pelas partes, corrigido monetariamente desde a data em que deveria ter sido pago, incidindo juros moratórios legais sobre a diferença a partir da citação, além das custas e honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor da condenação.

É como voto.



RECURSO ESPECIAL N. 725.032-RS (2005/0024158-0)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Recorrentes: Carlos Alves Dutra e outro
Advogados: Walter Lemos Lorenzen e outro
Recorridos: Ademar Silva Alves e outros
Advogados: José Junior Santos Dias e outro

EMENTA

Recurso especial. Civil. Venda a descendente. Art. 1.132 do CC/1916. Art. 496 do atual CC. Venda de avô a neto, estando a mãe deste viva. Ausência de consentimento dos demais descendentes. Ato anulável. Desnecessidade de prova de existência de simulação ou fraude. Recurso não conhecido.

1. Inexistindo consentimento dos descendentes herdeiros do alienante, é anulável a venda de ascendente a descendente, independentemente do grau de parentesco existente entre vendedor e comprador.

2. *In casu*, os filhos do alienante estão vivos e não consentiram com a venda do imóvel, por seus pais, a seu sobrinho e respectiva esposa.

3. A anulabilidade da venda independe de prova de simulação ou fraude contra os demais descendentes.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes 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, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Cesar Asfor Rocha e Jorge Scartezzi- ni votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Scartezzi- ni.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso especial, interposto por Carlos Alves Dutra e Ezoé Maria da Silva Dutra, com fulcro no inciso **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“Ação de anulação de escritura pública de venda de imóvel do avô para neto. Venda de ascendente à descendente. A finalidade do art. 1.132, CC é evitar a desigualdade das legítimas. A venda de imóvel de avô para neto não afasta a incidência do referido dispositivo legal, viabilizando o exercício de pretensão anulatória.

Apelação provida.”

Afirma-se que o aresto da Corte gaúcha contraria o disposto no art. 1.132 do Código Civil de 1916 (que encontra redação semelhante no art. 496 do atual Código Civil); no entender dos recorrentes, ao aludir a “descendentes”, o dispositivo somente diz respeito aos próximos e não aos remotos, de sorte que “interpretação diversa (...) conduziria ao absurdo de qualquer venda que envolvesse ascendentes e descendentes de qualquer grau estar condicionada ao consentimento de todos os descendentes até o infinito, o que praticamente inviabilizaria o instituto.” (Fls. 156/161)

Trazem os recorrentes o entendimento de Arnaldo Rizzardo, para quem “os descendentes que devem consentir são os mais próximos. Se todos os filhos estiverem vivos, só é necessário o assentimento deles, malgrado o texto do art. 1.132 use o termo ‘descendentes’. Unicamente no caso de falecimento de um dos filhos torna-se imprescindível o consentimento dos netos. A participação do descendente de grau inferior é exigida a título de representação”.

Daí pedirem o provimento do especial, para que seja julgada improcedente a ação de anulação de escritura pública.

Sem contra-razões; admissibilidade negativa na origem (fls. 168/169); o eminente Ministro Fernando Gonçalves deu provimento ao *Agravo de Instrumento n. 508.448-RS*, determinando a subida do recurso especial.

Breve histórico do caso:

Os recorridos, *Ademar Silva Alves e outros*, ingressaram em juízo, em julho de 1995, com ação de anulação de escritura pública de venda de imóvel contra os recorrentes, afirmando que o réu Carlos Alves Dutra teria adquirido, em outubro de 1975, imóvel rural de João Maurílio Alves e sua esposa, Universina da Silva Alves, avós do comprador, sem o consentimento expresso dos demais



descendentes, então autores; os vendedores teriam falecido em 1993 e 1986, respectivamente. (Fl. 2/5)

Os recorrentes contestaram a ação, alegando, em suma: inépcia da inicial; prescrição do direito de ação, por ter a escritura sido lavrada há vinte anos, não serem herdeiros dos vendedores, uma vez que a genitora de Carlos Alves ainda se encontra viva, inexistência de simulação, pagamento do preço de mercado. (Fls. 25/30)

A douta promotora de justiça de 1º grau manifestou-se pela improcedência da ação: “não poder-se-ia exigir o consentimento para a realização de venda, de netos, salvo se já descendentes imediatos dos alienantes, por representação a descendente falecido. (...) Não há na inicial pretensão objetivando o reconhecimento de fraude à lei, de simulação, o que poderia, hipoteticamente falando, se o comprador, Carlos Alves Dutra fosse menor, ou não tivesse recursos próprios.” (Fl. 81, “vs”)

Decidiu o juízo primevo, também escorando-se no magistério de Arnaldo Rizzardo, pela rejeição do pedido. Confira-se excerto do *decisum*: “*In casu*, verifica-se que, quando se efetivou a venda do imóvel rural por João Maurílio Alves e Universina da Silva Alves ao seu neto, Carlos Alves Dutra, a mãe deste e filha daqueles, Oscarina das Neves Alves Dutra, ainda existia. Como o réu não era herdeiro sucessível, apenas descendente de grau inferior, não havia necessidade de assentimento dos demais descendentes (próximos) dos alienantes, para realização válida do negócio jurídico em tela.” (Fls. 110/114)

Seguindo-se a apelo dos ora recorridos e parecer do ilustre representante do *Parquet* gaúcho, em segunda instância, pelo acolhimento do recurso (fls. 133/136), sobreveio o aresto guerreado, dando provimento à apelação, sob fundamento de que “a previsão legal atinge aos descendentes, referindo-se aos netos. A terminologia descendente, utilizada no dispositivo legal, abrange não só os herdeiros chamados à sucessão, mas os descendentes, na concepção legal, o que engloba a venda tanto aos filhos, como aos netos, em decorrência do direito de representação. (...) Assim, não se operando tal consentimento, entende-se ter havido fraude à legítima dos herdeiros, o que implica nulidade da venda feita ao neto.” (Fls. 143/150)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Dispunha o art. 1.132 do Código Civil de Clóvis Beviláqua:

“Art. 1.132 Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam.”

Tal regra encontra equivalência no novo Código Civil, no *caput* do art. 496, que, resolvendo antiga discussão doutrinária e jurisprudencial, deixou claro ser anulável — e não nula — a venda a descendente, salvo havendo consentimento expresso dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

2. O argumento trazido pelos recorrentes, de que “qualquer venda que envolvesse ascendentes e descendentes de qualquer grau” ficaria “condicionada ao consentimento de todos os descendentes até o infinito” não serve ao desate da verdadeira *quaestio* em discussão, tal qual se põe concretamente na espécie; *in casu*, os descendentes, efetivamente herdeiros dos alienantes (seus filhos, ora recorridos), não consentiram na venda do imóvel rural em disputa para seu sobrinho (neto dos alienantes) e respectiva esposa, ora recorrentes.

3. Conquanto criticada por parte da doutrina pátria, é certo que a proibição, originária das Ordenações Manuelinas e conservada nas Filipinas, se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro, ainda agora pelo novo Código Civil; e não há, sequer historicamente, distinção entre descendentes aos quais o alienante estaria impedido de consumir a venda e outros a quem a restrição não alcançaria; *o Código impede a venda, genericamente, a todos os descendentes*.

Confira-se, a respeito, o magistério de Paulo Luiz Netto Lôbo:

“Ascendentes são todos os parentes em linha reta dos quais proveio o comprador. A linha ascendente é sucessiva, dos mais próximos aos mais remotos, figurando uns aos outros na relação de descendente e ascendente, ou seja, pai e mãe, avós, bisavós etc. A mesma relação de reciprocidade ocorre com a linha reta descendente, considerada a partir do vendedor, a saber, filhos, netos, bisnetos etc. Para fins do artigo sob comento ascendente é o vendedor e descendente é o comprador.

A proibição relativa não diz respeito apenas aos parentes mais próximos ou de 1º grau, por exemplo, pai vendedor e filho comprador. Também é aplicável à hipótese de parentesco em linha reta de mais de um grau, a exemplo da venda feita pelo avô ao neto. Quando se tratar de venda a descendente de grau mais distante todos os descendentes de mesmo grau ou de grau anterior devem consentir. No exemplo da venda ao neto, todos os filhos vivos, incluindo o pai ou a mãe do comprador, seus tios e os demais netos do vendedor devem participar do consentimento. (in Comentários ao Código Civil, vol. 6, arts. 481 a 564, coordenador Antônio Junqueira de Azevedo, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 82/83, grifei)



Prossegue, agora tendo sob mira os efeitos e conseqüências da venda:

“A anulabilidade da venda a descendente independe de prova de dissimulações de doações prejudiciais aos outros descendentes. As doações aos herdeiros são permitidas; o que não se permite, por nulidade, é o excesso do valor correspondente às legítimas.”

(...)

“A decretação judicial da anulabilidade, quando requerida por interessado legítimo, alcança todo o contrato de compra e venda, com eficácia ex tunc. A falta de consentimento de qualquer dos descendentes ou do cônjuge do vendedor é suficiente para propiciar a anulabilidade, ainda que os demais o tenham feito.”

(...)

“O requisito único para a anulabilidade é que tenha havido a venda sem o consentimento dos descendentes e cônjuge do vendedor. Não se pode investigar o motivo ou a intenção de prejudicar. Não se indaga se houve ou não simulação. A venda tem de ser declarada anulada se qualquer descendente pleitear a invalidade judicialmente.” (obra citada, p. 85, 87/88, grifei)

Não se desconhece a existência de posicionamento em sentido contrário, como o do respeitado Athos Gusmão Carneiro, em artigo escrito em 1961, época em que já defendia “que o vendedor não necessita legalmente de consultar os filhos, se deseja alienar bens a um neto, que dele não seja sucessor imediato na data do negócio” (*in* Venda de avô a neto, vivos os pais do comprador e o disposto no art. 1.132 do Código Civil, Revista Jurídica n. 50/31, Porto Alegre, 1961); todavia, prevalece a regra obstativa, independentemente do grau de proximidade entre ascendente vendedor e descendente comprador.

4. Quanto à necessidade de prova de que o ato prejudicaria outros descendentes, em que pese existir decisão que a exige, provindo da colenda Terceira Turma deste Tribunal, permitindo a venda a descendente, reputada necessária a “comprovação de que houve, no ato, simulação, com o objetivo de dissimular doação ou pagamento de preço abaixo do preço de mercado” (REsp n. 476.557-PR, Terceira Turma, Relator Ministro Nancy Andrighi, DJ 22.03.2004), prospera o entendimento de ser anulável o negócio jurídico, *independente da necessidade de prova de simulação, fraude ou intenção de se prejudicar os demais descendentes*. Neste sentido:

“Civil e processual. Venda de bem entre ascendente e descendente sem assentimento dos demais herdeiros. Matéria de prova.

I - A vedação legal da venda de bens entre ascendente e descendente, segundo a jurisprudência, tem por objetivo evitar que, sob a aparência de venda, se dissimulem doações prejudiciais aos outros descendentes; mas *não se pode aduzir que a anulabilidade da venda esteja condicionada à prova da simulação. A condição única e suficiente é que a venda tenha sido feita sem o assentimento dos demais descendentes.* Inteligência do art. 1.132 do Código Civil.

II - Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 84.724-SP, Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 25.11.1996, grifei)

Com essa orientação, tornar-se-ia mesmo despiciendo discernir se aos contratantes, isto é, alienante e comprador, é que caberia provar a inexistência de simulação no negócio: Ag n. 672.414-RS, Relator Ministro Castro Filho, DJ 18.11.2005 e Ag n. 467.278-SC, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 27.03.2003.

5. Diante do exposto, ausente contrariedade ao art. 1.132 do Código Civil de 1916, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 728.251-SP (2005/0031112-0)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Eleusa de Souza Aftim
Advogado: Sérgio Augusto da Silva
Recorrido: Condomínio Edifício Las Vegas
Advogado: Simone Elaine Delappe

EMENTA

Recurso especial. Ação de cobrança. Cotas condominiais. Legitimidade passiva. Adjudicação. Questão controvertida. Obrigação *propter rem*. Proprietária. Dissídio jurisprudencial. Não configuração. Recurso não conhecido.

1. A teor do art. 255, § 2º, do RISTJ, para a apreciação e comprovação da divergência jurisprudencial, devem ser expostas as circunstâncias que identificam os casos confrontados, impondo-se a similitude fática entre o v. acórdão recorrido e o paradigma com



tratamento jurídico diverso. Outrossim, necessária a juntada de cópias integrais de tais julgados, ou ainda, a citação do respectivo repositório oficial de jurisprudência. No caso vertente, a recorrente não realizou o necessário confronto analítico entre os arestos apontados como divergentes, impossibilitando o conhecimento do recurso pela divergência.

2. Na linha da orientação adotada por este Tribunal, não ofende a lei decisão que reconhece a legitimidade da proprietária do imóvel em contenda, para responder pelas despesas condominiais, ainda que tenha alegado a adjudicação do bem a terceiros, porquanto a questão acerca da transferência da propriedade do imóvel no período do inadimplemento das taxas condominiais é controvertida, bem como não resta esclarecido quem detinha a posse do mesmo, e tendo em vista, sobretudo, a natureza *propter rem* das cotas condominiais.

3. 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, César Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini , Relator

DJ 12.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que o Condomínio Edifício Las Vegas ajuizou, em face de Alberto Aftim e Eleusa de Souza Aftim, Ação de Cobrança objetivando o recebimento de cotas condominiais vencidas e não pagas, bem como as vincendas no curso do processo, referentes à unidade 1208 do mencionado condomínio.

O magistrado local julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, por considerar a ilegitimidade passiva, uma vez que o imóvel havia sido adjudicado.

Inconformado, o Condomínio apelou, tendo o Tribunal *a quo* dado provimento ao recurso e condenado os réus ao pagamento das cotas condominiais em atraso, bem como as vincendas, além dos encargos moratórios. O *decisum* restou assim sumariado (fl. 409), *in verbis*:

“Ação de cobrança. Despesas Condominiais. Reconhecimento da ilegitimidade passiva. Extinção do processo, sem julgamento do mérito. Alegada ilegitimidade dos demandados, por serem proprietários do imóvel. Adjudicação a terceiros ainda não levada a registro. Agravo retido já decidido, com o não conhecimento. Acolhimento da apelação. Legitimidade passiva caracterizada. Possibilidade de propositura da ação frente a todo aquele havido como condômino, assim o proprietário, o compromissário-comprador ou assemelhados, mesmo sem título registrado. Hipótese, porém, de opção pelo condomínio, no interesse da massa condominial. Inteligência do art. 12 combinado com o art. 9º da Lei n. 4.591/1965. Escolha dos requeridos proprietários validamente feita. Extinção pela ilegitimidade afastada. Conhecimento, desde logo, do pedido, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC. Inocorrência de impugnações consistentes às assertivas fácticas da inicial. Prevalhecimento delas. Recurso provido, com conhecimento e procedência do pedido.

Admissível, desde que haja interesse da massa condominial e apenas como faculdade desta, figurar como réu nas ações de cobranças de despesas condominiais, não só o proprietário, mas, alternativamente, o promissário-comprador ou o cessionário, mesmo sem título levado a registro. Optando o condomínio por um ou outro, fá-lo validamente, não restando configurada, em qualquer hipótese, a ilegitimidade passiva.

Embora cabendo afastar a extinção do processo, sem julgamento do mérito pela ilegitimidade, desnecessária a anulação de sentença e o retorno dos autos para o processamento no 1º grau de jurisdição, porquanto autorizado o conhecimento, desde logo, do pedido na sede recursal, quando presentes os elementos a tanto, segundo norma do art. 515, § 3º, do CPC.”

Opostos embargos de declaração, estes não foram conhecidos dado o caráter infringente.

Daí o presente recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, onde a recorrente — Eleusa de Sousa Aftim — alega, em síntese, violação aos arts. 9º e 12 da Lei n. 4.591/1964; art. 1.245 do CC/1916; arts 3º, 267, VI, 295, II, 591, 708, II e 1.046, todos do CPC, além de divergência jurisprudencial.



Contra-razões às fls. 480/486.

Admissibilidade às fls. 489/491.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, no presente recurso especial, calcado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega a recorrente, em síntese, violação aos arts. 9º e 12 da Lei n. 4.591/1964; art. 1.245 do CC/1916; arts 3º, 267, VI, 295, II, 591, 708, II e 1.046, todos do CPC, além de divergência jurisprudencial.

No que tange a alínea **c**, esta Corte Superior tem decidido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio, 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*, inexistente o indispensável cotejo analítico entre os arestos divergentes. Assim sendo, sob esse aspecto o recurso não merece ser conhecido.

Melhor sorte não assiste à recorrente no que tange a alínea **a**.

Com efeito, as despesas de condomínio tratam-se de obrigações de pagar, derivadas da propriedade, direito real por excelência.

Orlando Gomes afirma que há aquelas obrigações que “nascem de um direito real do devedor sobre determinada coisa, a que aderem, acompanhando-o em suas mutações subjetivas. São denominadas obrigações *in rem, ob ou propter rem*, em terminologia mais precisa, mas também conhecidas como obrigações reais ou mistas” (*in Obrigações*, 12ª ed. p. 21). Para o autor, “esse cordão umbilical jamais se rompe. Se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo.”

Sob esse prisma, pois, esta Corte tem afirmado que a ação de cobrança de quotas condominiais pode ser proposta tanto contra o proprietário como contra o promissário-comprador ou afins, *dependendo da situação de cada caso*, pois o interesse primordial é o da coletividade de receber recursos para o pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis, podendo o credor escolher entre aqueles que tenham uma relação jurídica vinculada ao imóvel (v.g. REsp n. 194.481-SP, de relatoria do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22.03.1999). A responsabilidade, portanto, deve ser aferida de acordo com as circunstâncias do

caso concreto (v. g., EREsp n. 138.389-MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13.09.1999).

In casu, a questão acerca da transferência da propriedade do referido imóvel no período do inadimplemento das taxas condominiais é controvertida, bem como não resta esclarecido quem detinha a posse do mesmo.

Ademais, ao que se extrai dos autos, a recorrente continua figurando como proprietária do imóvel em contenda no cartório imobiliário. Nesse particular, extrai-se do *decisum* (fls. 412/413), *verbis*:

“A análise da situação condominial do imóvel sob foco, segundo recente certidão do Registro Imobiliário (fls. 374/376-verso), está a indicar que os requeridos seguem figurando como únicos proprietários do mesmo, não havendo qualquer notícia de alienação dele sob título algum. Vêem-se, somente, os registros de três penhoras, a primeira de execução em outra ação de cobrança movimentada pelo próprio autor, em trâmite perante a 11ª Vara Cível da Capital (R. 9), a segunda de execução em reclamatória trabalhista 54ª Vara Trabalhista (R. 10) e a terceira de execução em nova ação de cobrança também movimentada pelo condomínio, com trâmite perante a 16ª Vara Cível (R. 11). Nada mais. Pelos demais documentos, conclui-se que a última constrição subsiste (fl. 377), enquanto a primeira pereceu, pela extinção da execução derivada de acordo das partes integralmente cumprido (fl. 405). Quanto à segunda penhora, pela impossibilidade de maiores comprovações ante o desaparecimento dos autos da execução trabalhista (fl. 386), há, apenas, evidências de que ocorria a adjudicação do bem (fls. 390, 121/129). De todo modo, essa aquisição, incontroversamente, não foi levada a registro. Outrossim, no divórcio do casal réu, cuja sentença transitou em julgado em dezembro de 1995, não foi o bem em questão partilhado. (Fls. 130/143)

Via de conseqüência, não havendo registro de alienação da unidade autônoma, sob qualquer título, continua sendo, a meu sentir, de propriedade dos requeridos. Consigna-se que, a par de não poder ela, pela falta de registro, produzir efeitos *erga omnes*, dúvidas há, inclusive, se a alienação pela adjudicação ainda persiste, pois, realizada em outubro de 1997 até agora não foi registrada, certamente porque, para tanto, o adquirente deverá fazer prova de quitação do débito condominial.

Na espécie, portanto, optou o autor, validamente, por demandar contra os requeridos, por ostentarem a comprovada condição de titulares do domínio, conforme constante do registro imobiliário. Fez, daí, regularmente



a opção que lhe estava conferida, sendo irrelevante que a virago trouxesse evidências de estar o imóvel alienado a terceiro, pois o respectivo instrumento, inequivocamente, não foi levado a registro. Não a socorre, também, a circunstância de estar divorciada de seu marido, eis que, não se tendo partilhado o imóvel, continua a desfrutar da condição de dona, não mais como comunheira, mas na condição de proprietária.” Grifei

Assim, nada obsta que a recorrida seja acionada para efetuar o pagamento das taxas condominiais que estavam pendentes, lastreado, por óbvio, na natureza *propter rem* das quotas, ressaltando-lhe o direito de regresso.

A propósito:

“Condomínio. Quotas condominiais. Legitimidade passiva. Promessa de compra e venda.

Não ofende a lei a decisão que reconhece a legitimidade da proprietária do imóvel, construtora do prédio, que celebrou contrato de promessa de compra e venda com terceiros, sem disso dar ciência ao condomínio, persistindo ainda hoje a incerteza sobre quem exerce a posse do imóvel.” (REsp n. 278.386-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12.03.2001)

“Civil. Quotas de Condomínio. O proprietário de unidade sujeita a regime de condomínio só se exime da responsabilidade de pagar quotas respectivas, se provar que o condomínio teve ciência da venda do imóvel ou que o adquirente dele tem a posse. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 291.688-SP, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 04.06.2001)

Assim sendo, *não conheço do recurso*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 744.620-RS (2005/0066831-2)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Icatu Hartford Seguros S/A

Advogados: Clarissa Thiesen e outros

Recorrido: Mauro Werb Júnior

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processo Civil. Recurso especial. Violação ao art. 798 do CPC. Falta de prequestionamento e deficiência na fundamentação. Súmulas ns. 356 e 284-STF. Ação cautelar de exibição de documentos. Natureza satisfativa. Dispensa do requisito contido no art. 801, III, do CPC (indicação da lide e seu fundamento).

1. Não enseja interposição de recurso especial matéria não ventilada no julgado atacado e sobre a qual está deficiente a fundamentação da parte recorrente. Incidência das Súmulas ns. 356 e 284-STF.

2. Em regra, as ações cautelares têm natureza acessória, ou seja, estão, em tese, vinculadas a uma demanda principal, a ser proposta ou já em curso. Ocorre que, em hipóteses excepcionais, a natureza satisfativa das cautelares se impõe, como no caso vertente, em que a ação cautelar de exibição de documentos exaure-se em si mesma, com a simples apresentação dos documentos, inexistindo pretensão ao ajuizamento de ação principal. Desta feita, nos casos em que a ação cautelar tem caráter satisfativo, não há que se falar no indeferimento da petição inicial pela inobservância do requisito contido no art. 801, III, do CPC, segundo o qual “o requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará a lide e seu fundamento”. Precedentes (REsp ns. 104.356-ES e 285.279-MG).

3. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja julgada a ação cautelar de exibição de documentos.

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 parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram de acordo os Srs. Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 12.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que Icatu Hartford Seguros S/A ajuizou ação cautelar de exibição de documentos, com pedido de antecipação de tutela, contra o médico Mauro Werb Júnior, objetivando o fornecimento da ficha médica e dos documentos eventualmente existentes relativos ao falecido Alfredo José de Oliveira, a fim de verificar a causa de sua morte antes do pagamento da indenização referente ao seguro de vida em grupo realizado. (Fls. 2/10)

O douto Juízo da 1ª Vara da Comarca de Taquara-RS indeferiu a petição inicial, com base no art. 295, V, c.c. o art. 267, IV, ambos do CPC. (Fls. 29/30)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. (Fl. 34-verso)

Inconformada, a autora apelou. A colenda 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao apelo, conforme se depreende da ementa a seguir transcrita (fls. 57/60):

“Ação cautelar de exibição de documentos. Processo administrativo de concessão de seguro. Ficha médica em poder de terceiro. Ausência dos requisitos autorizadores do procedimento cautelar.

Apelo desprovido”.

Irresignada, Icatu Hartford Seguros S/A interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal de 1988, alegando, em síntese, que o v. acórdão recorrido violou os arts. 798 (possibilidade do juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação), 801 (requisitos a serem preenchidos pela petição inicial da ação cautelar) e 844 (hipóteses em que se admite o pedido de exibição judicial), todos do CPC. (Fls. 64/69)

Não foram apresentadas contra-razões, porquanto não angularizada a relação processual. Admitido o recurso (fls. 82/84-verso), subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, de início, no que tange ao cabimento da via especial com base no art. 105, III, **a**, da Carta Magna, anoto que o art. 798 do CPC não restou devidamente prequestionado, além da recorrente não ter explicado de que forma o v. acórdão recorrido teria violado este dispositivo. Incidem, à espécie, as Súmulas ns. 356 e 284 do excelso Pretório.

Quanto à alegada violação aos arts. 801 e 844 do CPC, tendo a matéria sido tratada pelo Tribunal Estadual, passo à análise das controvérsias suscitadas.

Compulsando os autos, observo que Alfredo José de Oliveira firmou contrato de seguro de vida em grupo com Icatu Hartford Seguros S/A, ora recorrente. Em razão do falecimento do segurado, iniciou-se o processo de concessão do seguro, tendo a documentação recebida sido insuficiente para a verificação da causa da morte.

No curso da sindicância médica instaurada, foi informado ao perito médico responsável que o falecido realizava acompanhamento clínico com o Dr. Mauro Werb Júnior, ora recorrido. Este, ao ser consultado, recusou-se a fornecer a ficha médica de seu falecido paciente, motivo pelo qual foi ajuizada ação cautelar de exibição de documentos.

O d. Juízo *a quo* indeferiu a petição inicial da ação, sob a alegativa de que a) o pedido cautelar confunde-se com o de tutela antecipada, sendo esta “inaplicável para instrumentar produção probatória”; b) o objetivo de inviabilizar o pedido de pagamento da indenização é matéria possível de ser tratada em ação de conhecimento; c) “a ação exibirória, por sua própria estrutura,” não comporta a concessão de medida liminar; d) ausente está o requisito do *fumus boni juris*. Os embargos de declaração opostos não foram acolhidos.

Em sede de apelação, o Colegiado de origem manteve a r. sentença, considerando ser necessária “a vinculação da ação de exibição de documento ao ajuizamento de demanda judicial visando assegurar resultado de processo de execução ou conhecimento”.

Foi, então, interposto o presente recurso especial, cujo cerne é analisar a natureza da ação cautelar de exibição de documentos em comento, bem como a necessidade de se indicar na petição inicial a lide e seu fundamento, nos termos do art. 801, III, do CPC.

Em regra, as ações cautelares têm natureza acessória, ou seja, estão, em tese, vinculadas a uma demanda principal, a ser proposta ou já em curso. Ocorre que, em hipóteses excepcionais, a natureza satisfativa das cautelares se impõe, como no caso vertente, em que a ação cautelar de exibição de documentos exaure-se em si mesma, com a simples apresentação dos documentos, inexistindo pretensão ao ajuizamento de ação principal.

Nas palavras do ilustre Ministro Cesar Asfor Rocha, proferidas quando na relatoria do REsp n. 104.356-ES, DJ 17.04.2000: “Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal, ou a ser proposta ou já em curso (art. 800/CPC). Todavia, a jurisprudência, sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas situações,



a natureza satisfativa das cautelares, como na espécie, em que a cautelar de exibição exaure-se em si mesma, com a simples apresentação dos documentos”.

No mesmo sentido, assentou o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando do julgamento do REsp n. 285.279-MG, DJ 13.10.2003, *verbis*: “Em hipóteses excepcionais, como no caso, tem a Turma admitido o efeito satisfativo da ação cautelar, a dispensar a propositura de posterior ação principal”.

Nas lições de Nelson Nery Junior:

“Medida satisfativa. Pode o interesse do autor, nesses casos, se cingir ao mero *facere* da exibição. Se assim for, a pretensão do autor pode se tornar muito próxima da execução de obrigação de fazer (CPC 632), que pressupõe, é claro, vínculo obrigacional entre as partes, o que não se exige aqui. Mesmo inexistente o vínculo obrigacional entre as partes, se houver a exibição do documento e o interessado não encontrar nenhuma irregularidade que lhe autorize tomada de atitude mais severa contra aquele em cujo desfavor a prova foi produzida, haveremos de reconhecer o caráter satisfativo da medida, que não ensejará nenhuma ação a respeito da qual se possa dizer ter caráter de principal (...).

Medida satisfativa. Pode ser mitigada a exigência do CPC, art. 801 III (JTACivSP 96/126)” (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.102 e 1.103).

Desta feita, nos casos em que a ação cautelar tem caráter satisfativo, não há que se falar no indeferimento da petição inicial pela inobservância do requisito contido no art. 801, III, do CPC, segundo o qual “o requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará a lide e seu fundamento”.

Theotonio Negrão, por sua vez, registra: “Se a medida cautelar tem caráter satisfativo (p. ex., exibição de documento, em que a medida cautelar se exaure com a simples apresentação destes, v. art. 844, nota 8; (...) obviamente não incide o art. 801, III. Neste sentido: RSTJ ns. 103/261, 133/338, RT 611/1976” (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 815).

Por tais fundamentos, *conheço parcialmente do recurso e, nesta parte, dou-lhe provimento para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja julgada a ação cautelar de exibição de documentos.*

É como voto.



Jurisprudência da Terceira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 50.550-RJ (2005/0087879-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Autor: Elmar Oliveira de Mendonça

Advogados: Adilson Martins Gomes e outros

Réu: Fundação Nacional de Saúde

Procuradores: Marcelo Antônio Teixeira e outros

Suscitante: Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Niterói-RJ

Suscitado: Juízo Federal da 2ª Vara de Niterói-SJ-RJ

EMENTA

Conflito negativo de competência. Servidor. Contrato temporário. Lei n. 8.745/1993. Vínculo estatutário. Competência da Justiça Federal.

1. Configurada hipótese de contratação temporária disciplinada pela Lei n. 8.745/1993, o vínculo estabelecido entre poder público e o servidor é estatutário, e não celetista, o que exclui a competência da justiça laboral para o julgamento da causa.

2. Presente a Fundação Nacional de Saúde no polo passivo da ação, cabe à justiça comum federal apreciá-la, nos termos do art. 109, I, da Constituição.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Niterói-RJ.

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, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo Federal da 2ª Vara de Niterói-SJ-RJ, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Medina.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado, nos termos do art. 105, I, **d**, da Constituição Federal, pelo Juízo da 4^a Vara do Trabalho de Niterói-RJ, em face do Juízo Federal da 2^a Vara de Niterói-SJ-RJ, nos autos de ação indenizatória proposta por Elmar Oliveira de Mendonça contra a Fundação Nacional de Saúde, com vistas a ressarcimento material e moral decorrente de doença profissional adquirida durante o período em que exerceu o cargo de agente operacional de endemias.

Na origem, o juízo suscitado, de ofício, reconheceu a incompetência para processar e julgar a lide e determinou a remessa dos autos à justiça trabalhista, pois a relação entre as partes era de natureza contratual, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.

O juízo suscitante, por sua vez, afirma que não lhe cabe julgar a ação, porquanto o autor estava submetido ao regime da contratação por tempo determinado (art. 37, IX, da Constituição da República), que possui natureza administrativa. Compete, portanto, à Justiça Comum Federal o exame da causa.

Em parecer de fls. 135/137, o Ministério Público Federal manifesta-se pela competência da Justiça Federal.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A leitura dos autos revela que o autor e a Fundação Nacional de Saúde firmaram sucessivos contratos de prestação de serviço por tempo determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Carta Magna e da Lei n. 8.745/1993.

Conforme entendimento sedimentado nesta Corte, configurada hipótese de contratação temporária disciplinada por lei especial, o vínculo estabelecido entre poder público e o servidor é estatutário, e não celetista, o que exclui a competência da justiça laboral para o julgamento da causa. Nesse sentido, aponto os seguintes precedentes:

“Conflito de competência. Constitucional. Administrativo. Servidor federal. Funasa. Contrato temporário. Guarda de endemias. Excepcional interesse público. Rescisão. Lei n. 8.745/1993.

1. Compete à Justiça Comum Federal processar e julgar pedido indenizatório relativo à contratação efetuada pela Fundação Nacional da



Saúde para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público.

2. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Comum Federal.” (CC n. 40.114-RJ, Relator Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 09.08.2004)

“Constitucional. Administrativo. Trabalhista. Contrato temporário. Prazo determinado. Rescisão. Competência.

Compete a Justiça Comum processar e julgar ação proposta por servidor público estadual admitido por contrato temporário, nos termos do art. 37, XI, da Constituição.

Conflito conhecido. Competência da Justiça Comum.” (CC n. 24.807-PB, Relator Ministro Vicente Leal, Terceira Seção, DJ 16.08.1999)

“Conflito de competência. Administrativo. Servidor público. Contrato temporário. Vigência do regime jurídico único. Aplicação das regras estatutárias. Competência da justiça comum.

1. A natureza do contrato por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público orienta-se pelas regras previstas para a generalidade do funcionalismo público local.

2. Tratando-se de contrato temporário firmado na vigência das regras estatutárias, impõe-se a competência da Justiça comum.

3. Embora a Emenda Constitucional n. 45 tenha ampliado a competência da Justiça do Trabalho, a hipótese presente não foi abrangida pelas inovações constitucionais.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santa Quitéria-CE, ora suscitado.” (CC n. 37.027-CE, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 26.09.2005)

No caso em apreço, a Fundação Nacional de Saúde, ente federal, está no polo passivo da ação, o que, à luz do art. 109, I, da Constituição da República, determina a competência da Justiça Comum Federal para o exame da lide.

Ante o exposto, conheço do presente conflito negativo, em ordem a reconhecer a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Niterói-SJ-RJ, ora suscitado, para processar e julgar a ação ordinária em tela.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 50.786-MG (2005/0093009-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Autor: Justiça Pública

Réu: Sérgio Reinaldo da Rocha

Advogados: Abdalla Daniel Curi e outros

Suscitante: Juízo Auditor da 4ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais

Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG

EMENTA

Conflito negativo de competência. Desacato. Delito praticado por oficial da reserva contra policial militar no exercício da função de sentinela no quartel. Inexistência de crime militar.

1. A teor do disposto no art. 125, § 4º, da Constituição Federal, a Justiça Militar Estadual detém competência para julgar crimes militares praticados apenas por militares dos Estados. Logo, o crime de desacato praticado por oficial da reserva em desfavor de policial militar é da competência da Justiça comum.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Paulo Gallotti. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves (art. 162, § 2º, RISTJ). Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 9 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Auditor da 4ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado de



Minas Gerais em face do Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG.

Informam os autos que o Ministério Público do Estadual denunciou Sérgio Reinaldo da Rocha, como incurso no art. 331 do Código de Penal Brasileiro, pois teria desacatado Jorge Augusto dos Santos, cabo da Polícia Militar, no exercício de sua função.

Segundo consta, Sérgio Reinaldo da Rocha, capitão da infantaria do Exército Brasileiro (da reserva) e diretor de defesa civil da prefeitura municipal de Juiz de Fora-MG, agrediu verbalmente a vítima, que estava como sentinela do 27º Batalhão da Polícia Militar.

Os autos foram distribuídos ao Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG, que designou audiência preliminar, tendo o feito prosseguimento normal.

Em sede de *habeas corpus* impetrado pela defesa, a Turma Recursal do Juizado Especial da Comarca de Juiz de Fora-MG entendeu por conceder a ordem, trancando a ação penal pela incompetência do Juízo, pelos seguintes fundamentos:

“Verifica-se, outrossim, tratar de fato típico previsto no art. 331 do CPB, tendo com autor um capitão da infantaria do Exército Nacional, embora da reserva, e como vítima um cabo da Polícia Militar de Minas Gerais, fato que teria ocorrido após uma discussão entre o capitão e o cabo, no interior do 27º Batalhão da Polícia Militar de Juiz de Fora. (...)”

Vê-se, assim, que pela letra fria da lei estamos diante de um crime militar, pois a vítima teria sido desacatada quando estava na guarda do quartel, no interior deste, momento em que o paciente adentrou na Unidade Militar e, desejando falar com o Comandante, viu-se impedido pelo cabo vítima e então teria desacatado-o.

Desta forma, por entender ser a melhor justiça, concedo a ordem de *habeas corpus* impetrada e determino o trancamento da ação penal em questão, facultando ao Ministério Público do Juizado Especial, ou ao Magistrado daquela Corte, o encaminhamento de peças à Justiça Castrense.” (Fls. 135/136, *sic*)

O Juízo Auditor da 4ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais, a quem coube o feito, suscitou o presente conflito, asseverando: “assiste razão ao órgão acusatório em suscitar o presente conflito, vez que entende este juízo que não há adequação típica do fato às hipóteses elencadas no art. 9º do CPM, que delimita a competência *ratione materiae*.” (Fl. 143)

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 148/150 pela competência da Justiça Estadual.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Na hipótese em questão, Sérgio Reinaldo da Rocha, oficial da reserva do Exército Brasileiro, teria desacatado Jorge Augusto dos Santos, cabo da Polícia Militar que estava como sentinela do 27^o Batalhão Militar.

Na sessão de julgamento do dia 14.12.2005, votei no sentido de conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Auditor da 4^a Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais, aplicando-se ao caso o disposto no art. 9^o, inciso III, alínea **b**, do Código Penal Militar.

Prosseguindo o julgamento no dia 24.05.2006, o eminente Ministro Felix Fischer preferiu voto-vista, trazendo extensas e percucientes razões, abalizadas na doutrina e jurisprudência, para divergir. Enfatizou Sua Excelência que, a teor do disposto no art. 125, § 4^o, da Constituição Federal, a Justiça Militar Estadual detém competência para julgar crimes militares praticados *apenas* por militares dos Estados, no qual, certamente, não se enquadra a hipótese vertente, em que o agente não pertence ao quadro militar estadual.

Por esse singelo, mas preciso, motivo mostrou-se equivocado o meu voto anteriormente proferido, na medida em que foram indicadas regras pertinentes à Justiça Militar Federal que não guardam o paralelismo com as incidentes sobre a Justiça Militar Estadual, pelas razões já exaustivamente deduzidas pelo atento Ministro Felix Fischer.

Ante o exposto, retificando meu voto, conheço do conflito e declaro competente o Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG, o Suscitado.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: Versam os autos sobre conflito de competência suscitado pelo Juízo Auditor da 4^a Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais em face do Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Juiz de Fora-MG.

Eis os fatos.



Sérgio Reinaldo da Rocha, Capitão *de Reserva* do Exército Brasileiro e diretor de defesa civil da prefeitura de Juiz de Fora foi denunciado por suposto desacato praticado em detrimento de Jorge Augusto dos Santos, cabo da polícia militar, que estava em serviço de sentinela da guarda do quartel do 27º Batalhão da *Polícia Militar*.

O feito tramitava no Juizado Especial Criminal. No entanto, a Turma Recursal do Juizado Especial, acolhendo parcialmente *habeas corpus* impetrado pelo réu, reconheceu sua incompetência para o processamento e julgamento da ação e determinou a remessa dos autos à Justiça Castrense, nos termos do art. 9º, III, alínea **b**, do CPM. Esta Justiça, por sua vez, suscitou o presente conflito negativo, ao argumento de que “não há adequação típica do fato às hipóteses elencadas no art. 9º do CPM, que delimita a competência *ratione materiae*.” (Fl. 143)

A Srª. Ministra Laurita Vaz conheceu do conflito e declarou competente o Juízo Auditor da 4ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais com os seguintes argumentos, *litteris*:

“Na hipótese em questão, Sérgio Reinaldo da Rocha, oficial da reserva do Exército Brasileiro, teria desacatado Jorge Augusto dos Santos, cabo da Polícia Militar que estava como sentinela do 27º Batalhão Militar.

Cabe transcrever o art. 9º, inciso III, alínea **b**, do Código Penal Militar, *litteris*:

“Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

III - *os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:*

b) *em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo.*”

Evidencia-se, portanto, a possível prática de desacato previsto no art. 298 do Código Penal Militar, pois o crime foi realizado por oficial militar da reserva em desfavor de cabo da Polícia Militar, que estava no exercício de sua função militar como guarda do 27º Batalhão de Juiz de Fora-MG, e dentro de local sujeito à administração militar.

In casu, não há falar em função civil do policial militar como nas hipóteses de patrulhamento ostensivo ou controlador de trânsito, tendo em vista que a vítima estava como sentinela de Unidade Militar”.

Para melhor exame da matéria, pedi vista dos autos.

Inicialmente, impende ressaltar que a competência da *Justiça Militar Federal*, prevista no art. 124, *caput*, da CF (“À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”), é definida basicamente pelo critério da *ratione materiae* (crimes militares). A *Justiça Militar Estadual*, por sua vez, insculpida no art. 125, § 4º, da CF (“Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima foi civil, cabendo ao Tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”), tem como critérios básicos para a sua determinação a *ratione materiae* (crimes militares) e a *ratione personae* (policiais militares e bombeiros militares). Não se pode olvidar, como bem frisa Denílson Feitoza Pacheco (*in Direito Processual Penal*, 3ª ed., Ímpetus, 2005, p. 470), que o art. 124, *caput*, da CF não especifica o sujeito ativo dos crimes militares. Dessa forma, pode haver crimes militares praticados por militar ou civil que sejam da competência da Justiça Militar Federal. Todavia, o mesmo não sucede com a Justiça Militar Estadual, que tem competência para julgar apenas crimes militares praticados por militares dos Estados, i. e., policiais militares e bombeiros militares (CF art. 125, § 4º, da CF).

Vale conferir, sobre o tema, elucidativo exemplo mencionado por Denílson Feitoza Pacheco (*in Direito Processual Penal*, 3ª ed., Ímpetus, p. 470/471), *in verbis*:

“Suponhamos que um civil subtraia, para si, coisa alheia móvel que esteja sob administração militar.

Se fosse um *objeto do Exército*, sob sua administração, estaríamos diante do crime militar de furto (art. 240 c.c. o art. 9º, III, **a**, 1ª figura, do CPM). O juízo competente para julgar o civil seria uma auditoria de Justiça Militar Federal (a rigor, o órgão jurisdicional é o Conselho de Justiça Militar).

Se fosse um *objeto de uma Polícia Militar estadual*, não teríamos um órgão jurisdicional para julgá-lo.

A *Justiça Militar Federal* não seria competente, por não ter sido atingida qualquer instituição militar das Forças Armadas.

A *Justiça Militar Estadual* não seria competente, pois tal Justiça somente pode julgar policiais militares e bombeiros militares.

A *Justiça Criminal Comum* também não teria competência, pois não há previsão constitucional de que possa julgar crimes militares, salvo, genericamente, nas hipóteses de competência originária por prerrogativa



de função, como ocorre com qualquer Tribunal. No nosso sistema jurídico, a competência para julgar crimes militares é disposta de maneira expressa na Constituição Federal. Portanto, não seria cabível que estivesse na competência residual das Justiças Estaduais criminais.

Então, teríamos a previsão de um crime militar que não poderia ser julgado por ninguém?” (grifei).

E, adiante, conclui:

“Na verdade, o problema não é de competência jurisdicional — definir qual o órgão jurisdicional competente para julgar o que parece ser um crime militar. A redação do art. 125, § 4º, da CR induz a que se pense assim, mas um raciocínio lógico-jurídico nos permite resolver a questão.

Simplesmente o constituinte não quis que se protegessem as instituições militares que são as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares (estaduais, distrital ou territoriais) por meio da instituição de crimes militares que tenham civis por sujeito ativo.

Portanto, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares estaduais, distrital e territoriais não são instituições militares para caracterização de crime militar, no caso do art. 9º, III, do Código Penal Militar. Este artigo se refere aos crimes praticados por militar da reserva (equiparado ao civil), por militar reformado (equiparado ao civil) e por civil contra instituições militares.

Voltando ao nosso exemplo, simplesmente não haveria um crime militar de furto praticado por civil (ou por militar da reserva ou reformado) contra um objeto da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiro Militar. Logo, não se trataria de problema de competência jurisdicional, de se encontrar qual o órgão jurisdicional competente para se julgar algo que sequer seria crime militar.

Entretanto, tal conduta é prevista como crime comum e poderia ser julgada por um juízo criminal comum. Não seria um ‘crime militar’ julgado por juízo criminal comum.” (Grifei)

Na mesma linha, tem-se o escólio de Jorge Alberto Romeiro, Ministro aposentado do STM (*in Curso de Direito Penal Militar*, Saraiva, 1994, p. 81/82), que, ao comentar uma decisão do Superior Tribunal Militar, que versava sobre um crime praticado por soldado da aeronáutica em co-autoria contra patrimônio da polícia militar, cujo dispositivo foi no sentido da *competência da Justiça Comum*, tendo em vista que as *Instituições Militares se limitam às Forças Armadas*, assevera:

“Enquanto os crimes contra o patrimônio sob a administração militar das Forças Armadas, praticados por quaisquer pessoas (servidores públicos militares federais e dos Estados, Territórios e Distrito Federal, assemelhados e civis), são sempre crimes militares, processados e julgados pela Justiça Militar Federal, os crimes contra o patrimônio sob a administração militar das instituições militares estaduais só configuram crimes militares, processados e julgados pelas Justiças Militares Estaduais, quando praticados por policiais ou bombeiros militares (art. 125, § 4º, da CF).

Apenas pelo indicado motivo, a nosso ver, *não terem praticado crime militar, mas comum*, não só o sargento da aeronáutica como o civil referidos na acórdão como co-autores da tentativa de furto de objetos pertencentes à carga de um Batalhão da Polícia Militar de Minas Gerais levada a efeito por dois integrantes da mesma.” (Grifei)

E, adiante, citando a Professora e Magistrada militar Sheila Bierrenbach, conclui afirmando que pelo nosso sistema constitucional, “enquanto a Justiça Militar Federal tem por finalidade precípua a tutela dos bens e interesses jurídicos das Forças Armadas, as *Justiças Militares Estaduais* são exclusivamente repressivas, deixando penalmente desprotegidos os bens das instituições militares estaduais, salvo quando lesadas por servidores públicos militares estaduais.” (Grifei)

No mesmo trilha, é o magistério de Jorge Cesar de Assis (*in Comentários ao Código Penal Militar*, 5ª ed., Juruá, 2004, p. 48/50), do qual colho o seguinte excerto, *litteris*:

“Em verdade, não só a condição dos agentes, ativo e passivo, serem militares, e o fato de estar previsto na legislação castrense, são suficientes para firmar a competência da Justiça Militar da União.

Há que se considerar que a Justiça Militar — tanto a estadual quanto a federal —, tem em vista a natureza dos bens juridicamente tutelados.

Quem protege a *instituição policial militar*, nos casos em que ela é ofendida, é a *Justiça Militar estadual*, que tem *competência restrita*, somente julgando *policiais e bombeiros militares* (CF, art. 125, § 4º).

A *Justiça Militar da União*, por sua vez, *tutela as instituições das Forças Armadas*, julgando os crimes contra ela cometidos e dela (*Justiça Militar federal*) *escapando os crimes contra os valores das Corporações estaduais*.

Logo, é a Justiça comum a competente para julgar militar federal que, de folga, cometa crime contra policial militar em serviço, ou contra a instituição militar estadual, ocasião em que se coloca o agente militar federal na mesma condição do civil.” (Grifei)



(...)

“É óbvio que não resta qualquer dúvida quanto à situação de militar dos integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, já que os comandos constitucionais são claros, de aplicação imediata, além de auto-aplicáveis.

Todavia, insisto sobre a necessidade de se considerar, caso a caso, a natureza dos bens juridicamente tutelados, seja em nível federal, seja em nível dos Estados e do Distrito Federal. Daí segue a constatação de que a Justiça Militar da União somente protege os interesses referentes à preservação das Instituições Militares das Forças Armadas, ou seja, em que pese ser ampla, podendo julgar inclusive o civil — e o próprio policial militar, isso só será possível nos casos em que ocorrer ofensa às instituições militares (leia-se Exército, Marinha e Aeronáutica).

Por sua vez, a *Justiça Militar Estadual* é restrita, só julga policiais e bombeiros militares, dela escapando o civil — e os militares federais, estes últimos equiparados aos civis quando cometerem crime militar contra as instituições militares estaduais e do Distrito Federal.” (Grifei)

E arremata sustentando que “cada Justiça Militar deve tutelar os bens e valores que são preciosos para as Instituições Militares que lhe dizem respeito, e dessa forma, militar federal de folga, que pratique crime militar contra policial militar em serviço, a competência será da Justiça comum. *O militar federal que praticar crime militar contra policial militar em serviço, somente responderá perante a Justiça Militar da União se estiver, por ocasião do evento danoso, igualmente em serviço, exercendo atividade de natureza estritamente militar consoante a destinação constitucional do art. 142.*” (Grifei)

Na questão trazida à lume, o que se tem é um suposto crime de desacato, praticado por Sérgio Reinaldo da Rocha, Capitão de Reserva do Exército Brasileiro e diretor de defesa civil da prefeitura de Juiz de Fora, em detrimento de Jorge Augusto dos Santos, cabo da polícia militar, que estava em serviço de sentinela da guarda do quartel do 27º Batalhão da *Polícia Militar*. *A bem da verdade, não há crime militar*, uma vez que o delito foi levado a efeito em face da *Instituição da polícia militar estadual*, que, a seu turno, *não é propriamente instituição militar apta a caracterização de crime militar*, da hipótese do art. 9º, inciso III, do CPM. *Este artigo, como visto alhures, se refere aos crimes praticados por militar da reserva, por militar reformado e por civil contra as instituições militares (leia-se: Forças Armadas)*. *Dessa forma, há se falar, no caso em tela, não em crime militar de desacato, mas em crime comum de desacato, a ser julgado pela Justiça Comum.*

É de se salientar, ainda, que o precedente colacionado pela Exm^a. Sr^a. Ministra Laurita Vaz (CC n. 32.135, Terceira Seção, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 04.08.2003) não se aplica ao caso em análise, uma vez que o crime foi praticado por um civil contra um soldado do Corpo de Fuzileiros Navais, que se encontrava em situação de atividade, enquadrando-se, portanto, a hipótese, ao conceito de Instituição Militar (restrito, insisto, às Forças Armadas), atraindo, por conseguinte, a competência da Justiça Militar Federal.

Em sentido semelhante ao ora discutido, tem-se os seguintes precedentes do Pretório Excelso:

“Ementa: conflito de competência. Justiça Estadual Comum e Justiça Militar. Crime de lesões corporais leves. Agentes: conscritos do exército brasileiro. Vítima: praça da polícia militar. 1. Praça da Polícia Militar, em serviço, procedendo à revista de dois conscritos do exército, de folga, fora da área de administração militar, veio a ser agredido física e moralmente por estes, resultando lesões corporais leves. 2. A leitura do art. 42 da Constituição Federal não autoriza o intérprete a concluir pela equiparação dos integrantes das Polícias Militares Estaduais aos Componentes das Forças Armadas, para fins de Justiça. 3. Impossibilidade de enquadramento no art. 9º e incisos, do Código Penal Militar, que enumera, taxativamente os crimes de natureza militar. Precedentes da Corte. Conflito conhecido, assegurada a competência da Justiça Comum.” (STF, CC n. 7.051-SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 09.03.2001)

“Crime Militar. Enumeração. Natureza. Os crimes militares situam-se no campo da exceção. As normas em que previstos são exaustivas. Jungidos ao princípio constitucional da reserva legal — inciso XXXIX do art. 5º da Carta de 1988 — não de estar tipificados em dispositivo próprio, a merecer interpretação estrita”.

“Competência. Homicídio. Agente: militar da reserva. Vítima: policial militar em serviço. Ainda que em serviço a vítima — policial militar, e não militar propriamente dito — a competência é da Justiça Comum. Interpretação sistemática e teológica dos preceitos constitucionais e legais regedores da espécie.” (STF, HC n. 72.022-PR, Tribunal Pleno, Relator p/ o acórdão Ministro Marco Aurélio, DJ 28.04.1995)

Ex positis, com a devida vênia, voto no sentido de que seja declarada a competência do Juízo Comum, ora suscitado, para o processamento e julgamento do feito.

É o voto.



CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 56.271-RS (2005/0182591-2)

Relator: Ministro Paulo Medina

Autora: Justiça Pública

Réu: Odair da Cunha Parnof

Advogados: Jorge de Marco e outro

Suscitante: Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul

Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Penal. Processual Penal. Conflito entre Tribunal de Justiça e Turma Recursal do juizado especial. Decisões da Turma Recursal não vinculadas aos tribunais estaduais. Competência do STJ. Precedentes. Concurso material. Soma das penas. Limite superior a dois anos.

Nos termos do art. 105, inciso I, alínea **d**, da CF, compete ao STJ dirimir conflito entre Turma Recursal do Juizado Especial e Tribunal de Justiça/Alçada, porque as decisões da Turma Recursal, composta por Juízes de 1º grau, não estão sujeitas à jurisdição dos Tribunais Estaduais. Precedente do STF e desta Corte.

Existindo concurso material de crimes, a pena a ser considerada para a fixação de competência é o resultado da soma das penas máximas cominadas aos delitos, e caso seja superior a dois anos, afastada está a competência do juizado especial.

Apenas o fato de se tratar de infração de menor potencial ofensivo não atrai a competência da Turma Recursal para a análise de recurso interposto contra decisão emanada por juízo comum, pois aquela possui competência para rever decisão proferida por Juizados Especiais, e não por Juízos de Direito.

Conflito conhecido para declarar competente, para o conhecimento do recurso em sentido estrito, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

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, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Tribunal

de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Laurita Vaz. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 25.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Turma Recursal Criminal do Rio Grande do Sul em face do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Extrai-se dos autos que Odair da Cunha Parnof foi condenado pelo Juízo de Direito da Comarca de Guaporé-RS, pelos delitos do art. 16 da Lei n. 6.368/1976 e art. 331 do CP, praticados em concurso material, à pena de 1 ano, 4 meses e 15 dias de detenção em regime semi-aberto.

Interpôs, então, apelação criminal para o Tribunal suscitado. O apelo não foi conhecido, ante a consideração de que trata-se de delito de menor potencial ofensivo, cuja competência pertence à Turma Recursal.

Foi determinada a remessa do feito para aquele órgão.

A Turma Recursal Criminal do Rio Grande do Sul suscitou este conflito negativo de competência, sob a fundamentação de que a soma da pena máxima cominada aos delitos supera dois anos, estando fora da abrangência da Lei n. 10.259/2001.

O Ministério Público Federal opina pela declaração de competência do Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Dispõe o art. 105, inciso I, alínea **d**, da Constituição Federal, que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre Tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;”



De início, reafirmo a competência deste STJ para julgar este conflito de competência, posto que, não havendo vinculação jurisdicional entre Juízes das Turmas Recursais e o Tribunal local, assim compreendido porque as decisões proferidas pelo 2º grau de jurisdição da Justiça Especial não se submetem à revisão por parte do respectivo Tribunal, deverá o conflito de competência ser decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a teor do art. 105, inciso I, alínea **d**, da Constituição Federal.

No que toca o mérito do conflito, dessume-se que o réu foi condenado pela prática dos delitos capitulados no art. 16 da Lei n. 6.368/1976 e art. 331 do Código Penal, em concurso material, cujas penas máximas cominadas são, para cada um, de 2 anos.

Na presença de concurso material de delitos, a pena a ser considerada para a fixação de competência é o resultado da soma da pena máxima cominada aos delitos — no caso, 4 anos — o que afasta a possibilidade de o processo tramitar no Juizado Especial.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes:

“Imprensa (crimes contra a honra). Ação penal privada (iniciativa). Funcionário público (legitimidade). Procedimento.

1. O funcionário ofendido é parte legítima para intentar a ação privada, tratando-se, como se trata, de legitimidade concorrente, tanto do ofendido como do Ministério Público, sendo a deste condicionada à representação.

2. O procedimento é o previsto na lei própria — Lei n. 5.250, de 1967.

3. *Em caso de concurso e de crime continuado, não se considera a pena individual para efeito de competência dos juizados especiais.*

4. Improcedência das demais questões.

5. *Habeas corpus* denegado.” (HC n. 37.580-RN; Relator Ministro Nilson Naves; Sexta Turma; DJ 09.02.2005, p. 224)

“Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Crimes contra a honra. Concurso material. Conflito aparente de normas. Princípio da consunção. Competência. Juizado especial criminal.

I - No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal, será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. Com efeito, se desse somatório resultar um apenamento superior a

2 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II - A alegação de que na espécie se teria uma progressão criminosa (conflito aparente de normas a ser dirimido com base no princípio da consunção), e não um concurso material de crimes, ensejaria, inevitavelmente, um aprofundado exame do material fático-probatório, o que é inviável nesta estreita via.

Ordem denegada.” (HC n. 27.734-RJ; Relator Ministro Felix Fischer; Quinta Turma; DJ 14.06.2004, p. 249)

Destarte, sendo o somatório das penas dos delitos praticados em concurso material superior a dois anos, é de ser reconhecida a competência do Tribunal de Justiça para apreciação do recurso de apelação.

De outro bordo, as razões expendidas pelo Juízo suscitado, quando declinou de sua competência, não procedem. Ainda que fossem considerados isoladamente os delitos para considerar a competência do Juizado Especial, verifica-se que a sentença foi proferida pelo juízo comum.

Por tal razão, deve o recurso interposto contra a decisão ser apreciada pelo órgão de hierarquia superior, que, no caso, trata-se do Tribunal de Justiça estadual.

O julgamento do recurso pela Turma Recursal implicaria na atribuição indevida de revisão de ato decisório proferido pela Justiça Comum.

Nesse sentido, recolho os precedentes:

“Penal e Processual Penal. Agravo regimental em conflito de competência. Infração de menor potencial ofensivo. Ação penal proposta no juízo comum. Competência para julgamento do recurso de apelação.

O fato de se tratar de infração de menor potencial ofensivo não previne, necessariamente, a competência da Turma Recursal para a análise de eventual recurso, pois pode ser que a ação esteja (ou tenha), por algum motivo (v.g., direito intertemporal), tramitando (ou tramitado) no Juízo Comum e não no Juizado Especial (Precedentes do STF e desta Corte).” (AgRg no CC n. 56.537-SC; Relator Ministro Felix Fischer; Terceira Seção; DJ 26.06.2006, p. 118)

“Conflito de competência. Tribunal de Justiça e Turma Recursal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Receptação dolosa. Desclassificação para ilícito de pequeno potencial ofensivo. Recurso de apelação. Competência do Tribunal de justiça.



1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito entre Tribunal de Justiça e Turma Recursal do Juizado Especial do mesmo Estado.

2. A desclassificação do delito operada na sentença condenatória para ilícito de menor potencial ofensivo não exclui a competência do respectivo Tribunal para conhecer do apelo, especialmente em se tratando de crime originalmente estranho à competência dos Juizados Especiais e prolatada a sentença por Juiz de Direito subordinado ao Tribunal.

3. Conflito conhecido, para declarar competente, para o conhecimento do recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, uma vez extintos, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, os Tribunais de Alçada.” (CC n. 48.566-MG; Relator Ministro Hamilton Carvalhido; Terceira Seção; DJ 28.11.2005, p. 185)

Ressalte-se que apenas o fato de se tratar de infração de menor potencial ofensivo não atrai a competência da Turma Recursal para a análise de recurso interposto contra a decisão que julga a lide, pois esta possui competência para rever decisão proferida por Juizados Especiais, e não por Juízos de Direito.

Assim, considerada a soma das penas dos delitos praticados em concurso material, e ainda, sentenciada a ação penal por Juízo de Direito, é de ser reconhecida a competência do Tribunal de Justiça para apreciação do recurso de apelação.

Posto isso, com fundamento no art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 3º do Código de Processo Penal, conheço do conflito e Declaro Competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para o julgamento do recurso de apelação.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 683.175-RJ (2006/0168765-8)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Embargante: União

Embargados: Amauri Bernardes Gomes da Luz e outros

Advogados: Edison Wilson da Cruz Sodre e outros

EMENTA

Embargos de divergência. Recurso especial. Administrativo. Militar temporário. Estabilidade. Tempo prestado sob abrigo de medida cautelar. Contagem. Possibilidade.

1. A Terceira Seção no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 565.638-RJ, Relator p/ o acórdão o Ministro Felix Fischer, DJ 18.09.2006, decidiu que “é assegurado ao praça militar temporário a estabilidade profissional quando ultrapassar o decênio legal de efetivo serviço castrense, ainda que por força de decisão judicial, comprovado nos autos o lapso temporal exigido, a teor do disposto no art. 50, inciso IV, alínea **a** da Lei n. 6.880/1980”.

2. Ressalvado do ponto de vista do Relator.

3. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator a Sr^a. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Nilson Naves, Felix Fischer e Hamilton Carvalhido. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 11.12.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Quinta Turma assim ementado:

“Processual Civil. Administrativo. Militar temporário. Estabilidade. Reconhecimento. Art. 50 da Lei n. 6.880/1980. Decênio legal cumprido por força de decisão judicial. Recurso especial conhecido e provido.

1. Aos militares temporários que, ainda que por força de decisão judicial, completam dez anos de serviço ativo, é reconhecido o direito à



aquisição de estabilidade, nos termos do art. 50, IV, **a**, da Lei n. 6.880/1980. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

A embargante aponta a existência de dissídio com julgados da Sexta Turma sintetizados nos seguintes termos:

A - “Recurso especial. Militar. Praça. Estabilidade. Inexistência. Ausência do tempo de efetivo serviço. Art. 50, inciso IV, alínea **a**, da Lei n. 6.880/1980. Ato administrativo de licenciamento legal. Recurso improvido.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea **c** do permissivo constitucional requisita, em qualquer caso, a *demonstração* analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, e a *comprovação*, mediante juntada das certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos paradigmas, ou pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos (art. 255, § 2º, do RISTJ).

2. Nos termos do art. 121, § 3º, da Lei n. 6.880/1980, o ato de reengajamento de praça é discricionário da Administração. Precedentes.

3. O art. 50, inciso IV, alínea **a**, da Lei n. 6.880/1980, estabelece que o praça com 10 ou mais anos de tempo de efetivo serviço tem direito à estabilidade.

4. Não aproveita aos recorrentes o fato de, antes do julgamento do recurso especial, já contarem com mais de 10 anos de serviço efetivo, em razão de decisão provisória exarada pelo juízo monocrático, uma vez que de acordo com o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, quando foram licenciados, contavam menos de 10 anos de serviço efetivo.

5. Descabe a invocação do art. 50, inciso IV, alínea **a**, do Estatuto dos Militares, que assegura a estabilidade dos praças quando contarem 10 ou mais anos de tempo de efetivo serviço, bem como do art. 3º da Lei n. 6.924/1981 e arts. 22 e 24 do Decreto n. 86.325/1981, que se refere à estabilidade do Corpo Feminino da Aeronáutica após 8 anos de efetivo serviço, sendo incabível a pretendida isonomia, por se tratarem de quadros diversos com atribuições distintas.

6. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 352.060-RJ, Relator p/ o acórdão o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1º.09.2003)

B - “Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental. Decisão que indeferiu pedido liminar, efeito suspensivo em recurso especial. Militares temporários. Estabilidade. Prazo decenal alcançado mediante decisão cautelar.

1. Os recursos especial e extraordinário, nos termos do art. 542, § 2º, do Código de Processo Civil, somente serão recebidos no efeito devolutivo, inexistindo, portanto, previsão legal a lhes dar eficácia suspensiva em relação às decisões impugnadas. Se há construção jurisprudencial a reconhecer-lhes o citado efeito, tal ocorre, exclusivamente, em hipóteses excepcionálistimas, presentes o perigo de dano iminente, ante a demora do provimento jurisdicional, e a plausibilidade jurídica do direito alegado;

2. Decênio exigido por lei completado em razão de medida liminar concedida em cautelar preparatória, conforme reconhecido no próprio acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região; a ação principal restou indeferida;

3. A Sexta Turma, mais recentemente, tem se posicionado pela inexistência do direito alegado (MC n. 8.535-RJ, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 05.08.2004);

4. O art. 50, inciso IV, alínea **a**, da Lei n. 6.880/1980 garante a estabilidade, quando praça com dez ou mais anos de tempo de efetivo serviço, não se estendendo o direito a oficiais temporários, como ocorre no caso *sub examine* (Precedentes STJ);

5. Agravo regimental improvido.” (AgRg na MC n. 8.449-CE, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.12.2004).

Sustenta-se, em síntese, não ser possível considerar o tempo de serviço prestado sob abrigo de decisão proferida em sede de medida cautelar para fins de contagem do prazo necessário para aquisição da estabilidade do militar temporário.

Admitidos os embargos, foi apresentada impugnação. (Fls. 307/317)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): De início, entendo que os embargos não devem ser conhecidos em relação ao paradigma tomado em sede de agravo regimental em medida cautelar, pois a Corte Especial, no julgamento da Pet n. 4.269-GO, Relator o Ministro José Delgado, acabou por assentar a compreensão de não restar configurada a divergência jurisprudencial quando o acórdão padrão não houver sido proferido em sede de recurso especial.



Contudo, tenho como demonstrado o dissídio interpretativo em relação ao REsp n. 352.060-RJ, Relator p/ o acórdão o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1^a.09.2003, dado que atendidos os requisitos legais e regimentais que regulam a matéria.

Em relação ao mérito, ressalvado ponto de vista em sentido contrário, adoto a orientação que prevaleceu nesta Terceira Seção no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 565.638-RJ, Relator p/ o acórdão o Ministro Felix Fischer, DJ 18.09.2006, no qual se decidiu que “é assegurado ao praça militar temporário a estabilidade profissional quando ultrapassar o decênio legal de efetivo serviço castrense, ainda que por força de decisão judicial, comprovado nos autos o lapso temporal exigido, a teor do disposto no art. 50, inciso IV, alínea **a** da Lei n. 6.880/1980”.

De outro lado, não se mostra possível o exame de questões de índole constitucional em sede de embargos de divergência, ainda que para fins de prequestionamento.

Confirmam-se:

A - “Processual Civil e Tributário. Embargos de divergência. Execução fiscal. Taxa Selic. Aplicabilidade. Súmula n. 168-STJ. Incidência. Exame de matéria constitucional. Competência STF. CF/1988, art 102, III. Precedentes STJ.

Esta egrégia Primeira Seção assentou o entendimento no sentido da aplicabilidade da Taxa Selic sobre débitos e créditos tributários.

Incidência da Súmula n. 168-STJ.

Ressalva do ponto de vista do Relator.

A finalidade dos embargos de divergência é a de unificar a jurisprudência do Tribunal na interpretação do direito federal, escapando da esfera de competência desta Corte a apreciação de questões constitucionais, nem mesmo com o propósito de prequestionamento.

O exame de eventual violação de preceito constitucional cabe ao Pretório Excelso, no âmbito do recurso extraordinário, por expressa determinação da Lei Maior.

Agravo regimental improvido.” (AgRg nos EREsp n. 671.494-RS, Relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 27.03.2006)

B - “Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de qualquer dos vícios do art. 535 do CPC. Rediscussão de questões de mérito. Impossibilidade. Pquestionamento de matéria constitucional. Descabimento.

1. Revelam-se improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas traduzem inconformidade com o teor da decisão embargada, pretendendo rediscutir matérias já decididas, razão pela qual é inteiramente aplicável a orientação segundo a qual não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, a decisão 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.

2. Incabíveis embargos de declaração se inexistir omissão relativa à matéria infraconstitucional, não sendo o STJ competente, em sede de recurso especial, para apreciar matéria constitucional, inclusive para fins de prequestionamento.

3. Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl nos EREsp n. 464.645-PR, DJ 17.12.2004, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 17.12.2004)

Ante o exposto, rejeito os embargos.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.026-DF (2004/0143041-5)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Wilson Borlin

Advogados: Josilma Batista Saraiva e outros

Impetrado: Ministro de Estado do Planejamento Orçamento e Gestão

Sustentação oral: Luís Fernando Silva, pelo impetrante

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Demissão. Exercício de gerência de empresa privada. Afastamento dessa atividade antes da abertura da apuração do fato. Irrelevância. Processo administrativo disciplinar. Anulação *ex officio*. Possibilidade. *Bis in idem*. Não-ocorrência. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Não-observância. Ausência de advogado ou de defensor dativo. Cerceamento de defesa. Prejuízo flagrante, na hipótese. Segurança concedida.

1. O fato de ter o impetrante deixado a gerência da empresa privada antes da instauração do processo administrativo disciplinar, por si só, não conduz à impossibilidade de que se aplique a penalidade cabível, à múngua de ocorrência da prescrição.

2. A anulação *ex officio* do anterior processo disciplinar, que resultara em arquivamento, é conduta que encontra respaldo no art. 169 da Lei n. 8.112/1990 e na Súmula n. 473-STF e impede que se configure ofensa à coisa julgada administrativa ou *bis in idem*. Precedentes.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em observância ao princípio da ampla defesa, é indispensável a presença de advogado ou de defensor dativo realizando a defesa de servidor acusado em processo disciplinar. Na hipótese, não houve em nenhum momento tal assistência, configurando flagrante prejuízo para a defesa, conforme consta dos autos.

4. 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 unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Laurita Vaz. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Medina (art. 162, § 2º, RISTJ).

Brasília (DF), 9 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 02.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Wilson Borlin contra ato do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão que o demitiu do cargo de Engenheiro do Quadro de Pessoal daquele Ministério, por meio da Portaria n. 134, de 11 de junho de 2004, “por exercer a gerência da empresa privada WB Engenharia ME, concomitantemente com o cargo público efetivo que ocupa, conduta que configura violação do proibitivo constante do art. 117, inciso X, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.” (Fl. 47)

Sustenta a ocorrência de ilegalidades no processo administrativo disciplinar que conduziu à sua demissão. Argumenta que não foi assistido por advogado e que, conforme a Constituição Federal e as Leis ns. 8.112/1990 e 9.784/1999, mostra-se obrigatória a presença de advogado constituído ou de defensor dativo.

Aduz que as irregularidades apontadas já foram apuradas em outro processo disciplinar que, inclusive, fora arquivado por falta de provas. Argumenta que os arts. 168 e 169 da Lei n. 8.112/1990 impedem a “sucessão de processos administrativos destinados a investigar e julgar o mesmo fato tido por delituoso ou irregular, a exemplo do que faz a legislação processual penal brasileira” (fl. 17). Defende que a pena aplicada não guarda razoabilidade e proporcionalidade com a pretensa irregularidade cometida.

Segue afirmando que o fato determinante para a aplicação da penalidade, qual seja, o de ser sócio-gerente da empresa WB Engenharia, não é verdadeiro, porquanto não mais ostentava mencionada condição quando da instauração do processo disciplinar. Ao final, requer seja reconhecida a ilegalidade do processo administrativo disciplinar e do ato de demissão, assim como seja determinada sua reintegração no cargo que ocupava, com os consectários legais, procedendo-se à retificação das anotações funcionais e “fazendo considerar o período decorrido desde a demissão até a reintegração como efetivo exercício do cargo, para todos os efeitos legais.” (Fl. 29)

Em decisão proferida em 02.08.2005, indeferi a liminar. (Fls. 198/199)

O Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão prestou informações. Defende, em resumo, que: a) o processo administrativo disciplinar transcorreu de acordo com as normas pertinentes; b) houve prova documental de que o impetrante, enquanto no exercício de cargo público, era sócio-gerente da empresa WB Engenharia; c) não existe comprovação de prejuízo pela ausência de advogado ou de defensor dativo e de coisa julgada administrativa; d) remanesce a possibilidade de aplicação da pena ainda que o servidor público tenha se afastado da gerência da empresa antes da abertura do processo disciplinar; e) há proporcionalidade da pena. (Fls. 202/228)

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República José Flaubert Machado Araújo, opinou pela realização de diligência para que fosse juntada aos presentes autos cópia das peças que compõem o processo administrativo disciplinar. (Fls. 230/236)

Em decisão proferida em 23.03.2006, deferi o pedido do Ministério Público Federal. Às fls. 243/1.033, foi juntada cópia do processo disciplinar em referência.



O Ministério Público Federal, novamente intimado para se manifestar, pelo Subprocurador-Geral da República José Flaubert Machado Araújo, opina pela concessão da segurança. (Fls. 1.034/1.043)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, para melhor exame da lide, ressalto, conforme se verifica no relatório, que o impetrante foi demitido por ter exercido a gerência de empresa privada concomitantemente com o cargo de Engenheiro do Quadro de Pessoal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com base nos arts. 117, X, e 132, XIII, da Lei n. 8.112/1990.

O impetrante sustenta que os fatos que conduziram à sua demissão já haviam sido apurados em outro processo administrativo disciplinar, o qual teria sido arquivado em razão da inexistência de provas. Argumenta a existência de coisa julgada administrativa, à asserção de que os arts. 168 e 169 da Lei n. 8.112/1990 impedem a “sucessão de processos administrativos destinados a investigar e julgar o mesmo fato tido por delituoso ou irregular, a exemplo do que faz a legislação processual penal brasileira.” (Fl. 17)

No entanto, verifico dos autos que a instauração do novo processo deu-se em razão de ter a Administração constatado irregularidades no procedimento anterior (fls. 209/210). Essa conduta encontra respaldo na Lei n. 8.112/1990, que dispõe:

“Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração do novo processo.”

Com efeito, não se pode olvidar que constitui direito-dever da Administração — que, em tese, não fere direito líquido e certo do administrado — a anulação e, por conseguinte, a revisão dos atos administrativos supostamente ilegais, conforme a síntese da jurisprudência qualificada do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” (Súmula n. 473-STF)

Nesse cenário, não se verifica nenhuma ofensa à existência de coisa julgada administrativa ou *bis in idem*, tendo em vista a anulação do processo disciplinar anterior. A respeito, cito o seguinte precedente:

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Anulação *ex officio*. Possibilidade. *Bis in idem*. Inocorrência. Autoridade. Impedimento.

I - Conforme previsão contida no art. 174 da Lei n. 8.112/1990, não há impedimento à anulação *ex officio* do processo disciplinar, mormente havendo fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inadequação da penalidade aplicada. Precedente: MS n. 6.787-DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 28.08.2000.

II - Não há que se falar em nulidade por *bis in idem* se, para aplicar a pena de demissão, houve prévia anulação do primeiro procedimento disciplinar, o qual resultara na imposição de advertência ao servidor. Precedente do colendo STF: MS n. 23.146-MS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, RTJ n. 171/147.

III - Inexistência de nulidade na punição sofrida pelo impetrante — demissão — pelo fato de ter sido imposta por autoridade no exercício interino do cargo de Ministro de Estado, e que já havia atuado no processo disciplinar anteriormente, determinando a sua instauração.

Segurança denegada. (MS n. 7.056-DF, Relator Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 11.12.2000, p. 169)

Assim, a anulação *ex officio* do anterior processo disciplinar, que resultara em arquivamento, é conduta que encontra respaldo no art. 169 da Lei n. 8.112/1990 e na Súmula n. 473-STF e impede que se configure ofensa à coisa julgada administrativa ou *bis in idem*.

De outra parte, impõe-se ressaltar que o fato de ter o impetrante deixado a gerência da empresa antes da instauração do processo administrativo disciplinar, por si só, não conduz à impossibilidade de que se aplique a penalidade cabível, à minguada ocorrência da prescrição.

De fato, como bem ressaltado pela autoridade coatora, em tese, é passível de demissão o servidor que, concomitantemente com o exercício do cargo público, participou da gerência de empresa privada, ainda que posteriormente perca aquele status. O ilícito administrativo não é afastado pelo posterior afastamento da gerência.

Quanto à suscitada nulidade por ausência de advogado ou de defensor dativo na fase instrutória, dispõe a Constituição Federal:



“Art. 5º (...).

IV - 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.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Por sua vez, prevê a Lei n. 8.112/1990, que trata do Regime Jurídico do Servidor Público Federal, no tocante ao processo disciplinar:

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.

(...)

§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.”

Na interpretação de referidos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em observância ao princípio da ampla defesa, é indispensável a presença de advogado ou de defensor dativo em processo administrativo disciplinar, inclusive na fase instrutória. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ementas:

“Mandado de segurança. Administrativo. Processo disciplinar. Cerceamento de defesa ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. Precedentes desta corte. Exoneração *ex officio*. Substituição da pena de demissão reconhecidamente prescrita. Desvio de finalidade. Ordem parcialmente concedida.

1. Somente após a fase instrutória se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, bem como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme o caso, o indiciamento do servidor, na forma do art. 161, *caput*, da Lei n. 8.112/1990. Precedentes desta Corte.

2. Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, é elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

3. A exoneração *ex officio*, de que trata o art. 34 da Lei n. 8.112/1990, não se destina a resolver os casos em que não se pode aplicar a demissão, em virtude de se ter reconhecida pela Administração a prescrição da pretensão punitiva estatal. Desse modo, eivado de nulidade o ato exoneratório, por evidente ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes.

4. A teor das Súmulas ns. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança é distinto da ação de cobrança, não se prestando, portanto, para vindicar a concessão de efeitos patrimoniais pretéritos.

5. *Writ* parcialmente concedido.” (MS n. 7.239-DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ 13.12.2004, p. 212)

“Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

2. Ordem concedida.” (MS n. 7.078-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ 09.12.2003, p. 206)

Com efeito, a Constituição Federal não faz distinção quanto à observância da ampla defesa e do contraditório para os acusados tanto na esfera judicial quanto na administrativa. A doutrina também tem destacado esse entendimento. A propósito, transcrevo a lição de Léo da Silva Alves (*Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas*, Brasília, Brasília Jurídica, 2005, p. 32):

“A Constituição Federal de 1988 equiparou os processos administrativos aos processos judiciais, como se observa na clara redação do art. 5º, IV. Por conseguinte, não há diferença entre funcionário e réu. As mesmas garantias que tem o réu no processo penal, tem o funcionário no processo disciplinar.”



Com fundamento nessa compreensão doutrinária e jurisprudencial, no tocante à nulidade de processo disciplinar por cerceamento de defesa, deve-se, por conseguinte, ater-se à orientação sumulada do Supremo Tribunal Federal em relação ao acusado em processo penal, *verbis*:

“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”
(Súmula n. 523-STF)

Desse modo, em outras palavras, inexistindo defesa do servidor público em processo disciplinar, há nulidade absoluta. Se houve defesa, mas que se deu de forma deficiente, a nulidade dar-se-á se houver demonstração de prejuízo.

No caso em exame, verifico dos autos que o impetrante não se viu acompanhado de advogado ou de defensor dativo em nenhum momento. Nessa hipótese, a nulidade é absoluta porque o prejuízo é presumido. Nesse sentido: EDcl no MS n. 7.078-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ 22.03.2004.

Ressalto que a própria Administração reconhece que a defesa escrita apresentada pelo próprio impetrante mostrou-se sucinta (em duas laudas) e limitada à afirmação de que houve coisa julgada administrativa, consoante se pode observar no seguinte excerto das informações prestadas pela autoridade impetrada (fl. 212):

“Em razão do seu indiciamento, o servidor Wilson Borlin, citado, fl. 487, ofereceu sua defesa escrita, fls. 488/489, na qual, de forma sucinta, com base no julgamento proferido no bojo do Processo Administrativo Disciplinar n. 04905.00190/2002-01, arquivado por insuficiência de provas, argúi a ocorrência de coisa julgada administrativa.”

Diante do transcurso da fase instrutória sem a presença de advogado ou de defensor dativo e da apresentação de defesa escrita de forma sucinta e adstrita a um único argumento, de acordo com o entendimento do próprio servidor, ocupante do cargo de Engenheiro, ou seja, não-vinculado à área jurídica, o prejuízo não é presumido, mas flagrante.

Por fim, não obstante as afirmações do impetrante quanto à inobservância do princípio da proporcionalidade — que deve ser examinado no caso concreto, frise-se —, entendo que remanesce prejudicada sua análise na hipótese, tendo em vista a ocorrência de cerceamento de defesa no processo disciplinar, conforme acima exposto.

Com esses fundamentos, *concedo a segurança* para anular a Portaria n. 134, de 11.06.2004, do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, que demitiu o impetrante, e determinar sua reintegração ao cargo que ocupava. Custas *ex lege*. Sem con-

denação ao pagamento de honorários (Súmula n. 105-STJ). Efeitos patrimoniais pretéritos a partir da data do ajuizamento deste — Súmulas ns. 269 e 271-STF e art. 1º da Lei n. 5.021/1966. Sem prejuízo, ademais, da instauração de novo procedimento, se for o caso, observado em toda sua contextura o devido processo legal.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Wilson Borlin contra ato do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão que, por meio da Portaria n. 134, de 11 de junho de 2004, publicada no DJ 14.06.2004, o demitiu do cargo de Engenheiro do Quadro de Pessoal daquela pasta, com fundamento na vedação prevista no art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990 (exercício de gerência de empresa privada concomitante ao desempenho de funções de cargo público efetivo).

A impetração, conforme o bem lançado relatório do Ministro Arnaldo Esteves, está calcada nas seguintes teses: nulidade insanável do processo administrativo disciplinar em razão do impetrante não ter sido assistido por advogado constituído ou defensor dativo; ocorrência de coisa julgada, pois o procedimento administrativo aqui impugnado seria mera reiteração de anterior processo disciplinar arquivado por falta de provas; a pena aplicada não guarda razoabilidade e proporcionalidade com a irregularidade pretensamente cometida; quando da instauração do processo administrativo disciplinar o impetrante já havia se desligado da gerência da Empresa WB Engenharia.

O Relator, após afastar a existência de coisa julgada administrativa, assim como ter afirmado a irrelevância do impetrante haver se desligado da empresa privada antes da instauração do procedimento disciplinar, concede a ordem por reconhecer ter ocorrido nulidade absoluta em razão da falta de atuação de advogado constituído ou defensor dativo durante a tramitação do processo administrativo.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

No julgamento do Mandado de Segurança n. 10.837-DF, sustentei, com apoio em precedentes do Supremo Tribunal Federal, que o rito da Lei n. 8.112/1990 não prevê como obrigatória a participação de advogado constituído durante a fase de instrução do processo administrativo disciplinar, enfatizando que a nomeação de defensor dativo somente se mostra obrigatória na hipótese de revelia do servidor indiciado.

A tese por mim defendida, contudo, não foi abrigada pelos demais integrantes da Terceira Seção, que entenderam por ratificar anterior compreensão sobre o tema, valendo destacar os seguintes precedentes:



A - “Mandado de segurança. Processo Administrativo Disciplinar. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

2. Ordem concedida.” (MS n. 7.078-DF, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 09.12.2003)

B - “Mandado de segurança. Processo Administrativo Disciplinar. Ausência de defesa por advogado e defensor dativo. Cerceamento de defesa. Ocorrência.

I - ‘A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os acusados em geral’ (Precedentes).

II - Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa.

III - Ordem concedida.” (MS n. 10.565-DF, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 13.03.2006)

Assim, embora ressaltando ponto de vista em sentido contrário, acompanho o Relator para conceder a segurança, declarando a nulidade do processo administrativo disciplinar desde a instauração, sem prejuízo de sua renovação.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.468-DF (2005/0030834-5)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Luiz Carlos de Mello Azevedo

Advogado: João Paulo da Silva

Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda

EMENTA

Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Produção de prova oral requerida em defesa escrita pelo investigado. Recusa pela comissão processante. Fundamentação insuficiente. Cerceamento de defesa configurado.

Conforme entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no processo administrativo disciplinar, o presidente da comissão deve fundamentar adequadamente a rejeição de pedido de oitiva de testemunhas formulado pelo servidor (art. 156, § 1º, da Lei n. 8.112/1990), em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

No caso, a autoridade administrativa indeferiu os depoimentos requeridos na defesa escrita, pois não trariam maiores esclarecimentos para o desfecho da investigação. Deveria, contudo, ter explicitado o motivo porque tais testemunhos seriam desnecessários, e não fazer mera repetição da regra do citado art. 156, § 1º, da Lei n. 8.112/1990.

A insuficiente fundamentação da recusa ao pleito do impetrante configura cerceamento de defesa, o que importa na declaração de nulidade do processo administrativo disciplinar desde tal ato.

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 unanimidade, concedeu a segurança, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Medina.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJ 30.10.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de mandado de segurança, impetrado por Luiz Carlos de Mello Azevedo, contra ato do Ministro de Estado da Fazenda que, por meio da Portaria n. 436, de 29.12.2004, demitiu-o do quadro de servidores do Ministério da Fazenda.

Consta dos autos que, em 18.12.2000, a revista eletrônica “No Ponto” publicou reportagem jornalística em que denunciou a venda de informações fiscais sigilosas no âmbito da Secretaria da Receita Federal no Rio de Janeiro, o que levou a Administração a instaurar sindicância para apurar os fatos noticiados. A comissão instalada apurou que o acesso aos dados se deu mediante o uso da senha do impetrante. Encerradas as investigações, abriu-se processo disciplinar, no qual ele constava como indiciado, concluindo pela sua responsabilidade na prática da conduta ilícita perquirida, com a aplicação da pena de suspensão pelo prazo de 60 (sessenta) dias. O processo administrativo foi remetido para exame da autoridade superior, que alterou a pena sugerida pela comissão disciplinar para demissão, por infringência ao art. 117, IX, da Lei n. 8.112/1990, assim como pela prática de ato de improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990 c.c. o art. 11, *caput* e incisos I e III da Lei n. 8.429/1992).

Afirma o impetrante que não acessou indevidamente a base de dados da Secretaria da Receita Federal, tampouco forneceu sua senha para que outros o fizessem. Argumenta, outrossim, que teve seu direito de defesa cerceado durante o processo disciplinar, uma vez que não foram ouvidas pela comissão 4 (quatro) testemunhas por ele indicadas. Aponta, por fim, a desproporcionalidade da pena de demissão com os fatos apurados.

Ante a ausência de pedido de medida liminar, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa solicitou informações à autoridade coatora, que as prestou às fls. 86/91. O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 95/98, opinou pela denegação da segurança.

Às fls. 107/114, o impetrante reitera os termos da petição inicial e requer a concessão de medida cautelar, em caráter liminar, em ordem a suspender os efeitos da Portaria n. 436/2004, do Ministro de Estado da Fazenda.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Em primeiro lugar, no que toca ao pedido de concessão de liminar (fls. 107/114), cumpre sa-

liantar que foi formulado no momento em que o presente mandado de segurança encontrava-se suficientemente instruído para julgamento de mérito. Assim, em vez de apreciar o pleito cautelar, determinei a inclusão do processo em pauta, a fim de dar solução definitiva ao caso da forma mais breve possível.

O impetrante busca, com o ajuizamento deste mandado de segurança, anular processo administrativo que culminou na sua demissão, efetivada pela Portaria n. 436/2004, do Ministro de Estado da Fazenda. Para tanto, afirma que o indeferimento, pela comissão disciplinar, da oitiva das testemunhas arroladas na defesa escrita, constituiu ofensa à ampla defesa e ao contraditório, assegurados no art. 5º, IV, da Constituição da República.

Considerados os elementos constantes dos autos, tenho que assiste razão ao impetrante, na parte em que aponta a ocorrência de cerceamento de defesa.

Com efeito, a fim de demonstrar que não acessou de forma indevida a base de dados da Secretaria da Receita Federal e que tampouco forneceu sua senha para terceiros, o impetrante, ao ofertar defesa escrita perante a comissão disciplinar, pugnou pela oitiva de quatro servidores lotados juntamente com ele, além de todos os funcionários que operavam os terminais de computador investigados durante a sindicância. A comissão processante, todavia, não acolheu a postulação, ao argumento de que tais depoimentos “não trariam maiores esclarecimentos para o deslinde dos fatos ora sob investigação.”

De modo a resguardar a plena observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o art. 156, *caput*, da Lei n. 8.112/1990 confere ao servidor investigado algumas garantias, dentre elas a de arrolar e reinquirir testemunhas. É certo, todavia, que o § 1º do mencionado artigo permite ao presidente da comissão “denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos”.

Por se tratar de norma que, em princípio, pode vir a restringir o acesso do funcionário sob investigação à ampla defesa, o referido § 1º do art. 156 da Lei n. 8.112/1990 tem recebido exegese desta Terceira Seção, no sentido de exigir da autoridade processante suficiente fundamentação para a recusa dos pedidos formulados com base no *caput* do dispositivo legal. Nesse sentido, aponto os seguintes precedentes:

“Mandado de segurança. Processo Administrativo Disciplinar.

Indeferimento da oitiva de algumas testemunhas arroladas pelo servidor. Ausência de motivação do ato. Nulidade. Ordem concedida.



1. “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.” (inciso LV do art. 5º da Constituição da República).

2. “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/1999)

3. Em havendo a comissão processante indeferido a oitiva das testemunhas arroladas pelo impetrante, à consideração de que se tratava de medida protelatória, sem qualquer fundamentação outra, escolhendo duas dentre as dez testemunhas arroladas, é de se reconhecer a ocorrência de cerceamento de defesa.

4. O mandado de segurança impetrado na Justiça Federal de 1ª instância não constitui qualquer óbice ao reconhecimento da violação do direito líquido e certo do impetrante, haja vista que a homologação do pedido de desistência do *mandamus* não obsta sua reiteração por intermédio de nova impetração, nem faz coisa julgada.

5. Ordem concedida.” (MS n. 8.431-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ 23.06.2003)

“Mandado de segurança. Administrativo. Ministro do estado da previdência e assistência social. Ato demissório. Oitiva de testemunha de defesa não cumprida. Cerceamento de defesa.

A despeito das outras alegações da impetrante, caracterizado o cerceamento de defesa pelo fato de não ter sido ouvida testemunha de defesa por ela indicada, o respectivo procedimento administrativo deve ser anulado.

Ordem concedida, com a anulação da Portaria que culminou com a demissão da impetrante, e a sua conseqüente reintegração ao cargo anteriormente por ela ocupado.” (MS n. 9.231-DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, DJ 15.12.2003)

“Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Processo disciplinar. Acumulação de cargos. Incompatibilidade de horários não comprovada. Conclusões de relatório e de pareceres antagônicos entre si. Indeferimento não fundamentado de ouvida de testemunha de defesa. Cerceamento caracterizado.

1. O antagonismo existente entre os diversos relatórios e pareceres constantes dos autos evidenciam não estar devidamente comprovada a

alegada incompatibilidade de horários no exercício dos cargos públicos acumulados pelo impetrante.

2. A falta de fundamentação no indeferimento de ouvida de testemunha caracteriza cerceamento de defesa.

3. Ordem concedida.” (MS n. 7.469-DF, Relator Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 28.10.2002)

Considerada a orientação deste colegiado sobre o tema, tenho que, no caso em exame, a comissão processante não fundamentou apropriadamente a rejeição ao pedido de produção de prova testemunhal feito pelo impetrante. De fato, era dever da autoridade administrativa, em obediência aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, explicitar o motivo porque os depoimentos requeridos pelo servidor eram prescindíveis à conclusão da investigação.

Ora, afirmar de forma simplória que os depoimentos não trariam maiores esclarecimentos ao desfecho do caso constitui mera repetição do texto legal (art. 156, § 1º, da Lei n. 8.112/1990) e não basta à observância ao requisito da adequada justificação da recusa à postulação do servidor, que, na hipótese, teve seu direito de defesa cerceado.

Necessário destacar, por fim, que o acolhimento das razões atinentes ao cerceamento de defesa prejudica o exame dos demais fundamentos trazidos pelo impetrante, relativos à autoria dos fatos investigados e à desproporcionalidade da pena de demissão aplicada.

Diante do exposto, concedo a segurança, em ordem a declarar a nulidade do Processo n. 10768.013694/2002-05, da Comissão de Processo Disciplinar da Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado do Rio de Janeiro, a partir do ato que indeferiu o pedido de oitiva de testemunhas formulado na defesa escrita do servidor, e, conseqüentemente, anular a Portaria n. 436, de 29.12.2004, do Ministro de Estado da Fazenda, devendo o impetrante ser reintegrado ao cargo que antes ocupava. Custas na forma da lei. Sem honorários, em face da Súmula n. 105-STJ e da Súmula n. 512-STF

É como voto.



Jurisprudência da Quinta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO
N. 3.348-ES (2004/0114488-2)**

Relator: Ministro Felix Fischer
Agravante: Janine Gianordoli Monteiro Cruz
Advogados: Rodrigo Loureiro Martins e outro
Agravado: David Lacerda Fafá
Advogados: Cláudio Luiz Pinto Neto e outro

EMENTA

Agravo regimental. Decisão agravada. Impugnação específica. Ausência. Súmula n. 182-STJ. Analogia.

A agravante não impugnou especificamente os fundamentos da decisão agravada, uma vez que se restringiu apenas a apontar a falta de interesse de agir do agravado, o que atrai a incidência da Súmula n. 182-STJ, aplicada, por analogia, ao agravo regimental.

Agravo regimental 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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Gilson Dipp e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sr^a. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 25.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de agravo regimental interposto por Janine Gianordoli Monteiro Cruz contra decisão monocrática que, reconsiderando decisão anterior, concedeu tutela cautelar para suspender “o julgamento do Mandado de Segurança n. 100.970.009.599, em curso no egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, até decisão final desta ação”.

O referido mandado de segurança havia aportado nesta egrégia Corte, em Recurso Ordinário tombado sob o n. 10.762-ES, que foi provido para determinar o prosseguimento do *mandamus* no egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que o havia extinto por entender ter perdido o objeto.

Após o retorno dos autos àquela egrégia Corte, o autor, ora agravado, propôs a presente ação declaratória de nulidade, postulando a declaração de nulidade de atos processuais no referido mandado de segurança, tendo em vista que não havia sido intimado, mesmo figurando nos autos como litisconsorte passivo necessário, para contra-arrazoar o recurso ordinário dirigido a esta Corte, que foi provido para determinar ao Tribunal *a quo* que julgasse o mérito do *mandamus*.

No presente agravo regimental, sustenta a agravante que “falta possibilidade jurídica (ou adequação) à pretensão formulada pelo agravado” tendo em vista que este dispunha de recurso, v.g, embargos de declaração, ou de ação autônoma específica para argüir a nulidade apontada, qual seja, a ação rescisória ou o mandado de segurança.

Requer o provimento do agravo para cassar a decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A decisão agravada restou vazada nos seguintes termos:

“Trata-se de agravo regimental apresentado por David Lacerda Fafá, em face da decisão que denegou a antecipação de tutela. (Fls. 290/291)

O autor, ora agravante, propôs a presente ação declaratória de nulidade visando ao reconhecimento da nulidade dos atos praticados no Mandado de Segurança n. 100.970.009.559, que tramita no egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, tendo em vista a ausência de intimação do agravante para apresentar contra-razões ao recurso ordinário. Requereu o deferimento de *antecipação de tutela, inaudita altera pars*, para que fosse determinada a suspensão do julgamento do *mandamus* até decisão final acerca da presente declaratória.

Sustenta, o agravante, que figura como litisconsorte passivo no cogitado Mandado de Segurança impetrado por Janine Gianordoli Monteiro Cruz contra ato que o designou para o exercício de Tabelião no Cartório do 3º Ofício, Órfãos e Sucessões do Juízo de Vitória-ES.



Aduz que, após a publicação do v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que entendeu prejudicado o pedido da impetrante e extinguiu o processo sem julgamento do mérito, não foi intimado dos demais atos do referido feito, sendo que, no entanto, foi interposto recurso ordinário a esta Corte, autuado como RMS n. 10.762-ES, provido para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao egrégio Tribunal *a quo*, para prosseguimento do exame do *writ*.

Aponta a nulidade do julgamento do citado recurso ordinário, por não ter sido intimado para apresentar contra-razões, e afirma, para justificar o pedido de antecipação de tutela, que o risco de dano irreparável ‘encontra-se presente na possibilidade iminente de perda do cargo, e conseqüentemente da sua respectiva remuneração’ (fl. 15), caso seja concedida a segurança à impetrante.

Ao analisar a exordial, assim me manifestei acerca do pedido de antecipação de tutela:

‘(...) tendo em vista que, conforme infere-se dos autos e afirmou o próprio requerente à fl. 231, o mesmo tomou conhecimento do andamento do Mandado de Segurança, bem como da decisão que lhe foi desfavorável, proferida por esta Corte, em 15.10.2001, quando da intimação, para a pauta de julgamento do feito. Ou seja, somente após quase 3 (três) anos do conhecimento da situação, o requerente ajuizou a presente ação declaratória de nulidade e requereu a antecipação de tutela.

Ademais, verifica-se que o egrégio Tribunal *a quo* ainda não se manifestou quanto ao pedido do requerente de declaração de nulidade absoluta, formulado às fls. 222/223 (Protocolo n. 200100234745), tendo se pronunciado somente com relação ao pedido de encaminhamento do feito a esta Corte, de fls. 230/239 (Protocolo n. 200100233952), isto é, pode ocorrer, ainda, a decretação de ofício, da nulidade absoluta apontada, nos autos do Mandado de Segurança.’ (Fl. 290)

Nas razões deste agravo regimental, o agravante observa que:

‘(...) o primeiro patrono constituído pelo recorrente, logo que obteve conhecimento da nulidade processual, em 15 de outubro de 2001, adotou a medida que entendeu cabível, em 19 de outubro de 2001, através da oposição de embargos declaratórios dirigidos ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo e remetidos ao colendo STJ.

Observa-se que não houve a suposta inércia do ora recorrente para a adoção de medida objetivando anular parcialmente o mandado de segurança, já que a sua manifestação acerca do vício ocorreu em apenas 4 (quatro) dias, contados a partir do momento em que obteve conhecimento do fato.

A delonga resultou dos 2 (dois) anos entre a oposição dos embargos declaratórios por parte do ora recorrente, e a decisão que não os conheceu, publicada no Diário da Justiça em 1º de outubro de 2003.

Portanto, a Ação Declaratória de Nulidade representa o segundo mecanismo adotado pelo ora recorrente, com vista à anulação parcial do mandado de segurança.' (Fls. 304/305)

De fato, à fl. 230, consta petição do agravante, datada de 19.10.2001, na qual suscita nulidade absoluta em razão de não ter sido intimado para apresentar contra-razões ao recurso ordinário, apesar de ser litisconsórcio necessário no processo respectivo.

Constatai, igualmente, que, não obstante inexistir manifestação do egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo a respeito da petição de fls. 222/223, esta não poderia levar à nulidade do recurso ordinário julgado por este Superior Tribunal de Justiça, restando, pois, prejudicada. Ademais, a apreciação dos embargos declaratórios formulados às fls. 230/239, não foram por mim apreciados haja vista não competir a esta Corte a análise de petição dirigida ao Tribunal *a quo* (fl. 268). De todo modo, resta evidenciada a diligência do agravante.

Quanto ao *periculum in mora*, verifica-se que o Mandado de Segurança n. 100.970.009.559 está na eminência de ser julgado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo e, em tese, poderá decidir a favor da impetrante, o que, por conseguinte, afetará o agravante, já que este exerce as funções de titular de cartório — condição pretendida por aquela, ora requerida nesta ação declaratória de nulidade.

Com efeito, e considerando presentes os requisitos para tanto, reconsidero minha decisão, para conceder a antecipação de tutela pleiteada pelo agravante, a fim de que seja suspenso o julgamento do mencionado Mandado de Segurança n. 100.970.009.559, em curso no egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, até decisão final desta ação.” (Fls. 314/316)

Verifica-se que a agravante não impugnou especificamente os fundamentos da decisão agravada, uma vez que se restringiu apenas a apontar a falta de interesse de agir do agravado.

Nesse contexto, é imperiosa a incidência do Enunciado n. 182-STJ, aplicada, por analogia, ao agravo regimental:



“É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”.

Nesse sentido é o entendimento pacífico desta egrégia Corte, conforme se ilustra com o seguinte precedente:

“Processual Civil. Agravo regimental. Contrato de crédito pessoal. Recurso especial. Juros moratórios. Redução. *Reformatio in pejus*. Prequestionamento. Ausência. Súmulas ns. 282 e 356-STF Razões de agravo regimental que não atacam o fundamento da decisão agravada. Incidência da Súmula n. 182-STJ. Recurso manifestamente improcedente. Multa, art. 557, § 2º, do CPC.

I - (...)

II - Ausência de impugnação, ademais, pelas razões de agravo regimental, à apontada impossibilidade de se aferir a taxa pactuada diante da não juntada do contrato aos autos. Vedação da Súmula n. 182-STJ, aplicada por analogia.

III - Agravo regimental improvido, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, por manifestamente improcedente e procrastinatório o recurso.” (AgRg no REsp n. 808.540-RS, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 29.05.2006)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

EMBARGO DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 740.721-MG (2006/0016130-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Embargantes: Adão Inácio da Silva e outros

Advogados: Viviane Batista Chaves Figueiredo e outros

Embargada: União

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Ausência dos pressupostos. Concurso público. Delegado de polícia. Homologação final. Prescrição. Candidato no exercício do cargo. Aplicação da “teoria do fato consumado”. Inadmissibilidade. Precedentes. Embargos rejeitados.

I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos.

II - Consoante entendimento desta Corte, o prazo de validade do concurso para cargos da Polícia Federal previsto no Edital n. 1/1993 teve início com a homologação do resultado final da primeira etapa do certame. Assim, sendo correta a homologação final procedida pela Administração, verifica-se que se encontra prescrito o direito de ação de candidato, conforme previsão do art. 11 do Decreto-Lei n. 2.320/1987. Precedentes.

III - A egrégio Terceira Seção possui entendimento no sentido de afastar a aplicação da “Teoria do Fato Consumado” nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que o seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento.

IV - O julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, competindo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu *in casu*, não havendo qualquer omissão ou obscuridade no julgado embargado, já que houve a efetiva análise das matérias anteriormente expostas.

V - Embargos de declaração rejeitados.

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, rejeitou os embargos. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 13.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de embargos de declaração opostos por Adão Inácio da Silva e outros contra acórdão de fls. 419/427, assim ementado:



“Processual Civil e Administrativo. Concurso público. Delegado de polícia. Homologação final. Prescrição. Candidato no exercício do cargo. Aplicação da ‘teoria do fato consumado’. Inadmissibilidade. Precedentes. Agravo interno desprovido.

I - Consoante entendimento desta Corte, o prazo de validade do concurso para cargos da Polícia Federal previsto no Edital n. 1/1993 teve início com a homologação do resultado final da primeira etapa do certame. Assim, sendo correta a homologação final procedida pela Administração, verifica-se que se encontra prescrito o direito de ação de candidato, conforme previsão do art. 11 do Decreto-Lei n. 2.320/1987. Precedentes.

II - A egrégia Terceira Seção possui entendimento no sentido de afastar a aplicação da ‘Teoria do Fato Consumado’ nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que o seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento.

III - Agravo interno desprovido”.

O embargante repisa as teses anteriormente expostas, sustentando que a decisão do agravo de instrumento não enfrentou a questão nuclear do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade. Inexistindo qualquer um desses elementos essenciais, rejeitam-se os mesmos.

Depreende-se das razões dos embargos, que o ponto fulcral da controvérsia reside na insatisfação do ora embargante com o deslinde da questão.

Em relação às irresignações, a Terceira Seção desta egrégia Corte, em julgamento de casos análogos, firmou entendimento no sentido de que o prazo de validade do concurso para cargos da Polícia Federal previsto no Edital n. 1/1993 teve início com a homologação do resultado final da primeira etapa do certame. Ilustrativamente:

“Administrativo. Concurso público. Delegado de polícia. Homologação final. Prescrição. Candidato no exercício do cargo. Aplicação da ‘teoria do fato consumado’. Inadmissibilidade.

I - Conforme as regras estabelecidas no Edital do concurso (n. 1, publicado em 24.05.1993), a homologação final seria publicada em seguida

ao encerramento das provas e exames, e não somente após o término do Curso de Formação, tendo em vista que a disputa não se destinava ao preenchimento direto dos cargos de Delegado de Polícia, mas sim à admissão da matrícula no Curso de Formação respectivo.

II - Assim sendo, considerando-se correta a homologação final procedida pela Administração, verifica-se que se encontra prescrito o direito de ação do candidato, conforme previsão do art. 11 do Decreto-Lei n. 2.320/1987.

III - *Inadmissível a aplicação, in casu, da chamada “teoria do fato consumado” para justificar a permanência do candidato no cargo, apenas em face de estar no seu exercício, tendo em vista a reversibilidade da situação de fato e também a ausência do direito do autor.*

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 293.461-CE, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 03.02.2003)

“Processo Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Agravo regimental. Concurso público. Edital n. 1/1993. Delegado de Polícia Federal. Participação na segunda etapa. Inexistência de ato omissivo contínuo. Impetração voltada para novo certame. Decadência. Art. 18, da Lei n. 1.533/1951. Extinção. Improvimento do recurso.

1. Inexiste ato omissivo contínuo da Administração se o Edital, contra o qual se volta o agravante, já esgotou seu conteúdo jurídico, vale dizer, teve seu prazo de validade completado, cessando-lhe a eficácia. O Concurso Público é ato administrativo autônomo: tem início e fim. Encerrado o certame regulado pelo Edital n. 1/1993 e aberto novo, é deste último ato, concreto e objetivo, que flui o lapso decadencial da via mandamental. Inteligência do art. 18, da Lei n. 1.533/1951.

2. O prazo do concurso em questão, não era a homologação final do curso de formação, como aventado erroneamente pelo agravante — que aliás, anote-se, não se refere sequer ao certame iniciado com o Edital n. 1/1993 —, mas sim, nos termos editalícios (12.01) a ‘... homologação do resultado final do concurso público de admissão à matrícula no Curso de Formação Profissional, na Academia Nacional de Polícia.’ Tal resultado se deu com a publicação do Edital n. 10/1994, em 29.12.1994, que tornou pública a conclusão da primeira fase.

3. Precedentes da Terceira Seção (MS ns. 5.664-DF e 6.782-DF).

4. Agravo regimental conhecido, porém, desprovido.” (AgRg no MS n. 6.652-DF, Relator o Ministro Jorge Scartezini, DJ 19.03.2001)



“Administrativo e Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 535 CPC. Existência de omissão. Delegado da Polícia Federal em exercício no cargo. Aplicação da ‘teoria do fato consumado’. Inadmissibilidade.

I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade. Havendo um dos requisitos — omissão — o recurso integrativo deve ser acolhido.

II - A egrégia Terceira Seção recentemente reformulou seu pensamento anterior, para rechaçar a aplicação da “Teoria do Fato Consumado” nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que o seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento.

III - Embargos de declaração acolhidos apenas para reconhecer a ocorrência de omissão no aresto embargado, sem alteração da conclusão do julgado.” (EDcl no AgRg no Ag n. 397.794-DF, de minha relatoria, DJ 10.03.2003)

“Administrativo. Concurso público. Aplicação da ‘teoria do fato consumado’. Inadmissibilidade. Precedentes. Agravo interno desprovido.

I - A egrégia Terceira Seção recentemente reformulou seu pensamento anterior, para rechaçar a aplicação da “Teoria do Fato Consumado” nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que o seus processos judiciais ainda não haviam findado, submetendo-se aos riscos da reversibilidade do julgamento.

II - Agravo interno desprovido.” (AgRg no RMS n. 20.231, de minha relatoria, DJ 17.10.2005)

“Administrativo. Concurso público. Exame psicotécnico. Análise dos critérios. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Agravo regimental. Súmula n. 182-STJ. Julgamento *extra petita*. Questão de ordem pública. Ausência de prequestionamento. Teoria do fato consumado. Inaplicabilidade. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Matéria pacífica.

(omissis).

3. Não se aplica a teoria do fato consumado para garantir a nomeação de candidato reprovado em exame psicotécnico e que, por força de liminar, permanece e obtém aprovação nas demais fases do certame, diante da precariedade da decisão.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp n. 600.532-DF, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 1º.07.2005)

“Agravo regimental no recurso especial. Reexame de provas. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Matéria nova não debatida nos autos. Impossibilidade de análise. Teoria do fato consumado. Aplicação. Inadmissibilidade.

Aferir-se a existência ou não de direito líquido e certo a amparar a agravante ensejaria necessariamente o inviável revolvimento do conjunto fático-probatório e não a mera reavaliação da prova, esta, sim, cabível nesta Corte.

É inviável a análise de matéria nova, não debatida anteriormente nos autos. Ademais, a egrégia Terceira Seção recentemente reformulou seu pensamento para afastar a aplicação da ‘Teoria do Fato Consumado’ nas hipóteses em que os candidatos tomaram posse sabendo que os seus processos judiciais ainda não haviam chegado a termo.

Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 700.943-AL, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 05.12.2005)

“Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Capacidade física. Previsão legal e editalícia. Legalidade.

I - Previsão legal de que a capacidade física é requisito para o provimento de cargos de delegados de polícia civil, o que viabiliza a norma do edital que estabeleceu o meio para atestar tal condicionamento.

II - Aprovação condicionada à capacidade física para o exercício do cargo de delegado de polícia, a ser avaliada por meio de prova descrito no edital do concurso. *In casu*, este requisito não foi atendido.

III - Não há como ser reconhecido como fato superveniente, capaz de assegurar a nomeação de candidata não aprovada em exame físico, a aprovação na disciplina de adestramento físico realizado durante o curso de formação.

IV - O emprego da denominada ‘teoria do fato consumado’ pressupõe uma situação ilegal consolidada no tempo, em decorrência da concessão de liminar, não se aplicando ao caso em tela.

V - Recurso ordinário desprovido.” (RMS n. 18.854-PB, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 20.02.2006)

Neste sentido, ainda, as decisões proferidas no Ag n. 724.710-MG, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 17.03.2006; REsp n. 800.587-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 12.05.2006; e Ag n. 748.425-MG, de minha relatoria, DJ 11.04.2006.



Desta forma, inviável a utilização dos embargos de declaração, sob a alegação de suposta omissão, contradição ou obscuridade, quando a pretensão almeja — em verdade — reapreciar o julgado, objetivando a alteração do conteúdo da decisão.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 48.716-SP (2005/0167153-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Marcelo Willians Santos (assistência judiciária)

Impetrada: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Edmar Daniel Silva do Nascimento (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Execução penal. Crimes de estelionato. Paciente que, à época da condenação, era, de fato, réu primário. Comutação. Decreto Presidencial n. 2.011/2001.

1. Concede-se a comutação da pena, na fração de 1/4 (um quarto), ao condenado que, à época da condenação, era, de fato, primário, nos termos do art. 2º, do Decreto Presidencial n. 4.011/2001.

2. Ordem concedida.

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, conceder a ordem, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Marcelo Willians Santos, em favor de Edmar Daniel Silva do Nascimento, preso e condenado pela prática de diversos crimes de estelionato, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao prover o recurso defensivo de agravo em execução, determinou a comutação da pena do paciente, porém, considerando-o reincidente, reduziu a reprimenda em apenas 1/5 (um quinto).

O Impetrante aduz, em suma, que o apenado é tecnicamente primário, porquanto a condenação deste, pela prática do crime de latrocínio, é posterior a condenação dos delitos de estelionato.

Requer, assim, a redução da pena dos crimes de estelionato na fração de 1/4 (um quarto), nos termos do art. 2º, do Decreto Presidencial n. 4.011/2001.

O pedido liminar foi indeferido.

As informações foram devidamente prestadas pela Autoridade Impetrada. (Fls. 102/148)

A Douta Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem nos seguintes termos:

“*Habeas corpus*. Comutação de pena. Reincidência. Inocorrência. Réu tecnicamente primário.

1. Consoante dispõe o art. 63 do Código Penal, apenas considera-se reincidente aquele que pratica novo crime depois de transitar em julgado sentença que o condenou por crime anterior. Assim, não se pode considerar reincidente reeducando cujos únicos delitos cometidos foram praticados concomitantemente.

2. Tecnicamente primário o reeducando e preenchidos os demais requisitos do Decreto n. 4.011/2001, faz jus à comutação de 1/4 (um quarto) da pena a ser cumprida, nos termos de seu art. 2º.

3. Pela concessão da ordem.” (Fls. 150/152)

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A impetração merece acolhida.

A questão ora aduzida é simples, consiste em saber se, na ocasião de preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício da comutação da pena, o paciente era ou não efetivamente primário.



Nesse contexto, à luz da definição de reincidência contida no art. 63, do Código Penal, observa-se, após a acurada leitura das judiciosas informações, que, de fato, o apenado era primário.

Inferre-se dos autos que os delitos de estelionato praticados pelo paciente aconteceram entre os dias 18 e 23 de abril de 1991 e, o crime de latrocínio, especificadamente, no dia 18 daquele mês e ano (fls. 102/103). Compulsando as informações, verifica-se, ainda, a inexistência de outros crimes na folha de antecedentes do paciente, tal situação foi, inclusive, constatada pelo próprio Tribunal de origem que, ao prover o recurso defensivo de apelação criminal, reduziu a pena imposta ao paciente, em razão de sua primariedade.

É, aliás, o que se extrai do seguinte excerto a seguir transcrito:

“No curso da execução, formulou o pedido de comutação de penas, com base no Decreto n. 4.011/2001, referente aos autos da Ação Penal n. 642/1991, na qual resultou condenado a 3 anos, 1 mês e 6 dias de reclusão, como incurso nos arts. 171, *caput* (cinco vezes), e 171, *caput* (uma vez), c.c. o art. 14, II, ambos c.c. o art. 71, todos do Código Penal, cuja reprimenda foi reduzida em 1/6, em grau de apelação, pelo reconhecimento da primariedade.” (Fl. 35)

Resta, portanto, evidenciada, na hipótese, a primariedade do paciente.

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, concedo a ordem ora postulada para determinar a comutação da pena relativa ao crime de estelionato na fração de 1/4 (um quarto), nos termos do art. 2º, do Decreto Presidencial n. 4.011/2001.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 55.426-SP (2006/0043624-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrantes: Vera Lúcia Bezera Piffer e outro

Impetrado: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Assis-SP

Pacientes: Vera Lúcia Bezerra Piffer e Fabiana Cristina dos Santos Almeida (presas)

EMENTA

Criminal. Hc. Tráfico ilícito de entorpecentes. Pleito de progressão do regime prisional. Argumentos não apreciados pelo juízo das execuções penais. Supressão de instância. *Writ* não conhecido.

I - O presente pleito de progressão de regime foi formulado antes mesmo de proferida a sentença de 1ª grau, e, por tal razão, sequer foi posto à apreciação do Juízo das Execuções Penais, na forma exigida pelo art. 66, inciso III, alínea **c**, da LEP

II - O exame da matéria por esta Corte ocasionaria indevida supressão de instância.

III - *Writ* não conhecido.

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 conheceu do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 04.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Vera Lúcia Bezerra Piffer e Fabiana Cristina dos Santos Almeida, em benefícios próprios, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu da ordem anteriormente impetrada, visando à progressão do regime fechado para “restritiva de direitos”.

Consta dos autos que as pacientes foram presas em flagrante e denunciadas pela prática dos delitos previstos nos arts. 12, *caput*, e 14, ambos da Lei n. 6.368/1976 e art. 1ª, da Lei n. 2.252/1954.

Irresignadas com a decisão do Juízo processante que indeferiu o pedido de liberdade provisória, as paciente impetraram ordem de *habeas corpus* perante a Corte Estadual, visando à progressão do regime fechado em que se encontram, para o “restritivo de direitos”.



A ordem não foi conhecida, sob o fundamento, em síntese, de que tal pleito demandaria a análise dos requisitos objetivos e subjetivos das pacientes, inviável na via estrita do *habeas corpus*, bem como de que o processo ainda não teria sido sentenciado, não havendo falar-se, portanto, em progressão de regime prisional. (Fls. 81/83)

No presente *writ*, as pacientes/impetrantes reiteram o pleito formulado na impetração originária, no sentido de que sejam progredidas do regime fechado em que se encontram desde 05.03.2005, para o “restritivo de direitos”.

Informações prestadas. (Fls. 21/22)

Liminar indeferida. (Fl. 85)

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo não conhecimento da ordem. (Fl. 88)

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Vera Lúcia Bezerra Piffer e Fabiana Cristina dos Santos Almeida, em benefícios próprios, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu da ordem anteriormente impetrada, visando à progressão do regime fechado para “restritiva de direitos”.

Consta dos autos que as pacientes foram presas em flagrante e denunciadas pela prática dos delitos previstos nos arts. 12, *caput*, e 14, ambos da Lei n. 6.368/1976 e art. 1º, da Lei n. 2.252/1954.

Irresignadas com a decisão do Juízo processante que indeferiu o pedido de liberdade provisória, as paciente impetraram ordem de *habeas corpus* perante a Corte Estadual, visando à progressão do regime fechado em que se encontram, para o “restritivo de direitos”.

A ordem não foi conhecida, sob o fundamento, em síntese, de que tal pleito demandaria a análise dos requisitos objetivos e subjetivos das pacientes, inviável na via estrita do *habeas corpus*, bem como de que o processo ainda não teria sido sentenciado, não havendo falar-se, portanto, em progressão de regime prisional. (Fls. 81/83)

No presente *writ*, as pacientes/impetrantes reiteram o pleito formulado na impetração originária, no sentido de que sejam progredidas do regime fechado em que se encontram desde 05.03.2005, para o “restritivo de direitos”.

A irresignação não merece ser conhecida.

Com efeito. Extrai-se das informações prestadas pela autoridade apontada coatora que aos 11.04.2006 foi proferida sentença em desfavor das pacientes, condenando-as às penas de 4 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 80 dias-multa, como incursas no art. 12, *caput*, c.c. o art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976. (Fl. 21)

Todavia, verifica-se que o presente pleito de progressão de regime foi formulado antes mesmo de proferida a sentença de 1º grau, e, por tal razão, sequer foi posto à apreciação do Juízo das Execuções Penais, na forma exigida pelo art. 66, inciso III, alínea c, da LEP.

Assim, o exame da matéria por esta Corte ocasionaria indevida supressão de instância.

Nesse sentido, destaco o recente julgado desta Corte:

“Penal. *Habeas corpus*. Atentado violento ao pudor simples. Crime hediondo. Progressão de regime. Possibilidade. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 declarada pelo STF. Requisitos. Necessidade de apreciação prévia pelo juízo da execução.

(...)

IV - Para a concessão da progressão de regime, faz-se necessária a prévia submissão da matéria ao Juízo da Execução, para que examine a presença, no caso concreto, dos requisitos previstos no art. 112 da Lei n. 7.210/1984, sob pena de indevida supressão de instância.

Ordem parcialmente concedida.” (HC n. 55.426-SP, DJ 26.06.2006, Relator Ministro Felix Fischer)

Ante o exposto, não conheço da impetração.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 55.589-CE (2006/0045725-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Francisco Freires Barros

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Paciente: José Edilson Paulo da Silva (preso)



EMENTA

Criminal. *Habeas corpus*. Homicídio. Ausência de intimação do defensor dativo. Recurso de apelação. Intimação pessoal do antigo defensor nomeado ao paciente. Nulidade absoluta. Cerceamento de defesa configurado. Pleito de aguardar em liberdade o julgamento. Questão não analisada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida.

I - Hipótese em que apenas o antigo defensor nomeado ao paciente, que havia deixado transcorrer *in albis* o prazo para apresentação das razões do recurso de apelação, foi intimado da data da sessão de julgamento, bem como da publicação do acórdão.

II - Apesar de o novo procurador do réu ter ofertado as razões de apelo, o seu antigo patrono, que já não atuava em favor do acusado, continuou a ser intimado dos atos processuais, restando configurado prejuízo à ampla defesa, uma vez que impedidas a apresentação de memoriais, a sustentação oral no feito e a interposição dos recursos cabíveis em favor do paciente.

III - Evidenciada a ausência de intimação pessoal do defensor dativo da data de julgamento e do acórdão proferido no recurso de apelação, cujo deslinde resultou desprovimento do apelo da Defesa, devendo ser reconhecida a nulidade absoluta do *decisum*.

IV - Sentença que não permitiu o recurso em liberdade ao réu, que havia sido preso preventivamente em garantia da futura aplicação da lei penal, não havendo notícia de impugnação do ato por parte de seu defensor.

V - Se o pedido de reconhecimento do direito do paciente de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação não foi objeto de debate e decisão por Órgão Colegiado do Tribunal *a quo*, sobressai a incompetência desta Corte para o exame da questão, sob pena de indevida supressão de instância.

VI - Deve ser anulado o julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, para que outro julgamento seja realizado com a observância da prévia intimação pessoal do Defensor Público.

VII - Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, 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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 18.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de José Edilson Paulo da Silva, mantendo a reprimenda a ele imposta pela prática do crime de homicídio qualificado.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Na Sessão de Julgamento pelo Tribunal do Júri, o Defensor nomeado ao paciente, Dr. Hemetério Pereira de Araújo, recorreu da sentença condenatória, pugnando pelo oferecimento das razões do recurso de apelação perante o Tribunal *a quo*, com base no art. 600 do Código de Processo Penal.

Entretanto, embora pessoalmente intimado, o Defensor do réu deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecimento das razões perante a Corte estadual, a qual determinou que o apenado nomeasse um novo procurador para promover a sua defesa.

Ante a inércia do paciente, o Magistrado singular nomeou o Dr. José Epifânio de Carvalho Neto, em substituição ao antigo defensor do apenado, determinando que o advogado apresentasse as razões do recurso.

Posteriormente, o Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“Tribunal constitucional do júri. Apelação crime. Veredicto do júri em conformidade com a prova dos autos. Manutenção do veredicto em respeito à soberania do júri popular. Apelo improvido.” (Fl. 78)



O acórdão foi publicado em 14 de maio de 2004, tendo a sentença condenatória transitado em julgado em 26 de julho de 2004, sem que fosse manejado qualquer recurso pela Defesa. (Fl. 86)

Daí a presente impetração, na qual se sustenta, em síntese, a existência de nulidade absoluta, em virtude da ausência da anterior intimação pessoal do defensor nomeado ao paciente, da data do julgamento da apelação criminal, em clara ofensa ao Princípio da ampla defesa, eis que impedida a sustentação oral.

Aduz-se, ainda, que o Tribunal *a quo* promoveu a intimação pessoal do antigo defensor do paciente, Dr. Hemetério Pereira de Araújo, mesmo após a sua substituição pelo Dr. José Epifânio de Carvalho Neto, o qual havia ofertado as razões do recurso de apelação.

Pugna-se, assim, pela renovação do julgamento do apelo, e pela concessão do benefício de aguardar o novo julgamento do recurso em liberdade.

Liminar deferida à fl. 126, a fim de suspender os efeitos do acórdão que confirmou a condenação do paciente, mantendo, porém, a sua custódia.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão parcial da ordem. (Fls. 130/131)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de José Edilson Paulo da Silva, mantendo a pena a ele imposta pela prática do crime de homicídio qualificado.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Na Sessão de Julgamento pelo Tribunal do Júri, o Defensor nomeado ao paciente, Dr. Hemetério Pereira de Araújo, recorreu da sentença condenatória, pugnando pelo oferecimento das razões do recurso de apelação no Tribunal *a quo*, com base no art. 600 do Código de Processo Penal.

Entretanto, embora pessoalmente intimado, o Defensor do réu deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecimento das razões perante a Corte de origem, a qual determinou que o apenado nomeasse um novo procurador para promover a sua defesa.

Ante a inércia do paciente, o Magistrado singular nomeou o Dr. Epifânio de Carvalho Neto, em substituição ao antigo defensor, determinando que o advogado apresentasse as razões do recurso.

Posteriormente, o Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao recurso, mantendo o veredicto do Conselho de Sentença.

O acórdão foi publicado em 14 de maio de 2004, tendo a sentença condenatória transitado em julgado em 26 de julho de 2004, sem que fosse manejado qualquer recurso pela Defesa. (Fl. 78)

Em razões, sustenta-se, em síntese, a existência de nulidade absoluta, em virtude da ausência da anterior intimação pessoal do defensor nomeado ao paciente, da data do julgamento da apelação criminal, em clara ofensa ao Princípio da ampla defesa, eis que impedida a sustentação oral.

Aduz-se, ainda, que o Tribunal *a quo* promoveu a intimação pessoal do antigo defensor do paciente, Dr. Hemetério Pereira de Araújo, mesmo após a sua substituição pelo Dr. José Epifânio de Carvalho Neto, o qual havia ofertado as razões do recurso de apelação.

Pugna-se, assim, pela renovação do julgamento do apelo, e pela concessão do benefício de aguardar o novo julgamento do recurso em liberdade.

Passo à análise a irresignação.

Infere-se dos autos que o Magistrado singular, em 04.09.2000, nomeou o Dr. José Epifânio de Carvalho Neto para promover a defesa do réu (fl. 40), em face da omissão do antigo patrono do paciente, Dr. Hemetério Pereira de Araújo, que havia deixado transcorrer *in albis* o prazo para apresentação das razões do recurso de apelação.

Após a apresentação das referidas razões, o Colegiado *a quo* negou provimento ao recurso de apelação, mantendo a condenação imposta ao paciente.

Entretanto, verifica-se nos autos que apenas o antigo defensor do paciente, Dr. Hemetério Pereira de Araújo, foi intimado da data da sessão de julgamento do apelo, em 23 de janeiro de 2003 (fl. 44), bem como da publicação do acórdão, em 19 de maio de 2004.

De fato, mesmo tendo o Dr. José Epifânio de Carvalho Neto ofertado as razões de apelo, o Dr. Hemetério Pereira de Araújo, que já não mais atuava em favor do réu, continuou a ser intimado dos atos processuais.

Assim, faz-se mister reconhecer a ausência de intimação pessoal do defensor dativo da data de julgamento e do acórdão proferido no recurso de apelação, cujo deslinde resultou desprovimento do apelo da Defesa, devendo ser reconhecida a nulidade absoluta do *decisum*.



A ausência de intimação se deu em afronta ao disposto no art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50, impondo-se a anulação do julgamento do indigitado recurso, bem como do seu trânsito em julgado, a fim de que outro acórdão seja proferido, com a devida observância da prévia intimação pessoal do defensor público nomeado ao réu.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados desta Turma:

“Processo Penal. *Habeas corpus*. Defensor dativo. Julgamento de recurso em sentido estrito. Ausência de intimação pessoal. Nulidade absoluta.

O art. 370, § 4º, do CPP assegura ao defensor dativo o direito à intimação pessoal. A falta dessa intimação, por ser nulidade absoluta, enseja a realização de novo julgamento.

Writ concedido.” (HC n. 16.340-SP, DJ 13.08.2001, Relator Ministro Felix Fischer)

“Criminal. Hc. Homicídio qualificado. Tentativa. Sentença absolutória cassada em 2º grau. Nulidades. Citação por edital. Não efetivação de diligências para a citação pessoal. Ausência de endereço do réu no edital de citação. Nulidades não vislumbradas. Falta de intimação pessoal de defensor dativo para o julgamento do recurso. Nulidade absoluta configurada. Prejuízo dos demais argumentos. Ordem concedida em parte.

I - (...)

II - (...)

III - (...)

IV - (...)

V - *Reconhece-se a nulidade absoluta do julgamento da apelação criminal, se evidenciado que não houve a intimação pessoal do defensor dativo do paciente, nos termos do art. 370, § 4º, do CPP*

VI - *Ordem parcialmente concedida, tão-somente para anular o julgamento da apelação criminal e determinar a renovação do ato, com a prévia intimação pessoal do defensor dativo do paciente.*” (HC n. 14.814-SP, DJ 04.06.2001, de minha relatoria)

“Penal. Processual. Defensor dativo. Intimação pessoal. Nulidade do acórdão. *Habeas corpus*.

1. *Nos termos do Código de Processo Penal, art. 370, § 4º, a intimação do defensor nomeado deve ser pessoal.*

2. *Habeas Corpus* conhecido. Pedido deferido para anular o Acórdão recorrido, a fim de que outro seja proferida, após a devida intimação

peçoal do defensor dativo da data do julgamento.” (HC n. 13.736-PR, DJ 19.02.2001, Relator Ministro Edson Vidigal)

Nesse contexto, restam configurados prejuízos à ampla defesa, uma vez que impedidas a apresentação de memoriais, a sustentação oral no feito, bem como a interposição dos recursos cabíveis em favor do paciente.

Por outro lado, quanto ao pleito de expedição de alvará de soltura ao réu, sorte não assiste ao impetrante.

Trata-se de pedido de reconhecimento do direito do paciente de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação.

Contudo, os autos revelam que o Magistrado singular decretou a prisão preventiva do acusado, a fim de garantir a futura aplicação da lei penal, uma vez que o réu encontrava-se foragido, não havendo notícia de impugnação do ato por parte de seu defensor.

Posteriormente, a sentença não permitiu o recurso em liberdade e o réu interpôs o apelo sem questionar sua custódia.

Dessarte, o argumento ora aduzido pelo impetrante não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal *a quo*.

Assim, a questão não pode ser analisada por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Dessa forma, deve ser determinada a anulação do julgamento do Recurso de Apelação n. 2000.0014.1592-2, bem como do trânsito em julgado do acórdão, a fim de que outro seja realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, com a observância da prévia intimação pessoal do defensor dativo, mantida a prisão do paciente até aquela decisão.

Diante do exposto, conheço parcialmente da impetração e, nesta extensão, concedo a ordem.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 19.369-PI (2004/0179333-5)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Maria das Graças Pereira Lima Verde

Advogado: Aurélio Ferry de Oliveira Filho



T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí
Impetrado: Secretário de Saúde do Estado do Piauí
Recorrido: Estado do Piauí

EMENTA

Processo Civil. Administrativo. Servidor público estadual. Aposentadoria. Parecer da Procuradoria Geral do estado. Mandado de segurança. Não-cabimento. Ausência de ato lesivo. Fundamento inatacado. Súmula n. 283-STF. Recurso ordinário não conhecido.

1. É inadmissível o recurso ordinário que deixa de impugnar, especificamente, os fundamentos que embasam o acórdão recorrido. Aplicação por analogia da Súmula n. 283-STF.

2. É inviável impetração de mandado de segurança contra parecer administrativo, por se tratar de peça meramente opinativa, sem nenhum efeito concreto enquanto não homologado pela autoridade impetrada.

3. Recurso ordinário não conhecido.

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 recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 09.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Maria das Graças Pereira Lima Verde, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, assim ementado (fl. 132):

“Administrativo. Mandado de segurança. Impetração manejada contra Parecer.

Tratando-se o Parecer jurídico da Procuradoria Geral do Estado de mera peça opinativa, não vinculando a administração pública à sua conclusão, não se submete ao controle de Mandado de Segurança.

Segurança conhecida e improvida.

Decisão por votação unânime, contrariamente ao parecer do MP.”

A recorrente, servidora pública estadual, lotada na Secretaria de Saúde do Estado do Piauí, impetrou mandado de segurança contra ato que entende lesivo ao seu direito de aposentadoria, pois, no parecer emitido pelo Procurador-Geral do Estado, foi recomendada a concessão da aposentadoria sem incorporação da parcela referente à Condição Especial de Trabalho aos seus proventos.

Em seu recurso ordinário, a recorrente sustenta que a) “não houve a percepção de que em jogo estava a própria aposentadoria da recorrente, que, malgrado tenha sido requerida aos 05.02.2002, como afirmado acima, até a presente data não obteve senão a resposta do ofício de fl. 84” (fl. 142); e b) nos termos da legislação em vigor possui direito à incorporação da gratificação Condição Especial de Trabalho aos seus proventos.

O Estado do Piauí apresentou contra-razões. (Fl. 153)

O Ministério Público Federal, pela Subprocuradora-Geral da República Dulcinéia Moreira de Barros, opina pelo não-conhecimento do recurso ordinário, ou, caso seja conhecido, pelo não-provimento. (Fls. 157/160)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado acima, a recorrente, servidora pública estadual, lotada na Secretaria de Saúde do Estado do Piauí, impetrou mandado de segurança contra ato que entende lesivo ao seu direito de aposentadoria, pois, no parecer emitido pelo Procurador-Geral do Estado, foi recomendada a concessão da aposentadoria sem incorporação da parcela referente à Condição Especial de Trabalho aos seus proventos.

A segurança foi denegada ao argumento de que não é cabível a impetração de mandado de segurança contra parecer jurídico da Procuradoria Geral do Estado, pois se trata de peça meramente opinativa, não vinculando a administração pública.

Dos autos, verifico que a recorrente, em seu recurso ordinário, deixou de impugnar tal fundamento, pelo que é aplicável, por analogia, o disposto na Súmula n. 283-STF, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário,



quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. Nesse sentido:

“Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Acórdão recorrido. Triplo fundamento. Argumento inatacado. Súmula n. 283-STF. Aplicação por analogia.

1. Se o acórdão recorrido assenta-se em mais de um fundamento, cada qual suficiente para manter a decisão, e a parte deixa de insurgir-se contra um deles, torna-se inviável o conhecimento do recurso, já que ausente um dos pressupostos genéricos de recorribilidade.

2. A ação de segurança foi decidida com base em três argumentos: decadência do pleito mandamental; ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora; inviabilidade de *mandamus* contra lei tem tese, fundamento inatacado suficiente per se para manutenção do acórdão recorrido.

3. Incidência, por analogia, da Súmula n. 283-STF, segundo a qual ‘é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles’.

4. Precedente desta Turma: RMS n. 19.502-SC, DJ 30.05.2005.

5. Recurso ordinário não conhecido.” (RMS n. 21.019-RJ, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 16.06.2006, p. 151)

“Administrativo e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público inativo. Gratificação de representação especial. Incorporação aos proventos. Ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido. Arts. 514, inciso II, c.c. os arts. 539, inciso II e 540, do Código de Processo Civil. Decreto Judiciário n. 521/1996. Gratificação instituída a título precário e destinada a remunerar os titulares de escritanias oficializadas, enquanto no exercício de suas funções.

1. Não se conhece do recurso ordinário em mandado de segurança, por ausência de regularidade formal, quando o Recorrente não impugna, especificamente, os fundamentos que dão suporte ao acórdão hostilizado. Precedentes.

2. Sendo a gratificação pleiteada instituída a título precário, com vistas a beneficiar os titulares de escritanias oficializadas da Comarca de Goiânia ou os seus respondentes, enquanto no exercício de suas funções, descabe falar em direito líquido e certo dos demais servidores à extensão do benefício, restando, pois, inaplicável, no caso concreto, o art. 40, § 8º, da Carta Federal.

3. Recurso não conhecido.” (RMS n. 12.977-GO, Relator Ministro Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 28.11.2005, p. 317)

Ademais, mesmo que fosse superado o óbice mencionado acima, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não cabe impetração de mandado de segurança contra parecer administrativo, por se tratar de peça meramente opinativa, sem nenhum efeito concreto enquanto não homologado pela autoridade impetrada. Nesse sentido:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Cabimento. Resposta à Consulta.

1. Incabível mandado de segurança contra parecer ou resposta à consulta formulada.

2. O ato, por ser meramente opinativo, sem natureza decisória ou de excoutoriedade, não comporta a impetração de *mandamus*.

3. Recurso sem provimento.” (REsp n. 73.940-RS, Relator Ministro João Otávio Noronha, Segunda Turma, DJ 24.03.2003, p. 164)

“Constitucional. Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Deputado estadual. Parecer da assembléia legislativa do Estado de Minas Gerais. Inexistência do ato lesivo. Impossibilidade.

1. É imprópria a via mandamental para atacar parecer técnico proferido por servidor público, no caso concreto, pelo Diretor-Geral da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, porquanto tal ato é meramente opinativo, não se revestindo, pois, de natureza decisória.

2. Precedentes (ROMS ns. 2.176-GO e 1.587-GO).

3. Recurso conhecido, porém, desprovido. (RMS n. 4.330-MG, Relator Ministro Jorge Scartezini, Quinta Turma, DJ 05.08.2002, p. 355)

Ante o exposto, não conheço do recurso ordinário.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 720.813-PE (2005/0014040-0)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: União

Recorridos: Wellington Cabral Saraiva e outros

Advogado: Rômulo Pedrosa Saraiva



EMENTA

Recurso especial. Ajuda-de-custo. Lei complementar n. 75/1993. Remoção a pedido. Ilegalidade.

É incabível o pagamento de ajuda-de-custo a membros do Ministério Público da União quando se trate de remoção a pedido, conforme dispõe o art. 227 da Lei Complementar n. 75/1993, considerando, ainda, o disposto nos arts. 209 a 213, da mencionada lei, os quais expressamente dispõem sobre as diferentes espécies de remoção.

Recurso especial provido.

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 e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 7 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 04.12.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pela União com fulcro no art. 105, III, **a**, CR, contra o v. acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa assim dispõe:

“Ementa: Constitucional e Administrativo. Membro do Ministério Público. Remoção que se faz no interesse público, mas condicionada à manifestação de vontade do órgão detentor da garantia da inamovibilidade. Direito a ajuda de custo. Interpretação sistemática do art. 222, I, **a**, da Lei Complementar n. 75/1993. Apelação provida.” (Fl. 93)

Alega a recorrente que houve equivocada interpretação do art. 227, I, **a**, da Lei Complementar n. 75/1993, na medida que o egrégio Tribunal *a quo* entendeu ser devida ajuda de custo a procuradores da república no caso de remoção a pedido. Todavia, para a recorrente, “a letra da lei é expressa no sentido de que esta verba só é devida em casos de remoções *ex officio*.” (Fl. 103)

Ademais, sustenta a recorrente que a inamovibilidade garantida ao membro do Ministério Público não exclui a hipótese de que a remoção *ex officio* seja necessária, “como, por exemplo, em casos de risco à ordem pública ou para preservar a integridade do desempenho das funções ministeriais” (fl. 103). Desta forma, o art. 227, I, **a**, da LC n. 75/1993 não ofenderia a garantia de inamovibilidade dos membros do ministério público (art. 128, § 5º, CR) ao prever a remoção *ex officio*.

Os recorridos, por sua vez, apresentaram contra-razões ao recurso especial (fls. 116/118) aduzindo, em síntese, que a interpretação literal do art. 227, I, **a**, da LC n. 75/1993, não é a mais adequada, tendo em vista que viola o “regime peculiar dos membros do Ministério Público da União, que somente podem ser removidos a pedido (salvo nos casos de punição, como demonstrou a petição inicial) e exclusivamente quando houver interesse público” (fl. 117). E continua:

“Não é razoável que a garantia da inamovibilidade dê tranquilidade ao membro do Ministério Público para que exerça sua função pública e, ao mesmo tempo o impeça de perceber a indenização pelos deslocamentos que faça no interesse recíproco (do membro e do serviço público), justamente porque impõe a manifestação de interesse do membro na remoção, formulando o respectivo pedido.” (Fl. 118)

Dessa forma, requerem a manutenção do v. acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Presentes os requisitos para admissão do recurso, passo ao exame de mérito.

A *quaestio* cinge-se à correta interpretação do art. 227, da Lei Complementar n. 75, de 20.05.1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Eis o dispositivo:

“Art. 227. Os membros do Ministério Público da União farão jus, ainda, às seguintes vantagens:

I - ajuda-de-custo em caso de:

a) remoção *de ofício*, promoção ou nomeação que importe em alteração do domicílio legal, para atender às despesas de instalação na nova sede de exercício em valor correspondente a até três meses de vencimentos;” (g. n.)

O egrégio Tribunal *a quo*, ao dar provimento ao recurso de apelação dos ora recorridos, firmou-se no entendimento de que a remoção dos membros



do Ministério Público só pode ser a pedido, com exceção, apenas, do caso de aplicação de penalidade. Isso, em razão da inamovibilidade assegurada a essa categoria.

Com efeito, a despeito de a remoção ter sido a pedido, dever-se-ia reconhecer o direito ao recebimento da ajusta de custo prevista no art. 227, I, **a**, da LC n. 75/1993.

Todavia, ao examinar a Lei Complementar n. 75/1993, verifiquei que há distinção clara entre remoção de ofício e remoção a pedido no âmbito do Ministério Público da União e, pois, o art. 227, I, **a**, deve ser interpretação de modo a expressar essa diferenciação. Vejamos o que dispõe os arts. 209 a 213:

“Art. 209. Os membros do Ministério Público da União são inamovíveis, *salvo motivo de interesse público*, na forma desta lei complementar.

Art. 210. A remoção, para efeito desta lei complementar, é qualquer alteração de lotação.

Art. 211. A remoção de ofício, por iniciativa do Procurador-Geral, ocorrerá somente *por motivo de interesse público*, mediante decisão do Conselho Superior, pelo voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa.

Art. 212. A remoção a pedido singular atenderá à conveniência do serviço, mediante requerimento apresentado nos quinze dias seguintes à publicação de aviso de existência de vaga; ou, decorrido este prazo, até quinze dias após a publicação da deliberação do Conselho Superior sobre a realização de concurso para ingresso na carreira.

§ 1º O aviso será publicado no *Diário Oficial*, dentro de quinze dias da vacância.

§ 2º Havendo mais de um candidato à remoção, ao fim do primeiro prazo previsto no *caput* deste artigo, será removido o de maior antiguidade; após o decurso deste prazo, prevalecerá a ordem cronológica de entrega dos pedidos.

Art. 213. A remoção por permuta será concedida mediante requerimento dos interessados.”

Vê-se que a própria Lei Complementar n. 75/1993 deixa clara a diferença entre a remoção a pedido e a remoção de ofício.

Outrossim, o fato de ser necessária a presença do interesse público, quando da publicação de aviso de existência de vaga, não implica a descaracterização da remoção a pedido, como se fosse, na verdade, de ofício. Como se sabe, no âmbito

da Administração Pública, a indispensável verificação do interesse público é a regra, o que, todavia, frise-se, não tem o condão de tornar inócua a diferenciação da remoção a pedido da remoção de ofício. A esse respeito, o eminente Juiz de primeira instância bem observou:

“Portanto, o interesse público atendível em face da remoção *ex officio* é de trato imediato, podem significar, inclusive, proteção pessoal à pessoa do agente político removido, questão relacionada com a Ordem Pública, o decoro e a qualidade e a eficiência do exercício ministerial, no caso. Já as remoções a pedido prenunciam a mobilização regular na carreira e a sua natural expansão, elementos que, embora sempre de interesse público, não encontram a mesma significação e a mesma dimensão do enunciado anterior, valente para as remoções *ex officio*.” (Fl. 62)

Ademais, cabe destacar que a criação de vantagens pecuniárias no sistema de remuneração de servidores públicos depende de lei em sentido estrito, não cabendo analogias ou interpretações extensivas que extrapolem o que, efetivamente, consta de disposições legais. Lembro que o art. 277, I, **a**, da LC n. 75/1993, é expresso em reconhecer o direito à ajuda-de-custo quando se trate de remoção *de ofício*.

Precedente desta c. Corte corrobora esse entendimento:

“Constitucional e Administrativo. Juiz de direito. Remoção a pedido. Ajuda de custo. Descabimento.

I - A Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece, em abstrato, as vantagens que poderão ser concedidas aos juízes, cabendo aos Tribunais Federais e Estaduais disporem, concretamente e em lei, sobre as hipóteses de concessão. Assim, Juiz de Direito que se remove a pedido não tem direito à ajuda de custo, *se a lei de organização judiciária a prevê apenas quando efetuada no interesse público e não do particular.*

II - Recurso conhecido, mas improvido.” (RMS n. 5.700-3- MS, Relator Ministro Jésus Costa Lima, DJ 07.08.1995)

Assim, e considerando os artigos da Lei Complementar n. 75/1993 anteriormente examinados, reconheço a ilegalidade do pagamento de ajuda de custo quando se trata de remoção a pedido.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial.



RECURSO ESPECIAL N. 751.156-RS (2005/0080570-9)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrida: Marli Oliveira de Souza

Advogados: Nesy Marina Ramos — Defensora Pública e outro

EMENTA

Recurso especial. Penal. Furto em supermercado. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Segurança por meio de vigilância eletrônica. Crime impossível. Absoluta ineficácia do meio empregado. Não configuração.

1. Esta Corte firmou entendimento em sentido de que, não basta o valor ínfimo da *res furtivae* para a configuração do princípio da insignificância, devendo haver observância de outros fatores, como as condições financeiras da vítima, a lesividade da conduta e a vida pregressa do acusado. Precedentes.

2. A presença de sistema eletrônico de vigilância no estabelecimento comercial não torna o agente completamente incapaz de consumir o furto, logo, não há que se afastar a punição, a ponto de reconhecer configurado o crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados. Precedentes.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local.

Informam os autos que Marli Oliveira Souza, ora Recorrida, por ter sido flagrada escondendo em suas roupas, ao tentar passar pelo sistema anti-furto do supermercado Bourbon, 10 (dez) embalagens com alicates Mundial Inox e 8 (oito) embalagens de aparelho de barbear Gillette Mach 3, contendo 2 (dois) cartuchos cada, avaliados em R\$ 208,00 (duzentos e oito reais), foi denunciada como incurso no art. 155, § 4º, IV c.c. o art. 14, II do Código Penal.

O Juízo da Vara Criminal do Foro Distrital Regional do 4º Distrito da Comarca de Porto Alegre-RS condenou a Ré à pena de 8 (oito) meses e reclusão, substituída por prestação de serviços comunitários, e 15 (quinze) dias-multa, pela tentativa de furto qualificada.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso interposto pela Defesa para julgar improcedente a pretensão punitiva do Estado, absolvendo-a da imputação do delito de furto qualificado, em acórdão assim ementado, *in verbis*:

“Apelação criminal.

Furto qualificado tentado (art. 155, § 4º, inciso IV, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do CPB).

1. Preliminarmente de inépcia da denúncia: não acolhimento.

Afastamento da preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em face da decisão de mérito do recurso.

2. Caracterização de crime impossível pela absoluta ineficácia do meio (furto em supermercado). Bens que nunca saíram da esfera de vigilância da suposta vítima. Absolvição que se impõe com força no art. 386, inciso III, do CPP.

Ademais, o valor ínfimo das *rei furtivae*, sem que força para causar dano relevante ao patrimônio da vítima, não gera repercussão na seara penal, à míngua da efetiva lesão do bem jurídico tutelado (princípio da insignificância).

3. Extensão (art. 580 do CPP) do veredicto absolutório à co-réu de processo cindido e suspenso.

Apelo provido.” (Fl. 180)



Sustenta o Recorrente, nas razões do especial, que a Corte *a quo* “ao aplicar a causa de atipicidade do crime impossível ao delito praticado com meios não absolutamente idôneos, qual seja, furto tentado cometido em estabelecimento comercial” (fl. 209), contrariou o art. 17 do Código Penal.

Alega, ainda, negativa de vigência ao art. 155, *caput* c.c. o art. 14, inciso II, também do Código Penal, por entender que a tese de crime de bagatela não pode ser aplicada ao caso em tela, visto que a conduta do réu é penalmente relevante e se enquadra no tipo penal do furto.

Por fim, aduz dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e julgados de outros estados da federação sobre a “caracterização de crime impossível em relação ao furto praticado sob total vigilância” (fl. 209), requerendo a condenação do Recorrido por furto tentado.

Contra-razões às fls. 228/238.

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos à apreciação desta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 248/258, opinando pelo provimento do recurso, em parecer assim ementado:

“Penal. Recurso especial. Tentativa de furto. Crime impossível. Configurado. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade.

1. O crime impossível se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumir o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado.

2. O princípio da insignificância deve ser aplicado ao fato em exame, visto tratar-se de crime de bagatela.

3. Parecer pelo não provimento do recurso.” (Fl. 248)

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O recurso merece prosperar.

No que diz respeito à tese de inaplicabilidade, *in casu*, do princípio da insignificância, tendo em vista o valor da *res furtiva* — avaliado em R\$ 208,00 (duzentos e oito reais), a jurisprudência desta Corte firmou entendimento em sentido de que, não basta o valor ínfimo da coisa subtraída, o princípio da insignificância reclama, outrossim, a observância de outros fatores, tais como: as condições financeiras da vítima, a lesividade da conduta, bem assim a vida pregressa do acusado.

Nesse contexto, não é possível aferir pela inexpressividade da lesão jurídica provocada apenas com base no desvalor do resultado, como consignou o acórdão vergastado.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte, *in verbis*:

“Recurso especial. Penal. Furto. Comportamento socialmente reprovável. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade.

1. A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.

2. O princípio da insignificância considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de uma mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (precedentes HC n. 84.412, STF, Relator Ministro Celso de Mello).

3. Se parece claro que o furto de uns ‘poucos litros de água potável’ não ensejaria o acionamento da máquina jurídico-penal do Estado, pela inexpressividade da lesão jurídica provocada, por outra volta, não se deve olvidar que tal conduta se mostra bastante reprovável, sob o ponto de vista de sua repercussão social. Inaceitável a complacência do Estado para com aqueles que, em condições de arcar com as respectivas contraprestações, venham a usufruir irregularmente e de forma gratuita de bens e serviços públicos, em detrimento da grande maioria da população.

4. Recurso parcialmente conhecido e provido.” (REsp n. 406.986-MG, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 17.12.2004)

“*Habeas corpus*. Penal e Processo Penal. Furto qualificado. *Res furtiva* de pequeno valor. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Ordem denegada.

O pequeno valor monetário do bem tutelado não se traduz, automaticamente, na incidência do princípio da insignificância. Há que se conjugar o desvalor do resultado e o desvalor da ação.

Conquanto o pequeno valor da *res furtiva*, houve no caso alto desvalor da ação, não sendo possível, pois, a mera aplicação automática do princípio da insignificância senão pela análise da tipicidade conglobante.

No caso, ainda, o paciente ostenta maus antecedentes, o que impede a pretensão ora deduzida.



Ordem denegada.” (HC n. 32.882-MS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ 14.06.2004)

“Criminal. Recurso especial. Furto. Princípio da insignificância. Óbice ao benefício devidamente motivado. Maus antecedentes. Necessidade de exame das circunstâncias. Desvalor do resultado, da ação e da culpabilidade. Concomitância. Recurso conhecido e desprovido.

I - Não há ilegalidade na decisão que entende inaplicável o Princípio da Insignificância a réu que ostenta maus antecedentes, pois a sua incidência está condicionada não somente aos fatores objetivos, como à sensatez do Julgador, a quem cabe — orientado pelos parâmetros previstos no art. 59 do CP — avaliar a necessidade e conveniência da concessão dessa benesse. Precedente da Turma.

II - A impunibilidade requer o exame das circunstâncias de fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor.

III - Só pode ser considerada penalmente irrelevante o fato que possui desvalor do resultado, desvalor da ação e desvalor da culpabilidade do agente, concomitantemente.

IV - Recurso conhecido e desprovido.” (REsp n. 400.685-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 22.09.2003)

Quanto à configuração de crime impossível, o Tribunal *a quo* entendeu ser aplicável ao caso em tela, sob o fundamento de que “da prova produzida ressaí que era impossível (modo absoluto) a subtração dos bens da vítima pela ré e sua cúmplice, ante o eficiente sistema de segurança existente no hipermercado, daí a atipicidade da conduta da ré e sua companheira.” (Fls. 187/188)

A jurisprudência desta colenda Corte é no sentido de que a simples presença de sistema eletrônico de vigilância no estabelecimento comercial não torna o agente completamente incapaz de consumir o furto, logo, não há que se afastar a punição, a ponto de reconhecer configurado o crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados.

Confiram-se os seguintes precedentes:

“Recurso especial. Penal. Tentativa de furto em supermercado. Delito praticado sob vigilância. Crime impossível não configurado. Recurso provido para restabelecer a sentença condenatória. Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.” (REsp n. 508.224-RS, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 09.05.2005)

“Recurso especial. Penal. Furto em supermercado. Sistemas de segurança. Configurada a violação. Art. 17. Configuração. Divergência jurisprudencial.

Não obstante o estabelecimento comercial estar equipado com sistemas de segurança, não se exclui a possibilidade de lesão.

Os sistemas de vigilância são auxiliares do estabelecimento comercial no combate aos delitos, não garantindo, de forma peremptória, que certos crimes jamais ocorrerão.

Recurso provido.” (REsp n. 633.656-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 08.11.2004.)

“Criminal. REsp. Tentativa de furto em supermercado dotado de sistema eletrônico de vigilância. Crime impossível. Não configuração. Recurso provido.

I - Hipótese em que o agente, no momento da subtração da *res furtiva*, estava sendo observado pela segurança do hipermercado através de sistema de monitoramento eletrônico, que vindo a revistá-lo, constatou a prática delituosa.

II - O sistema de vigilância eletrônico instalado em uma loja, a despeito de dificultar a ocorrência de furtos no interior do estabelecimento, não é capaz de impedir, por si só, a ocorrência do fato delituoso, apto a ensejar a configuração de crime impossível.

III - Diante da possibilidade, ainda que mínima, de consumação do delito, não há que se falar na hipótese de crime impossível.

IV - Recurso provido.” (REsp n. 555.268-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 09.12.2003)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, restabelecendo o *decisum* monocrático.

É como voto.

Jurisprudência da Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 754.341-RJ (2006/0060650-6)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Agravantes: Braumari Antônio da Silva e outros

Advogados: Jairo Nogueira Guimarães e outros

Agravada: União

EMENTA

Administrativo. Militar. Adicional de inatividade. Inexistência de ofensa a direito adquirido. Art. 128 do CPC. Falta de prequestionamento.

1. No exame de recurso especial, não se conhece de matéria que não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, ausente assim o necessário prequestionamento.

2. Conforme entendimento predominante neste Superior Tribunal de Justiça, o servidor não tem direito adquirido a imutabilidade do regime remuneratório, desde que respeitado o princípio da irredutibilidade de vencimentos.

3. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 5 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A hipótese é de regimental em ataque à decisão assim fundamentada:

“Cuida-se de agravo de instrumento desafiando decisão que não admitiu recurso especial, este calcado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal Federal da 2ª Região assim ementado:

‘Administrativo. Militar. Adicional de inatividade. Inocorrência de direito adquirido.

1. Consideram-se adquiridos, na forma preconizada pelo art. 6º, § 2º, da LICC, os direitos cujo começo de exercício tenham termo préfixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem.

2. O direito adquirido, assim como outros institutos jurídicos, integram nosso ordenamento jurídico, assentando-se, conforme destacado pelo eminente Ministro Celso de Mello, ‘na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência’ (Rex n. 161.343-2, Primeira Turma, STF, DJ 20.05.1994, p. 12.256/12.257).

3. Embora a Constituição garanta tanto o direito adquirido quanto a irredutibilidade de vencimentos, não há que se falar em quebra desses princípios, se norma legal nova, sem reduzir o valor total da remuneração do servidor, reduz o percentual de uma gratificação, valorizando o todo, em detrimento de uma de suas parcelas.

4. Recurso improvido.’ (Fl. 73)

Opostos embargos declaratórios, restaram rejeitados. (Fl. 83)

Aponta o agravante, no especial, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 128 e 535 do Código de Processo Civil.

O inconformismo não merece abrigo.

Percebe-se claramente que a pretensão deduzida nos autos foi enfrentada e decidida, tendo o Tribunal de origem apreciado as questões postas ao seu crivo, apresentando-se devidamente fundamentado o julgado. Daí porque não é aceitável a alegação de violação do art. 535 do CPC, não se demonstrando a existência dos pressupostos que autorizariam a oposição de embargos declaratórios, instrumento processual que não se destina ao exame de matérias já devidamente analisadas.



De outro lado, não há confundir entre decisão contrária ao interesse da parte e falta de prestação jurisdicional.

Confira-se:

‘Recurso especial. Processo Civil. Liquidação. Modificação do critério de cálculo fixado pela sentença liquidanda. Violação à coisa julgada. Ocorrência. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido, longe de ser omissivo, deu aos dispositivos de regência a interpretação que, sob sua ótica, melhor se coaduna com a espécie. O fato de não ser satisfatória ao recorrente não tem o condão de macular o julgado atacado, a ponto de determinar provimento jurisdicional desta Corte, no sentido de volverem os autos à instância de origem para que lá seja suprida a falta inexistente.

2. É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, em sede de liquidação de sentença, é cabível a retificação dos cálculos tão-somente quando constatada a ocorrência de erro material, referente à aritmética e não aos critérios do cálculo, que ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada. O *quantum debeatur* a ser apurado deve limitar-se ao comando inserto na sentença exequenda, sendo indevida a incidência de novos critérios, sob pena de ofensa à coisa julgada.

3. Recurso especial conhecido.’ (REsp n. 252.757-SP, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ 24.02.2003)

Registre-se, ademais, o entendimento firmado por esta Corte de que o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todos os pontos abordados pelas partes, máxime quando já tiver decidido a controvérsia sob outros fundamentos.

Veja-se:

‘Embargos de declaração. Pressupostos do art. 535 do CPC. Omissão. Inexistência. Excepcionalidade da concessão de efeitos infringentes.

I - Os embargos de declaração são recurso de natureza particular, cujo objetivo é a declaração do verdadeiro sentido de uma decisão evitada de obscuridade, contradição ou omissão (CPC, art. 535).

II - É inviável a concessão do excepcional efeito infringente, quando a oposição dos declaratórios cinge-se a repisar os fundamentos do recurso anterior.

III - A jurisprudência dominante neste Tribunal Superior proclama a inocorrência de violação ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, se o acórdão recorrido, ainda que sucinto, tiver bem delineado as questões a ele submetidas, não se encontrando o magistrado obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tiver encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, nem ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder um a um todos os seus argumentos.

IV - Embargos rejeitados.' (EDcl no REsp n. 202.056-SP, Relator o Ministro Castro Filho, DJ 21.10.2001)

A questão relativa ao art. 128 do Código de Processo Civil não foi apreciada pelo acórdão recorrido e nem poderia, tendo em vista que o tema não foi objeto dos embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente, ausente, destarte, o requisito indispensável do prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 356-STF).

No que diz com a alínea c, o recorrente não logrou comprovar o dissídio jurisprudencial nos termos exigidos pelos dispositivos legais e regimentais que o disciplinam, notadamente por ter deixado de transcrever os trechos dos acórdãos em confronto e não ter efetuado o necessário cotejo analítico das teses supostamente divergentes, tampouco indicado o repositório oficial ou juntado cópia do inteiro teor dos julgados paradigmas.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento". (Fls. 126/129)

Alegam os recorrentes que: a) houve violação do art. 6º da LICC; b) era desnecessária a interposição de recurso especial para prequestionamento da matéria versada do art. 128 do Código de Processo Civil; c) a divergência jurisprudencial foi suficientemente demonstrada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A irrisignação não merece acolhimento.

A matéria versada no art. 128 do CPC não foi apreciada pelo Tribunal de origem, ausente, destarte, o requisito indispensável do prequestionamento, incidindo os Enunciados ns. 282 e 356-STF.

Pquestionamento, na linha de compreensão do Superior Tribunal de Justiça, é o exame pelo Tribunal de origem, e não apenas nas manifestações das partes, dos dispositivos que se têm como afrontados pela decisão recorrida.



De outro lado, conforme entendimento predominante neste Superior Tribunal de Justiça, “o servidor não tem direito adquirido à imutabilidade do regime remuneratório, desde que respeitado o princípio da irredutibilidade de vencimentos.” (AgRg no RMS n. 15.907-RO, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ 26.05.2003)

Anotem-se:

A - “Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Não-conhecimento. Decisão em parte unânime e por maioria. Não-interposição simultânea de recurso especial e embargos infringentes. Prescrição. Direito patrimonial. Exame. Impossibilidade. Alegação somente em embargos declaratórios. Servidor público. Militar. Remuneração. Gratificações. Lei n. 1.316/1951. Novo sistema remuneratório implantado pela Lei n. 4.328/1964. Redução dos percentuais de cálculo. Possibilidade. Direito adquirido inexistência.

I - No regime do CPC anterior à alteração promovida pela Lei n. 10.352/2001, havendo decisão em parte unânime e em parte por maioria, para a impugnação integral do *decisum*, fazia-se necessária a interposição simultânea de embargos infringentes e recurso especial e/ou extraordinário, sendo que estes ficariam sobrestados até o julgamento daquele.

II - Impossibilidade de se examinar a ofensa à Lei Federal perpetrada no julgamento da apelação, na parte em que houve unanimidade, se o recorrente não impugnou imediatamente esse capítulo da decisão com o recurso especial, deixando para fazê-lo posteriormente, após o julgamento dos embargos infringentes (os quais abrangeram apenas a parte não-unânime do acórdão).

III - Conforme jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, o servidor público tem direito adquirido ao *quantum* remuneratório, mas não ao regime jurídico de composição dos vencimentos.

IV - Inocorrência de violação ao direito dos servidores militares pela redução nos percentuais de cálculos das gratificações percebidas sob a égide da Lei n. 5.787/1972, tendo em vista que na alteração dos critérios remuneratórios definida na Lei n. 8.237/1991 foi respeitada a irredutibilidade de vencimentos. Precedentes.

Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido.” (REsp n. 196.999-RJ, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 17.05.2004)

B - “Administrativo. Servidor militar. Direito adquirido a regime jurídico. Inexistência. Auxílio-invalidez. Redução. Inocorrência. Majoração

geral de rendimentos. Edição da Medida Provisória n. 2.131/2000. Inexistência de ofensa a direito adquirido. Segurança denegada.

I - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que o servidor não tem direito adquirido à imutabilidade do regime remuneratório, desde que respeitado o princípio da irredutibilidade de vencimentos.

II - *In casu*, inexistente ofensa a direito adquirido, sob a alegação de redução do auxílio-invalidez, quando a legislação hodierna — a Medida Provisória n. 2.131/2000, levou a efeito o aumento do referido benefício, além de proporcionar verdadeira majoração global de rendimentos.

III - Nestes termos, a edição do referido ato normativo introduziu critérios remuneratórios aos militares mais satisfatórios, pois valorizou o soldo básico, sobre os quais incidem, acarretando indubitável aumento ao valor total de rendimentos. Precedentes.

IV - Segurança denegada.” (MS n. 9.747-DF, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ 06.12.2004)

Confirmam-se, ainda, as seguintes decisões monocráticas: Ag n. 756.273-DF, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ 1º.06.2006 e Ag n. 770.427-DF, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º.08.2006.

No que diz com a alínea **c**, os agravantes realmente não lograram comprovar o dissídio jurisprudencial nos termos exigidos pelos dispositivos legais e regimentais que o disciplinam, notadamente por ter deixado de transcrever os trechos dos acórdãos em confronto e não ter efetuado o necessário cotejo analítico das teses supostamente divergentes.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 34.156-CE (2004/0030884-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrantes: Antônio Nabor Areias Bulhões e outro

Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Paciente: Rodolfo Guimarães de Moraes Junior

Paciente: Fernando Antônio Fonteles de Moraes



EMENTA

Habeas corpus. Crime contra o sistema financeiro nacional. Direito Processual Penal. Prisão em flagrante. Legalidade. Acórdão do TRF da 5ª Região. Não apreciação. Nulidade. Ocorrência. Ordem concedida.

1. A concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (Código de Processo Penal, arts. 310, parágrafo único, e 343), não desconstitui o constrangimento ilegal decorrente da nulidade do auto de prisão em flagrante, cuja validade é pressuposto dessas cautelares penais, restritivas da liberdade do réu ou indiciado e submetidas a revogação, caracterizando questão própria a deslinde em *habeas corpus*.

2. “Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).” (Código de Processo Penal, art. 310)

3. “O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.” (Código de Processo Penal, art. 328).

4. “O quebramento da fiança importará a perda de metade do seu valor e a obrigação, por parte do réu, de recolher-se à prisão, prosseguindo-se, entretanto, à sua revelia, no processo e julgamento, enquanto não for preso.” (Código de Processo Penal, art. 343)

5. 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 Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e

Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 7 de março de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 20.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, não conhecendo de *writ* impedido em favor de Rodolfo Guimarães de Moraes Júnior e Fernando Antônio Fonteles de Moraes, preservou o *decisum* de 1º grau que manteve a validade do auto de prisão em flagrante e da decisão que concedeu aos acusados a liberdade provisória mediante fiança, em acórdão assim ementado:

“Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Anulação de auto de prisão em flagrante homologado por autoridade judicial. Liberdade provisória já concedida. Objetivo residual de recuperar o valor pago a título de fiança. Idoneidade da via eleita.

1. Segundo clássica hermenêutica constitucional, já consolidada inclusive no âmbito do pretório excelso, o *writ of habeas corpus* só se presta à tutela da liberdade de locomoção, assim compreendido o sagrado direito de ir e vir, mesmo que o perigo de que se cuide na hipótese só se verifique mediatamente;

2. Concedida a liberdade provisória aos pacientes (depois do pagamento de fiança arbitrada pela autoridade judiciária de primeira instância), e não se havendo mais falar em prisão decorrente do flagrante, impossível o ataque, através da via eleita, ao auto respectivo, eis que o proveito ora almejado pela parte (o único que lhe resta) seria apenas a devolução da quantia paga a título de fiança.

3. *Habeas corpus* não conhecido.” (Fl. 197)

Narram os autos que os ora pacientes foram presos em flagrante, em 5 de abril de 2000, pela suposta prática do art. 16 da Lei n. 7.492/1986, “(...) em face de haverem sido surpreendidos operando no Mercado de Câmbio e Taxas Flutuantes sem portarem a devida autorização do Banco Central do Brasil” (fl. 128), tendo lhes sido concedido o benefício da liberdade provisória mediante fiança no dia 6 de abril de 2000 (fls. 127/129).



Consta, ainda, que os impetrantes requereram, por duas vezes, a reconsideração do *decisum* que homologou a prisão em flagrante, com a conseqüente devolução dos valores pagos a título de fiança. Ambos os pedidos foram negados.

Impetraram, então, *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pleiteando a declaração de nulidade do flagrante, bem como a devolução da fiança, tendo a Corte Regional considerado sem objeto o pedido por ter sido concedida a liberdade provisória aos pacientes.

Daí a presente impetração, na qual se pretende a cassação do acórdão impugnado, para que o Tribunal *a quo* aprecie a questão relacionada com a nulidade do flagrante.

Alegam os impetrantes que:

“(…)

No *writ* originário, os impetrantes demonstram nos capítulos III e IV que os pacientes foram vítimas de ilegal e abusiva prisão em flagrante, sendo certo que

‘(...) a decisão homologatória do flagrante desafia a presente impetração porquanto, consoante se verifica da simples leitura do auto respectivo, os pacientes não se encontravam em qualquer das situações a que aludem os arts. 302 I a IV, e 303, do Código de Processo Penal quando receberam voz de prisão. A rigor, pela leitura do auto, tem-se seríssima dúvida sobre a ocorrência, antes mesmo da lavratura do suposta flagrante, do crime imputado aos pacientes — o de fazer operar, sem a devida autorização, instituição financeira (art. 16 da Lei n. 7.492/1986)’ — item 3.8 da fl. 14 do anexo.

De conseqüência, requereram que se reconhecesse e declarasse a absoluta nulidade do auto de prisão, bem como das decisões que o homologaram, sendo irrelevante para tanto o fato de haver-se concedido liberdade provisória mediante fiança, já que esse benefício legal não desconstitui o flagrante, importando apenas na suspensão dos seus efeitos, como é notório. Por isso mesmo, como ressabido, quebrada a fiança, restabelece-se a prisão em flagrante, por subsistente (art. 343-CPP). Disso não se apercebeu a Segunda Turma do Tribunal coator.

Evidente, pois, que a subsistência do flagrante e a possibilidade de restabelecimento de seus efeitos, em caso de quebra de fiança, basta à demonstração do interesse de agir dos impetrantes e do cabimento do *writ* constitucional, consoante se colhe do paradigmático acórdão proferido pela Suprema Corte no *Habeas Corpus* n. 79.191, que teve como Relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 08.10.1999).

Isso foi posto com clareza desde a inicial da impetração originária perante o TRF/5ª Região, quando se demonstrou — em razão da subsistência do flagrante para além da concessão de liberdade provisória mediante fiança — que no caso dos autos era inequívoco o cabimento do *writ*.

(...)

Como se vê com clareza mediterrânea, o pedido principal formulado diz com a ‘nulidade do auto de prisão, bem como das decisões que o homologaram’, sendo o pedido de restituição dos valores pagos a título de fiança mero efeito daquele, já que o benefício concedido em favor dos pacientes resultaria irremediavelmente prejudicado pela invalidação do flagrante.

Ora, se o que se buscava com o *writ* originário era a nulidade do flagrante — subsistente mesmo após a concessão da fiança, como visto anteriormente —, é evidente o cabimento e a pertinência do *habeas corpus* então impetrado.

(...)” (fls. 3/6).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, “(...) para o efeito de cassar-se a decisão com que o Tribunal coator não conheceu do *habeas corpus* perante ele impetrado e de determinar-se prossiga ele no julgamento do *writ* como de direito.” (Fl. 6)

Não houve pedido liminar e as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem, em parecer assim sumariado:

“*Habeas corpus* substitutivo. Tribunal que não conheceu da ordem ao fundamento de não haver ameaça de locomoção a fundamentar a ordem.

1. Hipótese em que, apenas de forma suplementar, o impetrante pediu a restituição do valor da fiança, tendo o pedido, entretanto, dirigido-se exclusivamente contra a ilegalidade do flagrante.

2. Hipótese em que o *habeas corpus* deveria ter sido conhecido, ao menos em parte.

3. Parecer pela concessão da ordem.” (Fl. 209)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, *habeas corpus* contra Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que,



não conhecendo de *writ* impetrado em favor de Rodolfo Guimarães de Moraes Júnior e Fernando Antônio Fonteles de Moraes, preservou o *decisum* de 1º grau que manteve a validade do auto de prisão em flagrante e da decisão que concedeu aos acusados a liberdade provisória mediante fiança, em acórdão assim ementado:

“Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Anulação de auto de prisão em flagrante homologado por autoridade judicial. Liberdade provisória já concedida. Objetivo residual de recuperar o valor pago a título de fiança. Idoneidade da via eleita.

1. Segundo clássica hermenêutica constitucional, já consolidada inclusive no âmbito do pretório excelso, o *writ of habeas corpus* só se presta à tutela da liberdade de locomoção, assim compreendido o sagrado direito de ir e vir, mesmo que o perigo de que se cuide na hipótese só se verifique mediatamente;

2. Concedida a liberdade provisória aos pacientes (depois do pagamento de fiança arbitrada pela autoridade judiciária de primeira instância), e não se havendo mais falar em prisão decorrente do flagrante, impossível o ataque, através da via eleita, ao auto respectivo, eis que o proveito ora almejado pela parte (o único que lhe resta) seria apenas a devolução da quantia paga a título de fiança.

3. *Habeas corpus* não conhecido.” (Fl. 197)

Narram os autos que os ora pacientes foram presos em flagrante, em 5 de abril de 2000, pela suposta prática do art. 16 da Lei n. 7.492/1986, “(...) em face de haverem sido surpreendidos operando no Mercado de Câmbio e Taxas Flutuantes sem portarem a devida autorização do Banco Central do Brasil” (fl. 128), tendo lhes sido concedido o benefício da liberdade provisória mediante fiança no dia 6 de abril de 2000 (fls. 127/129).

Consta, ainda, que os impetrantes requereram, por duas vezes, a reconsideração do *decisum* que homologou a prisão em flagrante, com a conseqüente devolução dos valores pagos a título de fiança. Ambos pedidos foram negados.

Impetraram, então, *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pleiteando a declaração de nulidade do flagrante, bem como a devolução da fiança, tendo a Corte Regional considerado sem objeto o pedido por ter sido concedida a liberdade provisória aos pacientes.

Daí a presente impetração, na qual se pretende a cassação do acórdão impugnado, para que o Tribunal *a quo* aprecie a questão relacionada com a nulidade do flagrante.

Alegam os impetrantes que:

“(…)

No *writ* originário, os impetrantes demonstram nos capítulos III e IV que os pacientes foram vítimas de ilegal e abusiva prisão em flagrante, sendo certo que

‘... a decisão homologatória do flagrante desafia a presente impetração porquanto, consoante se verifica da simples leitura do auto respectivo, os pacientes não se encontravam em qualquer das situações a que aludem os arts. 302 I a IV, e 303, do Código de Processo Penal quando receberam voz de prisão. A rigor, pela leitura do auto, tem-se seríssima dúvida sobre a ocorrência, antes mesmo da lavratura do suposto flagrante, do crime imputado aos pacientes — o de fazer operar, sem a devida autorização, instituição financeira (art. 16 da Lei n. 7.492/86)’, item 3.8 da fl. 14 do anexo.

De conseqüência, requereram que se reconhecesse e declarasse a absoluta nulidade do auto de prisão, bem como das decisões que o homologaram, sendo irrelevante para tanto o fato de haver-se concedido liberdade provisória mediante fiança, já que esse benefício legal não desconstitui o flagrante, importando apenas na suspensão dos seus efeitos, como é notório. Por isso mesmo, como ressabido, quebrada a fiança, restabelece-se a prisão em flagrante, por subsistente (art. 343-CPP). Disso não se apercebeu a Segunda Turma do Tribunal coator.

Evidente, pois, que a subsistência do flagrante e a possibilidade de restabelecimento de seus efeitos, em caso de quebra de fiança, basta à demonstração do interesse de agir dos impetrantes e do cabimento do *writ* constitucional, consoante se colhe do paradigmático acórdão proferido pela Suprema Corte no *Habeas Corpus* n. 79.191, que teve como Relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 08.10.1999).

Isso foi posto com clareza desde a inicial da impetração originária perante o TRF/5ª Região, quando se demonstrou — em razão da subsistência do flagrante para além da concessão de liberdade provisória mediante fiança — que no caso dos autos era inequívoco o cabimento do *writ*.

(…)

Como se vê com clareza mediterrânea, o pedido principal formulado diz com a ‘nulidade do auto de prisão, bem como das decisões que o homologaram’, sendo o pedido de restituição dos valores pagos a título de fiança



mero efeito daquele, já que o benefício concedido em favor dos pacientes resultaria irremediavelmente prejudicado pela invalidação do flagrante.

Ora, se o que se buscava com o *writ* originário era a nulidade do flagrante — subsistente mesmo após a concessão da fiança, como visto anteriormente —, é evidente o cabimento e a pertinência do *habeas corpus* então impetrado.

(...)” (Fls. 3/6)

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, “(...) para o efeito de cassar-se a decisão com que o Tribunal coator não conheceu do *habeas corpus* perante ele impetrado e de determinar-se prossiga ele no julgamento do *writ* como de direito.” (Fl. 6)

Concedo a ordem.

É esta a letra do voto condutor do acórdão impugnado:

“(...)”

As informações não vieram, consoante foi dito no relatório. Isso possivelmente porque a autoridade coatora não é o juízo federal apontado na inicial. O procedimento investigatório pré-processual foi inaugurado com um flagrante lavrado no período de férias forenses. Daí em diante, todos os atos foram praticados não pelo juízo natural da causa (aquele perante quem, hoje, corre o feito, que é o da 12ª Vara da Seção Judiciária do Ceará), mas sucessivamente por magistrados que atuaram em regime de plantão, até que, finalmente, fosse distribuído ao juízo aludido.

Mas o exame acurado da controvérsia já pode ser feito sem máculas, estou convencido.

Primeiro porque a prova trazida aos autos foi abundante. Foram cópias e mais cópias de documentação que retrata, sem maiores questionamentos, todo o iter procedimental que se verificou na instância originária.

Demais disso, o desate da lide deve ser encetado em desfavor dos impetrantes, com o que nenhum prejuízo (falo de prejuízo processual) há de se impingir à autoridade impetrada.

Com efeito.

Segundo clássica hermenêutica constitucional, já consolidada inclusive no âmbito do Pretório excelso, o *writ of habeas corpus* só se presta à tutela da liberdade de locomoção, assim compreendido o sagrado direito de ir e vir, mesmo que o perigo de que se cuide na hipótese só se verifique mediatamente.

Admite-se o manejo do *writ*, por exemplo, a fim de trancar-se ação penal. Isso, lógico, porque o desfecho da demanda pode implicar perda da liberdade de locomoção do réu alfim.

Bem assim, aceita-se a utilização do remédio heróico para anular-se um flagrante, ou uma decisão judicial que o homologue, estando o réu ainda preso, justo porque é a liberdade do paciente que vai estar em jogo de maneira imediata e iminente.

Mas este não é o caso dos autos, posto que já em gozo de liberdade provisória os impetrantes, providência que se adotou após a concessão da fiança.

Querem, então, os autores, que se ‘conceda a ordem de *habeas corpus* ora impetrada para o fim de declarar a nulidade do auto de prisão em flagrante, bem como das decisões que o homologaram, tornando sem efeito a decisão concessiva de liberdade mediante fiança e restituindo-se aos pacientes as importâncias a esse título.’ (Fl. 22)

Não é liberdade que se persegue, como se vê.

Concedida a liberdade provisória aos pacientes (depois do pagamento de fiança arbitrada pela autoridade judiciária de primeira instância), e não se havendo mais falar em prisão decorrente do flagrante, impossível o ataque, através da via eleita, ao auto respectivo, eis que o proveito ora almejado pela parte (o único que lhe resta) seria apenas a devolução da quantia paga a título de fiança. Um fim, *data venia*, estranho aos propósitos finalísticos desta ação de índole constitucional.

O interesse é legítimo, até pode ser amparado judicialmente (por exemplo quando do julgamento da ação penal em curso), mas não através de HC.

Assim, sem mais, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.” (Fls. 185/186)

E esta, a das razões postas na impetração originária perante o Tribunal Regional, *litteris*:

“(…)

Conforme se colhe dos autos do processo de que se cuida (Comunicação de Prisão em Flagrante. Processo n. 2000.81.00.006327-3), a *diligência de busca e apreensão foi realizada por volta das 9 horas e 30 minutos do dia 5 de abril de 2000*, oportunidade em que a autoridade policial, excedendo os limites subjetivos do mandado judicial — já que de si ilegal, inconstitucional, e abusivo — apreendeu, indistintamente, bens e equipamentos de informática de pessoas físicas e jurídicas não contemplados pelo mesmo.



Convidados a comparecer ao Departamento de Polícia Federal no Ceará, os pacientes Rodolfo Guimarães de Moraes Júnior e Fernando Antônio Fonteles de Moraes *fizeram-no espontaneamente, na noite do dia 5 de abril de 2000, para prestar as declarações de fls. 13/15 e 16/19 dos autos da comunicação de prisão em flagrante, que foram colhidas, respectivamente, às 21 horas e 15 minutos do dia 5 de abril de 2000 e ‘no início da madrugada’ do dia 6 do mesmo mês (fls. 23 e 26).*

Surpreendentemente, todavia, no curso de suas respectivas declarações ao Delegado de Polícia Federal Paulo de Tarso Teixeira, os paciente receberam ‘voz de prisão em flagrante’ pelo suposto cometimento do crime tipificado no art. 16 da Lei n. 7.492/1986 (fazer operar, sem a devida autorização, instituição financeira).

Com relação ao paciente Rodolfo Guimarães de Moraes Júnior, responsável legal pelas empresas Rudy Constantino Factoring e Hexagon CCTVM Ltda, consignou a autoridade policial, ao final do termo de declarações de fls. 13/15 dos autos que:

‘(...) em razão da grande quantidade de dólares apreendidos, assim como outras moedas estrangeiras, das anotações constantes dos citados livros, assim como de informações colhidas por este Delegado de Polícia Federal no momento da arrecadação na Avenida Desembargador Moreira, 3.034, do Sr. Fernando, irmão do Declarante, assim como de vários empregados, citando Giovani e Ticiania, assim como Martônio, o Declarante é cientificado que está recebendo voz de prisão em flagrante delito, às 03:15 horas do dia 06.04.2000, por infringir o art. 16 da Lei n. 7.492, de 16.06.1986.’ (Fl. 15)

Tais razões foram reproduzidas literalmente pela autoridade policial como fundamento para a lavratura do auto de prisão em flagrante de fls. 22/27 contra o paciente Rodolfo Guimarães de Moraes Júnior, como se verifica *in actu oculi* da leitura das fls. 24/25.

Quanto ao paciente Fernando Antônio Fonteles de Moraes, que sequer é sócio nas empresas objeto dos mandados de busca e apreensão, consignou a autoridade policial, ao final do termo de declarações de fls. 16/19, que:

‘(...) após analisada a documentação arrecadada, acompanhada pelo Declarante durante toda a diligência de busca, que após acompanhou a Autoridade Policial presidente novas informações fornecidas no presente Termo de Declarações, o Declarante está neste momento recebendo voz de prisão em flagrante delito, por infringir o art. 1º,

inciso I, e art. 16, ambos da Lei n. 7.492, de 16.06.1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional.’ (Fl. 19)

Já no auto de prisão em flagrante, registrou-se à guisa de motivação para o ato constritivo de sua liberdade:

‘Que, este Signatário, após analisar com mais detalhe parte da documentação apreendida, passou a inquirir o Sr. Fernando Antônio Fonteles de Moraes em Termo de Declarações, por volta das 21:15 horas de ontem, assistido por seus advogados Gérson Lopes Fonteles e Antônio Augusto Portela Martins, esclarecendo que o Sr. Procurador-Chefe da República neste Estado, Doutor José Gerin Mendes Cavalcante, também presenciou tal ato; Que, ao ser apresentado ao Sr. Fernando Antônio Fonteles de Moraes algumas anotações manuscritas em papéis contendo informações de taxas de juros, algumas notas promissórias, folhas de cheques preenchidos, tudo arrecadado em sua pasta que se encontrava em cima de sua mesa na empresa, disse que se tratava de pessoas que aplicam dinheiro na sua empresa de nome Deal Fomento Mercantil Ltda, pelas quais o nomeado paga juro de um e meio por cento ao mês; Que, no caso das notas promissórias e dos papéis manuscritos, não teria nenhuma garantia de pagamento da dívida; Que, também afirmou que o dinheiro recebido neste tipo de aplicação são utilizados nas operações de *factoring* da mesma empresa Deal Fomento Mercantil Ltda; Que após indagado se sua empresa tinha autorização para captar recursos de pessoas físicas ou de empresas estabelecidas nesta cidade, com o pagamento de juro mensal, respondeu que achava que tinha autorização para fazê-lo; Que, confirmou ter conhecimento nesta área ao declarar que atua no ramo de *factoring* há aproximadamente cinco anos e no Mercado de Câmbio de taxas Flutuantes há mais de dez anos; que também confirmou que os cheques arrecadados sem carimbo no verso de devolução, tratava-se de clientes com aplicação, ou de cheques para cobrir operações de *factoring* a descoberto; Que, esse motivo, este Signatário deu voz de prisão em flagrante delito ao Sr. Fernando Antônio Fonteles de Moraes, por infringir o art. 1º c.c. o art. 16, ambos da Lei n. 7.492/1986, cientificando-lhe de seus Direitos Constitucionais.’ (Fls. 23/24)

Seguiu-se a expedição do Ofício n. 28/2000. Nordeste, datado de 6 de abril último, através do qual o Delegado de Polícia Federal Paulo de Tarso Teixeira, a teor do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal, comunicou



à autoridade judiciária a ocorrência do suposto flagrante lavrado contra os pacientes, ‘por volta das 21:00 horas do dia 05.04.2000’, sob o fundamento de violação do art. 16 da Lei n. 7.492/1986, e esclareceu que, em razão da busca e apreensão anteriormente realizada, ‘foram arrecadados grande volume de documentos, equipamento de informática e moedas estrangeiras’ (*sic*), mas deixava de remeter o respectivo auto de busca e apreensão porque ‘os documentos precisam ser melhor analisados, para posterior apreensão.’ (Fl. 3)

A aludida comunicação de prisão foi superficialmente examinada pelo eminente Juiz Federal da 8ª Vara-CE, que a homologou, dizendo não haver, *prima facie*, vislumbado ‘nenhuma ilegalidade na prisão em flagrante dos autuados’. Nada obstante, concedeu-lhes liberdade provisória mediante fiança às fls. 68/70 dos autos do Processo n. 95.5292-0 (Doc. 16).

Concessa vênia, a decisão homologatória do flagrante desafia a presente impetração porquanto, consoante se verifica da simples leitura do auto respectivo, os pacientes não se encontravam em qualquer das situações a que aludem os arts. 302, I a IV, e 303 do Código de Processo Penal quando receberam voz de prisão. A rigor, pela leitura do auto, tem-se seríssima dúvida sobre a ocorrência, antes mesmo da lavratura do suposto flagrante, do crime imputado aos pacientes — o de fazer operar, sem a devida autorização, instituição financeira (art. 16 da Lei n. 7.492/1986).

É o quanto basta para reconhecer-se e declarar-se a absoluta nulidade do auto de prisão em flagrante ora impugnado, bem como das decisões que o homologaram.

(...)

Na espécie, o auto de prisão em flagrante é material e formalmente imprestável, não bastasse a constatação de que nele não há prova da ocorrência de fato punível praticado na sua palpitante atualidade, tem-se inequivocamente peça confusa e contraditória, absolutamente desprovida de coerência lógico-jurídica.

Ao ouvir os pacientes em termos de declarações, a autoridade policial evidencia que não se encontravam eles em situação de flagrância. Incidindo, todavia, em irredutível contradição, deu-lhes voz de prisão por suposto flagrante à consideração de que o conteúdo das declarações prestadas, o material arrecadado na busca e apreensão, as informações colhidas no momento da arrecadação através do paciente Fernando e dos em-

pregados Giovani, Ticianda e Mauritônio autorizavam a conclusão de que os pacientes teriam cometido o crime do art. 16 da Lei n. 7.492/1986.

(...)”

Ante o exposto, requerem a essa egrégia Corte que conceda a ordem de *habeas corpus* ora impetrada para o fim de declarar a nulidade do auto de prisão em flagrante, bem como das decisões que o homologaram, tornando sem efeito a decisão concessiva de liberdade mediante fiança e restituindo-se aos pacientes as importâncias depositadas a esse título.” (Fls. 17/28)

Ao que se tem, pretendiam os impetrantes a desconstituição do auto de prisão em flagrante, com a conseqüente devolução dos valores pagos a título de fiança, este último pleito, gize-se, de caráter condicional ao primeiro.

Não obstante, houve por bem a Corte Regional não conhecer do *writ*, ao fundamento de que a concessão da liberdade provisória desconstitui o objeto relacionado com a nulidade do flagrante, considerando, ainda, incabível na sede heróica o pedido de devolução da importância paga como fiança.

Ocorre, contudo, que a concessão do benefício processual da liberdade provisória, não desconstitui a questão da nulidade do flagrante, cuja validade é pressuposto da liberdade provisória com ou sem fiança, ambas restritivas da liberdade de locomoção do indiciado ou réu e sujeitas a revogação, *verbis*:

“Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

“Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.”

“Art. 343. O quebramento da fiança importará a perda de metade do seu valor e a obrigação, por parte do réu, de recolher-se à prisão, prosseguindo-se, entretanto, à sua revelia, no processo e julgamento, enquanto não for preso.”



Daí o cabimento do *habeas corpus*, fundado na nulidade do auto de prisão em flagrante, substituído pela liberdade vinculada.

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“Criminal. RHC. Restabelecimento da prisão em flagrante. Quebra de compromisso evidenciado. Constrangimento ilegal inexistente. Ausência da prévia oitiva do réu. Precariedade de elementos para tal verificação. Recurso desprovido.

I - É imprópria a alegação de constrangimento ilegal no restabelecimento da prisão em flagrante do paciente — que se achava em liberdade provisória concedida mediante condições, que substituíram a fiança — se evidenciada a quebra do compromisso, ante o não-comparecimento do réu aos atos do processo.

II - Não se pode analisar alegação de ilegalidade na revogação da liberdade provisória sem prévia oitiva da defesa, se os elementos precariamente juntados aos autos não permitem tal verificação, ainda mais se não justificado, em nenhum momento, pela defesa — tanto na inicial, como no recurso — a falta do réu, o que demonstra, em princípio, a efetiva falta de justo motivo para a indigitada quebra do compromisso.

III - Recurso desprovido.” (RHC n. 9.657-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 23.10.2000)

“*Habeas corpus*. Tráfico de entorpecente. Prisão em flagrante. Liberdade provisória concedida. Construção cautelar restabelecida em sede de recurso em sentido estrito. Inexistência de constrangimento ilegal. Denegação da ordem.

Encontrando-se a concessão da liberdade provisória baseada na ausência de provas da existência do crime, verificada a presença de tais provas nos autos, desaparece o motivo ensejador da referida benesse, devendo ser restabelecida a construção do paciente, delito pela prática de crime hediondo.

Ademais, extrai-se do *decisum* impugnado a necessidade da construção cautelar do paciente a fim de garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, não havendo, portanto, coação a ser corrigida.

Ordem denegada.” (HC n. 29.633-RS, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ 25.02.2004)

É caso, pois, de se acolher o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista.

Pelo exposto, concedo a ordem para, cassando o acórdão impugnado, ensejar à Corte Regional de Justiça o conhecimento do *habeas corpus* impetrado, apreciando a nulidade argüida naquele *writ*.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 44.158-ES (2005/0081137-2)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrantes: José Aloísio Pereira Sobreira e outro

Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Paciente: Aislan Menezes da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Nulidade. Ausência de fundamentação. Decisão proferida exclusivamente em inquérito policial. Impossibilidade.

1. Nulidade do acórdão que fundamentou a condenação do paciente;
2. Ordem concedida para, anulando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença absolutória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes 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 a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 3 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 16.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Aislan Menezes da Silva, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que, ao julgar a apelação, condenou o paciente ao cumprimento de 3 anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 12, da Lei n. 6.368/1976.

Pugna-se pela nulidade do acórdão: a) por ter sido fundamentado com base no inquérito policial — em especial no auto de prisão em flagrante — e não na colheita de provas em Juízo; e/ou b) por ter sido proferido com ausência de fundamentação; c) argumenta-se também que, da colheita de provas, se extrairia a absolvição do paciente; d) por fim, defende-se a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.

Requer-se a concessão da ordem, liminarmente ou no mérito, com o trancamento da ação penal. Ainda no mérito, alternativamente, se busca a substituição da pena aplicada.

Liminar indeferida (fl. 173) ante a ausência de *periculum in mora e fumus boni juris*: Ministério Público Federal opina pela concessão parcial da ordem, em parecer assim ementado:

“*Habeas corpus*. Condenação por tráfico de entorpecentes. Alegada falta de fundamentação do acórdão que condenou o paciente. Inexistência de constrangimento ilegal. Pedido alternativo de substituição por restritiva de direitos. Presentes as condições previstas no art. 44 do Código Penal Brasileiro. Parecer pela concessão parcial da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. A defesa sustenta que o acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo é nulo por condenar o paciente exclusivamente com fundamento no inquérito policial e por ausência de fundamentação. Observa-se que a decisão cita o auto de prisão em flagrante como base para aferir a culpabilidade do réu, mencionando de forma genérica a existência de outros elementos que justificariam o decreto condenatório, senão vejamos:

“Pelo que se verifica do Auto de Prisão em Flagrante, vê-se que não há dúvida quanto à participação dos acusados nos atos descritos na exordial, bem como aprova subsequente reforçando o procedimento dos acusados como os autores do relato com a droga tendo o destino do presídio onde

encontrava-se a pessoa denominada ‘Braz’, com atividade fora do presídio e também na parte interna. Vejo que a sentença trata somente da pessoa de Aislan Menezes da Silva, tendo este como comparsa Gilmar Ribeiro Paim, que segundo consta está foragido. Os acusados agiram de forma consciente, livre e premeditadamente. Ambos transportavam no veículo de Aislan a maconha dirigida para as imediações do presídio para contato com Braz, que por sua vez tinha livre trânsito na parte interna daquele estabelecimento. Não lograram êxito no proceder.

O reconhecimento dos fatos está patente, levando-me a conhecer da apelação para dar-lhe provimento e, por conseqüência, condenar Aislan Menezes da Silva, como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 ao cumprimento da pena de 3 (três) anos de reclusão a ser cumprida em regime fechado com observância do previsto no art. 2º, inciso I e II da citada Lei.”

O juízo de primeira instância absolveu o paciente, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, por ausência de elementos que justificariam a condenação. Foram suscitadas omissões nos autos que inviabilizariam uma condenação, conforme sentença exarada (fl. 63):

“Ocorre que a autoridade policial deu-se por satisfeita com o encontro da substância entorpecente, pelos policiais militares embaixo do banco do carona do táxi que pertence ao acusado Aislan, no momento em que tal veículo encontrava-se praticamente em frente ao presídio.

E, assim, os indiciados da época, hoje denunciados, ofertaram no auto de prisão em flagrante, versões diferentes e a autoridade policial, não empreendeu nenhuma investigação, restando o esclarecimento de alguns pontos, que mereciam uma investigação aprofundada, pois uma coisa é maldizer outra é acusar.

Registra-se que, acerca da associação criminosa entre os acusados, nenhuma prova foi realizada.

(...)

Outro detalhe que ainda podemos salientar é que a droga foi encontrada embaixo do banco do carona e, que este carona era o Gilmar. Logo, seria demais exigir-se que o motorista do táxi, inspecionasse a bagagem transportada e que estava sob a guarda de seu passageiro.”

Inobstante o parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem, por estar o acórdão fundamentado, não compartilho com esse entendimento, pois, embora o *Parquet* estadual tenha ofertado razões que, supostamente, poderiam embasar uma condenação, em nenhum ponto da apelação houve razões concretas, mas



apenas termos genéricos de existência de demais elementos, sem trazê-los de forma clara, eis que “As decisões judiciais, ainda que concisas, devem assentar em fundamentação suficiente, justificada pelo confronto das questões de fato e de direito inerentes ao caso em concreto, sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX, da CF/1988). (HC n. 23.893-PA, Sexta Turma. Relator Ministro Paulo Medina, DJ 17.11.2003)

Por conseguinte, observa-se que o acórdão da apelação reportou-se, tão somente, ao auto de prisão em flagrante e, quanto aos demais elementos que justificariam a condenação, não foram debatidos, como meio de conferir segurança jurídica ao paciente dos motivos da decisão, somente se reportando a que se encontrava ele transportando o co-réu, por ser taxista.

Este Sodalício firmou jurisprudência no sentido de que a prova hábil a embasar uma condenação não se deve basear exclusivamente em inquérito policial, vejamos:

“*Habeas corpus*. Estupro e atentado violento ao pudor. Nulidade processual. Condenação fundada exclusivamente no inquérito policial e não confirmadas em juízo.

1. A prova para ser considerada idônea, de modo a conduzir a uma sentença condenatória não pode encontrar-se fundada exclusivamente nos elementos informativos do inquérito policial; antes, deverá ser produzida ou confirmada em juízo, sob pena de sua desconsideração, sobretudo quando estas se baseiam em provas orais, não ratificadas na instrução criminal, por terem sido desmentidas.

2. Precedentes do STF e STJ”.

Ordem concedida para que outra sentença seja proferida. (HC n. 16.079-RJ, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 04.02.2002)

“Processual Penal. Estatuto da criança e do adolescente — condenação. Comprovação com base exclusivamente nas provas colhidas na fase inquisitorial. Impossibilidade.

A sentença, para absolver o paciente, lastreou-se na inexistência da certeza quanto à participação do menor no evento delituoso. Partiu do fato de que os únicos indícios de sua participação no ato infracional eram comprovados única e exclusivamente pelos depoimentos, da vítima e de testemunhas, colhidos na fase inquisitorial. E assim foi porque a vítima não se apresentou em juízo, não sendo possível confirmar suas alegações. O mesmo ocorreu em relação às testemunhas, sendo que a única a comparecer — o policial que efetivou a prisão — não presenciou a atividade delitiva.

O acórdão reformatório da decisão de 1º grau baseia-se justamente em depoimentos prestados em inquérito policial e não confirmados em juízo. Tal circunstância, revela-se insuficiente a ensejar condenação.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, a aplicação das medidas sócio-educativas demandam certeza profunda da participação do adolescente no fato delituoso, o que não foi o caso.

Ordem concedida para restabelecer a sentença de 1º grau. (HC n. 11.466-SP Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ 05.06.2000)

Quanto à necessidade de fundamentação das decisões, o entendimento desta Corte é exposto de forma sintético por meio do seguinte julgado:

“Habeas corpus. Direito Penal. Sentença. Acórdão. Pena-base. Ausência de fundamentação. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

1. Sem que haja dissídio qualquer, é segura, no direito penal vigente, excluída a hipótese da alínea **a** do § 2º do art. 33 do Código Penal, a inexistência de relação necessária entre a quantidade da pena prisional e o regime inicial do seu cumprimento, restando, ao contrário, bem estabelecido que a pena-base prisional e o seu regime inicial, presididos embora pela mesma norma, inserta no art. 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais), devem ser estabelecidos distinta e fundamentadamente.

2. *A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 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.*

3. 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.

4. A individualização da pena requisita, sob a sanção de nulidade da sentença, fundamentação ajustada ao seu estatuto legal (art. 59 do Código Penal), que em nada se identifica com a invocação das razões da decisão política de criminalização e das circunstâncias de individualização legislativa.

5. Ordem concedida.” (HC n. 40.655-DF, Sexta Turma Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 23.05.2005) grifos nossos.



3. Diante do exposto, concedo a ordem para anular o acórdão impugnado, restabelecendo a sentença absolutória.

HABEAS CORPUS N. 46.192-PE (2005/0122505-3)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrantes: Fernando José Alves de Souza e outro

Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: Carlos César Florentino Novaes (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio qualificado tentado. Direito Processual Penal. Excesso de prazo. Fase do art. 500 do CPP. Prejudicialidade. Prisão preventiva. Ausência dos fundamentos da custódia cautelar. Inocorrência. Ordem parcialmente prejudicada e denegada.

1. “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.” (Súmula do STJ, Enunciado n. 52).

2. A toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 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.

3. 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.

4. Não é ilegal a prisão cautelar decretada e mantida para garantia da instrução criminal e da ordem pública, nos casos em que a forma

de execução do crime, brutal, e suas circunstâncias, mostram-se, *si et in quantum*, à saciedade, como sinais inequívocos da personalidade do paciente e de sua periculosidade, justificando-se plenamente a prisão preventiva decretada, mormente quando se tem em conta a sua condição de policial do agente. Precedentes do STJ.

5. Em sede de prisão preventiva, deve-se prestar máxima confiabilidade ao Juízo de 1ª grau, por mais próximo e, pois, sensível às vicissitudes do processo.

6. Ordem parcialmente prejudicada e 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 maioria, julgar prejudicado em parte o pedido e denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, que a concedia. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 7 de março de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 17.04.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, denegando *writ* impetrado em favor de Carlos César Florentino Novaes, preservou-lhe a prisão preventiva decretada nos autos do processo da ação penal a que responde como incurso nas sanções do delito tipificado no art. 121, § 2º, incisos II e IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, em acórdão assim ementado:

“Processo Penal. *Habeas Corpus* liberatório. Paciente acusado de infração ao art. 121, § 2º, II e IV combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal Brasileiro. Prisão preventiva decretada. Alegações de desnecessidade e desfundamentação da prisão preventiva, condições pessoais favoráveis ao paciente e, ainda, excesso de prazo na instrução criminal. O



paciente e a vítima pertencem a famílias que se degladiam há anos, com dezenas de homicídios praticados de ambos os lados, inclusive fora do Estado de Pernambuco. Liberdade do paciente que pode vir em prejuízo da sua ordem pública, à paz social e ao regular seguimento da instrução criminal. Vedada a concessão de liberdade provisória por se tratar de crime hediondo. Princípio da razoabilidade. Processo que se encontra em vias de ser concluído. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem Denegada. Decisão Unânime.” (Fl. 69)

Alegam os impetrantes constrangimento ilegal ante “(...) ausência dos elementos que fundamentaram a referida prisão cautelar, assim como não haver o menor motivo para a decretação da prisão preventiva, pois nenhuma das situações hipotéticas descritas no art. 312 do CPP configuram-se, concretamente, nos presentes autos.” (Fl. 3)

Sustentam, mais, que o decreto prisional ressepte-se de fundamentação, violando, assim, o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sendo certo que “(...) Tão somente o lastreou em suposições de que o ora paciente fugiria do distrito da culpa, e que são de famílias diversas, além do fato do tipo penal que a ele se imputa ser hediondo, sem, contudo, demonstrar através de fatos concretos, a real fuga do paciente, bem como motivos autorizadores, concretamente demonstrados, da segregação.” (Fl. 7)

Asseveram, ainda, que o paciente “(...) Compareceu espontaneamente à delegacia de polícia civil para prestar os seus informes, e ao tomar conhecimento de que houvera sido decretada contra si ordem prisional, na espécie da preventiva, e mesmo assim compareceu, mais uma vez, espontaneamente, ao diretor geral de operações de polícia judiciária, Bel. Valdir Macedo da Silva, onde comunicou que estava à disposição das autoridades locais, pois não tem, nem nunca teve, intenção nenhuma de fugir do distrito da culpa (...)” (Fl. 13)

Aduz, de resto, “(...) que existe excesso prazal para a formação da culpa que é de 81 (oitenta e um) dias, estando até a presente data — 1^ª de agosto de 2005 — decorridos 134 (cento e trinta e quatro) dias, tem-se como injustificadamente excedido o período de tempo que a Lei recomenda para que o processo tenha início, meio e fim, sendo inquestionável o constrangimento imposto a Paciente.” (Fl. 15)

Pugna, ao final, pela concessão da ordem “(...) em definitivo para revogar a prisão preventiva, na forma do art. 316 do CPP” (Fl. 21)

Liminar indeferida. (Fls. 87/89)

As informações vieram às fls. 93/99 dos autos.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim sumariado:

“*Habeas corpus*. Homicídio qualificado tentado. Prisão preventiva devidamente fundamentada. Paciente que se encontra preso há menos de 7 (sete) meses. Excesso de prazo. Não ocorrência.

Parecer pena *denegação* do pedido.” (Fl. 125)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, *habeas corpus* contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, denegando *writ* impetrado em favor de Carlos César Florentino Novaes, preservou-lhe a prisão preventiva decretada nos autos do processo da ação penal a que responde como incurso nas sanções do delito tipificado no art. 121, § 2º, incisos II e IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, em acórdão assim ementado:

“Processo Penal. *Habeas Corpus* liberatório. Paciente acusado de infração ao art. 121, § 2º, II e IV combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal Brasileiro. Prisão preventiva decretada. Alegações de desnecessidade e desfundamentação da prisão preventiva, condições pessoais favoráveis ao paciente e, ainda, excesso de prazo na instrução criminal. O paciente e a vítima pertencem a famílias que se degladiam há anos, com dezenas de homicídios praticados de ambos os lados, inclusive fora do Estado de Pernambuco. Liberdade do paciente que pode vir em prejuízo da sua ordem pública, à paz social e ao regular seguimento da instrução criminal. Vedada a concessão de liberdade provisória por se tratar de crime hediondo. Princípio da razoabilidade. Processo que se encontra em vias de ser concluído. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem Denegada. Decisão Unânime.” (Fl. 69)

Alegam os impetrantes constrangimento ilegal ante “(...) ausência dos elementos que fundamentaram a referida prisão cautelar, assim como não haver o menor motivo para a decretação da prisão preventiva, pois nenhuma das situações hipotéticas descritas no art. 312 do CPP configuram-se, concretamente, nos presentes autos.” (Fl. 3)

Sustentam, mais, que o decreto prisional ressenete-se de fundamentação, violando, assim, o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sendo



certo que “(...) Tão somente o lastreou em suposições de que o ora paciente fugiria do distrito da culpa, e que são de famílias diversas, além do fato do tipo penal que a ele se imputa ser hediondo, sem, contudo, demonstrar através de fatos concretos, a real fuga do paciente, bem como motivos autorizadores, concretamente demonstrados, da segregação.” (Fl. 7)

Asseveram, ainda, que o paciente “(...) Compareceu espontaneamente à delegacia de polícia civil para prestar os seus informes, e ao tomar conhecimento de que houvera sido decretada contra si ordem prisional, na espécie da preventiva, e mesmo assim compareceu, mais uma vez, espontaneamente, ao diretor geral de operações de polícia judiciária, Bel. Valdir Macedo da Silva, onde comunicou que estava à disposição das autoridades locais, pois não tem, nem nunca teve, intenção nenhuma de fugir do distrito da culpa (...)” (Fl. 13)

Aduz, de resto, “(...) que existe excesso prazal para a formação da culpa que é de 81 (oitenta e um) dias, estando até a presente data — 1ª de agosto de 2005 — decorridos 134 (cento e trinta e quatro) dias, tem-se como injustificadamente excedido o período de tempo que a Lei recomenda para que o processo tenha início, meio e fim, sendo inquestionável o constrangimento imposto a Paciente.” (Fl. 15)

Pugna, ao final, pela concessão da ordem “(...) em definitivo para revogar a prisão preventiva, na forma do art. 316 do CPP” (Fl. 21)

Prejudicado, em parte, o *writ*.

É que, supervenientemente ao acórdão impugnado, como no Sistema Eletrônico de Informações da Corte Estadual de Justiça, encontra-se já o processo na fase do art. 500 do Código de Processo Penal, no aguardo da apresentação das alegações finais do paciente, incidindo, na espécie, o Enunciado n. 52 da súmula deste Superior Tribunal de Justiça:

“Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.”

Nesse sentido:

“*Habeas corpus*. Alegação de excesso de prazo. Processo na fase do art. 500 do CPP. Súmula n. 52-STJ.

1. Encontrando-se o feito na fase de alegações finais, resta superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na conclusão da instrução criminal, a teor do Enunciado n. 52 da Súmula desta Corte.

2. Recurso desprovido.” (RHC n. 13.897-MG, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 16.11.2004)

Passo seguinte, denego a ordem.

A toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, 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.

Em se tratando de prisão preventiva, a regra é a do art. 312 do Código de Processo Penal, em cujo texto são elencados os pressupostos e requisitos para a decretação da medida excepcional, *verbis*:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

In casu, é esta da decisão que recebeu a denúncia e decretou a prisão cautelar do paciente:

“(…)

O representante do Ministério Público, subscritor da peça denunciatória, lastreado também no pedido formulado pelo Delegado de Polícia desta Cidade e Comarca, com fulcro nos arts. 311 e seguintes da lei adjetiva penal e nos termos deduzidos no parecer de fls. 89/91, representou pela decretação da custódia preventiva do acusado Carlos César Florentino Novaes, já qualificado nos autos, denunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, com os gravames da Lei dos Crimes Hediondos, sob a acusação de, no dia 02 de janeiro do corrente ano, entre as 16 e 16:30 horas, na Rua Firmino de Barros, n. 267, interior do ‘Bar Tropicália’, no bairro do Cordeiro, nesta cidade, *munido de uma pistola PT940, pertencente à Polícia Civil do Estado de Pernambuco*, haver tentado contra a vida da vítima Marc Antônio Ferraz Nunes, efetuando diversos disparos, lesionando-a nas regiões torácica, abdominal e dorsal, além dos membros superiores e inferiores, conforme atesta a perícia traumatológica de fl. 76.



Narram os autos, que no dia do crime acusado e vítima ocupavam a mesma mesa no 'Bar Tropicália', no bairro do Cordeiro, onde juntamente com várias outras pessoas conhecidas entre si, todos conversavam e bebiam amistosamente enquanto assistiam a uma apresentação de forró. Segundo contam as testemunhas, embora sentados nos extremos da mesa, acusado e vítima entabularam conversa amigável e após algum tempo, sentaram-se em cadeiras próximas continuando a conversar, sem que os presentes notassem qualquer animosidade entre ambos ou mesmo comportamento violento.

Ainda dos depoimentos prestados na fase policial, colhe-se que a vítima não portava nenhuma arma e tampouco houve qualquer confusão entre acusado e vítima durante todo o tempo em que permaneceram no referido bar. Porém em determinado momento, sem que quaisquer dos presentes saibam explicar porque, o acusado sacou da pistola que portava e passou a efetuar inúmeros disparos contra a vítima até esgotar a munição existente na arma, oportunidade em que teria feito uso de um carregador sobressalente que portava em um dos bolsos e, já quando a vítima estava caída aos seus pés, apontou a arma para a cabeça da mesma e acionou o gatilho mais uma vez, atingindo-a nas costas, somente deixando o local quando imaginava ter consumado o crime, pois ao que consta a vítima fingiu-se de morta no intuito de ver cessar a agressão que sofria.

É de se notar, que os fatos narrados na denúncia ocorreram no momento em que muitas pessoas freqüentavam o local, inclusive mulheres e criança, circunstância que gerou pânico entre os presentes, ocasionando um grande tumulto em que as pessoas procuravam se abrigar para preservar a própria integridade física, posta em risco pela ação do acusado que, saliente-se, é remunerado pelos cofres públicos para garantir a ordem pública e proteger a sociedade, no entanto praticou o crime fazendo uso de seu instrumento de trabalho, uma pistola de grosso calibre de propriedade da Polícia Civil, que portava indevidamente, pois que não estava em serviço e ainda por cima quando ingeria bebidas alcoólicas desde a manhã daquele fatídico dia.

O apurado nestes autos trata-se de tentativa de homicídio duplamente qualificado, definido como crime hediondo pela Lei n. 8.072/1990 e que merece repulsa da sociedade e o eficaz pronunciamento judicial, ante a forma violenta como fora cometido, inteiramente justificada, na forma da iterativa jurisprudência dos nossos Tribunais e da Suprema Corte, a decretação da prisão preventiva, para garantia da ordem pública, que visa não apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio

social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão.

De uma análise perfunctória dos autos, resta comprovada a materialidade delitiva mediante perícia traumatológica de fl. 76 e a prova testemunhal é uníssona em apontar o denunciado como autor do delito, conforme depoimentos prestados perante a Autoridade Policial, corroborados pela confissão do acusado, que para tentar legitimar o seu ato apresenta versão de que repeliu agressão praticada pela vítima.

A jurisprudência é uníssona e pacífica, no sentido de que a prisão preventiva pode ser decretada em virtude da periculosidade demonstrada pela violência do crime, não havendo dúvidas de que a ordem pública está em jogo, colocando em risco o prestígio da justiça criminal, caso o apontado criminoso fique em liberdade.

Neste sentido é de se trazer à baila, julgado do Superior Tribunal de Justiça, inserto na RT n. 689/338-42, da lavra do Eminentíssimo Ministro Costa Leite, que de forma magistral sentencia:

‘A periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, basta, po si só, para embasar a custódia cautelar, no resguardo da ordem pública e mesmo por conveniência da instrução criminal.’ (RHC n. 9-PR, DJ 28.09.1989)

Muito embora tenha sido acostada aos autos folha de antecedentes criminais do acusado sem registros maculadores, os nossos Tribunais têm entendido que, pelas circunstâncias em que o crime foi praticado, a custódia preventiva se aconselha, mormente quando notório na sociedade local que as desavenças existentes entre as famílias Novaes e Ferraz, às quais pertencem acusado e vítima, pacificadas a duras penas, comumente resultam em ciclos de extrema violência, provocados quando ambas as famílias procuram retaliar seus desafetos pelas agressões sofridas. Nesse diapasão, é de se transcrever excerto de acórdão do Supremo Tribunal Federal, da pena do Ministro Moreira Alves, quando do julgamento de Recurso em *Habeas Corpus*, assim pontificou:

‘Esta Corte, por ambas as suas Turmas, já firmou o entendimento de que a prisão preventiva pode ser decretada em face da periculosidade demonstrada pela gravidade e violência do crime, ainda que primário o agente.’ (RT 648/347)

É cediço que, em nosso ordenamento jurídico, a prisão preventiva é medida de caráter cautelar, podendo ser decretada pelo Juiz que priva o acusado



de sua liberdade, seja durante o inquérito policial ou mesmo no decorrer da instrução criminal, desde que presentes os pressupostos legais, como forma de assegurar os interesses da segurança da sociedade, a preservação da instrução criminal e o regular e fiel cumprimento da execução da pena.

No caso telado, o presente decreto se justifica, porquanto há de se preservar a segurança social e resguardar a instrução criminal que se avizinha, uma vez que constitui medida a evitar que o denunciado cometa novos crimes e também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça.

A Doutrina Pátria também é pacífica em casos tais, quando se anuncia pela admissibilidade da decretação da custódia preventiva, desde que presentes os pressupostos legais e devidamente fundamentada.

Sabe-se que a conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. Esta sensibilidade é revelada pela visão do Magistrado que, próximo aos acontecimentos criminosos, e sentindo a repercussão, assim como, o abalo a ordem pública, procura com a decretação da custódia preventiva, resguardar o prestígio e a segurança da atividade jurisdicional.

Isto posto, com base nos arts. 311 e ss. do Código de Processo Penal, diante da necessidade de garantir a ordem pública e a instrução criminal, decreto como decretado tenho a custódia preventiva de Carlos César Florentino Novaes, determinando que contra o mesmo seja expedido o competente mandado de prisão, remetendo-se cópias para a Delegacia de Capturas e ao Diretor Geral de Polícia Civil.

Comunique-se a presente decisão ao Corregedor Geral da SDS e Diretor Geral de Polícia Civil, instruindo os officios com cópias do presente despacho e da denúncia.

(...)” (fls. 104/107)

Ao que se tem, inexistiu ilegalidade qualquer no decreto de prisão preventiva, eis que bem demonstrados a materialidade e os indícios de autoria, em função de efetiva e segura prova de que o paciente, de forma repentina, descarregou a arma de fogo que portava, contra pessoa com quem bebia em mesa de bar, após o que remuniu-a, desfechando disparos, atingindo a vítima nas regiões torácica, abdominal e dorsal, além dos membros superiores e inferiores, a qual somente logrou escapar com vida, porque se fingiu de morto, ocasião em que o acusado evadiu-se do local.

In casu, encontra-se a prisão preventiva devidamente fundamentada, mormente porque decretada para a garantia da ordem pública, eis que o paciente,

aproveitando-se de sua condição de agente público, membro da Polícia Civil do Estado de Pernambuco, e de seu próprio instrumental de trabalho, uma pistola de grosso calibre, desfechou, injustificadamente, diversos tiros contra a vítima, numa mesa de bar, onde se encontravam inúmeras pessoas, inclusive mulheres e crianças, que tiveram que “se abrigar para preservar a própria integridade física” (fl. 205), ação que provocou grande repercussão na pequena cidade de Valença-BA, encontrando-se a custódia cautelar fundamentada, ainda, na perigosidade do paciente, evidenciada na concreta gravidade do delito perpetrado e, também, em face das “desavenças existentes entre as famílias Novaes e Ferraz, às quais pertencem acusado e vítima” (fl. 206), o que traz fundada probabilidade de que, em liberdade, dará continuidade às agressões perpetradas entre as famílias.

A forma de execução do crime, brutal, e suas circunstâncias, mostram-se, *si et in quantum*, à saciedade, como sinais inequívocos da personalidade do paciente e de sua periculosidade, justificando-se plenamente a prisão preventiva decretada, mormente quando se tem em conta a sua condição de policial.

A propósito da custódia cautelar como garantia da ordem pública, recolhe-se o seguinte comentário de Guilherme de Souza Nucci:

“11. Garantia da ordem pública: trata-se da hipótese de interpretação mais extensiva na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, via de regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realidade um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao judiciário determinar o recolhimento do agente. *A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social.* Um furto simples não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute, negativamente, no sio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, o que gera, por certo, intranqüilidade. Note-se, também, que a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do judiciário, como vêm decidindo os tribunais. Ver: ‘É providência acautelatória, inserindo-se no conceito de ordem público, visando não só prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão, convindo a medida quando revelado pela sensibilidade do juiz à reação do meio à ação criminosa’ (TJSP HC n. 288.405-3, Bauru, 3ª C., Relator Walter Guilherme, 10.08.1999, v.u.). E ainda: ‘A pe-



riculosidade do réu evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido basta, por si só, para embasar a custódia cautelar no resguardo da ordem pública, sendo irrelevante a primariedade, os bons antecedentes e a residência fixa' (TJSP, HC n. 412.323-3/4, São José do Rio Preto, 3ª C. Extraordinária, Relator Marcos Zanuzzi, 13.03.2003, v.u., Jubi n. 82/2003). Apura-se o abalo à ordem pública também, mas não somente, pela divulgação que o delito alcança nos meios de comunicação — escrito ou falado. Não se trata de dar crédito único ao sensacionalismo de certos órgãos da imprensa, interessados em vender jornais, revistas ou chamar audiência para seus programas, mas não é menos correto afirmar que o juiz, como outra pessoa qualquer, toma conhecimento dos fatos do dia-a-dia acompanhando as notícias veiculadas pelos órgãos de comunicação. Por isso, é preciso apenas bom senso para distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de mera divulgação real da intranqüilidade da população, após o cometimento de grave infração penal. *Outro fator responsável pela repercussão social que a prática de um crime adquire é a periculosidade demonstrada pelo réu e apurada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução do crime.* Assim, é indiscutível que pode ser decretada a prisão preventiva daquele que ostenta péssimos antecedentes, associando a isso a crueldade particular com que executou o crime.” (in *Código de Processo Penal Comentado*, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2004, p. 563/564, nossos os grifos).

No mesmo sentido, o entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal:

“Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Prisão em flagrante, liberdade provisória. Pressupostos da prisão preventiva. Periculosidade.

1. A periculosidade do agente justifica a custódia preventiva como garantia da ordem pública. Mantém-se, então, a prisão decorrente do flagrante.

II - *Habeas corpus*. indeferido.” (HC n. 84.981-ES, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 22.04.2005)

“Associação para o tráfico de entorpecentes. Posse da droga. Prescindibilidade. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Reiteração criminosa. Periculosidade dos agentes. Legalidade. Recurso improvido.

A comprovação do crime de associação para o tráfico de entorpecentes (Lei n. 6.368/1976, art. 14) deu-se no presente caso por meio de gravações telefônicas e confissões extrajudiciais. Não é imprescindível a posse da droga para configuração desse crime.

O decreto de prisão encontra-se devidamente fundamentado no resguardo da ordem pública, ante a necessidade de fazer cessar a reiteração

criminosa e em face da periculosidade dos agentes, fundada em fatos concretos, visto que há nos autos indícios de que a organização criminosa não se desfez. Recurso improvido.” (RHC n. 84.847-SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 03.06.2005)

Assim decretada a prisão, é de ser mantida, até porque estando o magistrado em relação direta com os fatos do processo e suas circunstâncias, há de ser prestigiado no juízo da necessidade da cautela decretada.

Confira-se, para certeza das coisas, a fundamentação do acórdão impugnado:

“(…)

Com efeito, como bem se observa das informações prestadas e do decreto prisional (fls. 57/60) a segregação provisória do acusado se faz necessária para garantia da ordem pública, à paz da comunidade local e ao regular prosseguimento da instrução processual, revelando-se, ainda, como medida indispensável para acautelar a própria credibilidade da Justiça. Sobre estes aspectos, colaciono os seguintes precedentes jurisprudenciais:

‘No conceito de ordem pública, insere-se a necessidade de preservar a credibilidade do Estado e da Justiça, em face da intranquilidade que os crimes de determinada natureza vêm gerando na comunidade local.’ (RT 594/408)

‘A ordem pública resta ofendida quando a conduta provoca acentuado impacto na sociedade, dado ofender significativamente os valores reclamados.’ (STJ RHC n. 3.169-5, Relator Luiz Vicente Cernicchiaro)

Outrossim, segundo consta das informações da autoridade impetrada (fls. 55/56) algumas testemunhas estão sendo procuradas por membro da família do acusado, tentando influenciá-las na coleta das provas, revelando a real necessidade da sua custódia por conveniência da instrução criminal.

Ademais, quanto ao argumento da desnecessidade da custódia do paciente, em face das suas excelentes condições pessoais, considerando o cometimento de crime de natureza hedionda, dispensáveis maiores indagações sobre tal questão, diante do mandamento do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990, que veda a concessão de liberdade provisória aos autores de tais delitos. Além disso, o paciente é Agente de Polícia Civil, o qual possui o dever legal de resguardar a segurança e tranquilidade da sociedade.

Acresce que o paciente e a vítima pertencem a famílias que se degladiam há anos, com dezenas de homicídios praticados de ambos os lados,



inclusive fora do Estado de Pernambuco. Assim, resta claro que estamos diante de hipótese de verdadeiro clamor público e até a liberdade do paciente pode vir em prejuízo da sua integridade física.

(...)” (Fls. 72/73)

Merece acolhimento, ainda, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, *verbis*:

“(…)

Em data de 2 de janeiro de 2005, no período da tarde, o paciente, agente de polícia lotado na Delegacia de Homicídios, fazendo uso de uma pistola pertencente à Polícia Civil de Pernambuco, efetuou diversos disparos contra um agente de trânsito, que só não morreu por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo consta da denúncia, o paciente e a vítima encontravam-se bebendo, em um bar, juntamente com outras pessoas, quando, sem que houvesse qualquer desentendimento ou discussão entre ambos, o paciente se levantou e atirou contra a vítima, a qual tentou desviar-se dos disparos, cuja reação não impediu que fosse atingida por diversas vezes, fingindo-se de morta após ser baleada nas costas. Diante de tal contexto e acreditando na morte da vítima, o paciente pôs-se em fuga.

Ressaltou a exordial acusatória, ainda, que o crime cometido causou grande repercussão nos principais jornais da cidade, em virtude de envolver integrantes de duas famílias tradicionais que se rivalizavam durante anos no sertão pernambucano.

Diante de tais constatações, o MM^a. Juiz da 1^a vara do Júri da Comarca do Recife houve por bem decretar a prisão do paciente, salientando, entre outros, os seguintes aspectos:

(…)

Em síntese, a prisão preventiva do paciente restou decretada para garantia da ordem pública, bem como por conveniência da instrução criminal.

Diante de tal contexto, encontra-se a r. decisão monocrática devidamente fundamentada nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, com a apresentação dos elementos concretos a indicar a necessidade da custódia.

Ademais, as informações prestadas pelo Tribunal pernambucano dão conta de que algumas das testemunhas estão sendo procuradas por membros

da família do paciente, na tentativa de influenciá-las na coleta das provas, e que o paciente e a vítima pertencem a famílias rivais, com dezenas de homicídios praticados de ambos os lados, inclusive fora do Estado de Pernambuco.

Diante do quadro exposto, o fato de ter o paciente comparecido espontaneamente perante as autoridades policiais não obsta a manutenção de sua segregação cautelar.

(...)." (Fls. 127/129)

Pelo exposto, julgo parcialmente prejudicada a ordem e a denego.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, tenho outra posição. Antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória — classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc. Em casos tais, requer-se se fundamente a sua imposição; por exemplo, quanto à preventiva, reza o art. 315 da lei processual que o despacho (ou a decisão) que a decrete ou a denegue “seja sempre fundamentado”.

Além disso, presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico. Em qualquer lugar, a qualquer momento, aqui, ali e acolá, esse princípio é convocado em nome da dignidade da pessoa humana.

Ao que me parece, há, no decreto da preventiva, referências à periculosidade e agressividade do agente e, ainda, à violência do crime, elementos insuficientes, no entanto, para fundamentar a segregação cautelar.

É da jurisprudência desta Casa que a gravidade do fato, mesmo no caso dos denominados crimes hediondos, não é bastante a justificar se aplique a medida excepcional denominada prisão preventiva. Na ementa do RHC n. 16.054, deixei gravado isto: “Por si só, a gravidade do fato não justifica prisão preventiva tendente a garantir a ordem pública.” Para o HC n. 47.926, escrevi a seguinte ementa:

“Prisão preventiva. Fundamentação (necessidade).

1. O ato judicial que decreta a prisão preventiva, diz a lei, bem como o ato que a revoga, ‘será sempre fundamentado’.

2. Quando, em casos tais, carecer o ato de suficiente motivação, falta-lhe validade, decorrendo daí ilegal coação.



3. Contra nenhum acusado, por mais repulsivo que seja o crime por ele em tese cometido, pode-se decretar a prisão preventiva com base, simplesmente, nesse motivo.

4. Na hipótese, faltaram ao decreto de imposição da preventiva os indispensáveis fundamentos, pois decorrente apenas da gravidade abstrata e da hediondez dos fatos penais noticiados.

5. Ordem de *habeas corpus* concedida com extensão a co-réu.”

Pedindo vênua ao Relator e aos Srs. Ministros que acompanharam S. Ex^a., concedo a ordem a fim de revogar a prisão preventiva.

HABEAS CORPUS N. 48.665-RJ (2005/0166476-8)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Sérgio Luís Butruce de Freitas

Impetrada: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Paulo Antero dos Reis

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Crime equiparado a hediondo. Prisão temporária. Prazo. Mandado não-cumprido. Ordem denegada.

O prazo de 30 (trinta) dias, estabelecido pelo art. 2º, § 3º da Lei n. 8.072/1990 refere-se à duração da prisão temporária do paciente e não à validade do decreto prisional.

O tempo determinado para a custódia temporária começa a fluir quando realizada a prisão do paciente, descabida a alegação de vencimento do decreto prisional pelo decurso do prazo ali estabelecido.

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 o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Presidente e Relator

DJ 25.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado por Sérgio Luís Butruce de Freitas em favor de Paulo Antero dos Reis, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente, conhecido como “Paulinho Marimbondo”, está sendo investigado em inquérito instaurado na 36ª Delegacia de Polícia do Rio de Janeiro, em razão do suposto envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes. Ao paciente atribuí-se a chefia do tráfico de drogas no Conjunto Habitacional João XXIII, situado no Bairro Santa Cruz.

Foi expedido mandado de prisão temporária, em 26 de abril de 2005, pelo prazo de 30 (trinta) dias, pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Santa Cruz, da Comarca do Rio de Janeiro, mediante representação da autoridade policial.

A defesa do paciente requereu a revogação do decreto cautelar, que foi indeferido.

Impetrou *habeas corpus* em favor do paciente, na Corte de origem, cuja ordem foi denegada em acórdão de seguinte ementa:

“*Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Investigação. Prisão temporária. Necessidade da medida ainda não efetivada. Inocorrência de constrangimento ilegal.

Havendo necessidade da prisão do paciente para possibilitar o êxito das investigações de seu envolvimento com o tráfico de drogas, medida que ainda não se concretizou, descabe falar em constrangimento ilegal pelo vencimento do prazo estabelecido no decreto prisional, eis que o mesmo ainda não começou a fluir.

Ordem denegada.” (Fl. 42)



Daí este remédio heróico, pelo qual diz o impetrante que a prisão decretada contra o paciente é ilegal, pois a ordem judicial já caducou, visto que o prazo estipulado em 26.04.2005 foi de 30 (trinta) dias e não houve renovação do mandado.

Afirma trabalhar em comércio de propriedade de sua mãe, local onde reside e pode ser encontrado a qualquer chamamento da justiça.

Requer a concessão da ordem, em liminar e mérito, para recolhimento do mandado de prisão possibilitando-se o comparecimento espontâneo do paciente aos atos do processo.

A liminar foi indeferida. (Fls. 32/33)

A autoridade apontada como coatora prestou informações, às fls. 38/43.

A Subprocuradoria Geral da República opina pela denegação da ordem:

“Prisão temporária: Prazo. O prazo previsto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.072/1990 refere-se ao encarceramento do investigado, e não quanto à vigência do decreto de prisão provisória, que subsiste enquanto não efetivada a prisão. Parecer no sentido de ser denegada a ordem.” (Fl. 45)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O decreto de prisão temporária, deferido pelo prazo de 30 (trinta) dias está vazado nos seguintes termos:

“Trata-se de pedido de prisão temporária de Paulo Antero dos Reis, alcunhado de ‘Paulinho Marimbondo’, indiciado por prática das normas consubstanciadas nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976.

É de ser observada a imperiosa necessidade da custódia.

Os elementos já carreados aos autos apontam, com a mais absoluta veemência para a autoria, demonstrados os fatos, o poder aterrorizante lançado pelo tráfico, tendo indicativos sólidos de que o indivíduo tem efetiva participação, revelando, ainda, sua folha penal, ser pessoa possuidora de alta periculosidade e as autoridades constituídas não podem, simplesmente, quedar-se inertes ante a tal deplorável realidade.

A imputação é de crimes equiparados a hediondo.

Presentes os pressupostos legais, especificamente no que se refere a manifesta perturbação da ordem pública, decreto a prisão temporária do indiciado Paulo Antero dos reis, pelo prazo de 30 (trinta) dias, *ex vi* art. 2º § 3º da Lei n. 8.072/1990.

Expeça-se mandado.” (Fls. 11/13)

Esta decisão foi confirmada pelo Tribunal Estadual:

“O paciente, segundo informado pelo magistrado apontado como co-autor, está sendo investigado como chefe do tráfico de drogas no Conjunto Habitacional João XXIII, pesando em seu desfavor nada menos que sete anotações na folha penal e declarações de dois menores extraídas do APF lavrado na data de 25.03.2005, decorrendo daí a necessidade de sua prisão temporária, que ainda não se efetivou.

Assim, havendo necessidade da prisão do paciente para possibilitar o êxito das investigações de seu envolvimento com o tráfico de drogas, medida que ainda não se concretizou, descabe falar em constrangimento ilegal pelo vencimento do prazo estabelecido no decreto prisional, eis que o mesmo ainda não começou a fluir.” (Fl. 28)

A insurgência contida neste *writ* diz respeito ao prazo determinado para a custódia temporária, ao argumento que, decretada a prisão pelo prazo de 30 (trinta) dias, já escoados, e não renovado o mandado, ilegal é o constrangimento advindo de eventual encarceramento realizado em cumprimento à essa ordem expirada.

Da leitura dos excertos acima transcritos, percebe-se de maneira nítida que o decreto observa o prazo determinado na lei de regência e fundamenta a necessidade da custódia para as investigações do inquérito policial.

De fato, a prisão temporária foi estabelecida pelo prazo de 30 (trinta) dias.

Todavia, esse prazo refere-se à duração da custódia, e não à validade do decreto prisional, como pretende a interpretação engendrada pelo impetrante.

Nesse sentido, destaco o seguinte precedente:

“Criminal. Petição recebida como *habeas corpus*. Latrocínio. Prisão temporária. Ausência dos requisitos autorizadores. Inocorrência. Fundamentação suficiente. Índícios de autoria. Paciente em local incerto e não sabido. Necessidade da prisão para as investigações. Realização de reconhecimento. Imprescindibilidade. Custódia temporária. Prazo que começa a fluir com o efetivo cumprimento do decreto segregatório. Ordem denegada.

A determinação de prisão temporária deve ser fundada em fatos concretos que indiquem a sua real necessidade, atendendo-se aos termos descritos na lei.

Evidenciada a presença de índícios de autoria do paciente no delito de latrocínio, para o qual é permitida a decretação da custódia provisória, bem como a necessidade de realização de seu reconhecimento pela vítima sobrevivente, necessária se torna a decretação da prisão temporária.



O fato de o paciente se encontrar em lugar incerto e não sabido, tanto que o decreto prisional até o momento não foi cumprido, é suficiente para fundamentar a segregação provisória, tendo em vista a dificuldade de investigação e conclusão do inquérito quando ausente o indiciado. Precedentes desta Corte.

(...)

O prazo da custódia temporária começa a fluir a partir da efetiva prisão do acusado.

Ordem denegada.” (Pet n. 4.483-SC; Relator Ministro Gilson Dipp; Quinta Turma; DJ 02.05.2006 p. 338)

As informações colhidas junto à autoridade indicada como coatora dão conta que o paciente encontra-se foragido. Em consequência, o decreto segregacional não foi cumprido, razão pela qual não se pode afirmar que decorreu o prazo da prisão temporária.

Destarte, tendo em vista que o prazo da custódia temporária começa a fluir quando da efetiva prisão do paciente, não se pode afirmar o vencimento do tempo estabelecido no decreto prisional.

Posto isso, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 49.524-RJ (2005/0183909-9)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrantes: Fernando Augusto Fernandes e outro

Impetrada: Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Marinaldo Rosendo de Albuquerque

EMENTA

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Art. 1º, da Lei n. 8.137/1990. Inquérito policial antes do lançamento definitivo do tributo. Impossibilidade. Ausência de justa. Ordem concedida.

1. É condição objetiva de punibilidade dos crimes definidos no art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, o lançamento definitivo do crédito

tributário, não podendo, antes disso, ter início a persecução penal — por manifesta ausência de justa causa.

2. Enquanto o tributo não se torna exigível também não terá curso a prescrição.

3. 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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves acompanhando o Sr. Ministro-Relator, no que foi seguido pelos Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti, a Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento a Sr^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Presidente e Relator

DJ 09.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: *Habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Marinaldo Rosendo de Albuquerque, contra acórdão da Primeira Turma Especializada do TR-2^a Região, que denegou a ordem impetrada na origem (fls. 486/508 e 511/535).

Relatam os Impetrantes:

— o Procurador da República, José Maurício Gonçalves, recebe ofício da Secretaria da Receita Federal, no dia 30.09.2003, encaminhando *notitia criminis* contra as empresas “Primo Schincariol, Lippus e LL Logística, Lippaus e Nahona”(fl. 3), pelo crime definido no art. 1^o, da Lei n. 8.137/1990 (fls. 53/56), os Impetrantes registram que o ofício foi encaminhado sem que houvesse distribuição;

— o Procurador oficia ao Chefe do Escritório de Pesquisa e Investigação na 7^a Região Fiscal, Marcus Vinícius Vidal Pontes, requisitando todos os documentos que instruíram o ofício (fl. 61);



— a Receita Federal responde ao ofício enviado pelo Ministério Público relatando fatos investigados no âmbito administrativo e sugerindo busca e apreensão nas empresas ali mencionadas — nenhuma delas, ressaltam os Impetrantes, de propriedade do Paciente;

— o Ministério Público ingressa com dois pedidos cautelares: um de busca e apreensão e outro de quebra de sigilo telefônico;

— as cautelares para quebra do sigilo telefônico são deferidas (fls. 88/91); nos autos há notícia de que também foi deferida a busca e apreensão (fls. 88 e 217), embora não conste cópia de decisão dessa natureza;

— a quebra de sigilo telefônico decretada em 20 de maio de 2004 é automaticamente renovada (fls. 92/213);

— em 27 de abril de 2005, a medida é prorrogada por novo Juiz que, entretanto, e de acordo com os Impetrantes, “indica as ilegalidades da peculiar situação”, da seguinte forma (fls. 8 e 210/211):

“(…) De início, verifico que o trâmite desta ação cautelar já arrastada por quase um ano, sem que exista inquérito policial instaurado, sem que o contraditório tenha sido sequer cogitado e sem qualquer perspectiva de finalização das apurações o oferecimento de denúncia.

O procedimento próprio para realização de investigações é o inquérito policial, este sim de caráter inquisitivo. Entendo que, em momento iminente, restam apenas dois caminhos juridicamente viáveis a seguir: ou as investigações são concluídas de uma vez por todas e então é proposta (ou não) a ação penal ou deve ser instaurado inquérito policial e oportunizada a defesa em sede de ação cautelar, uma vez que a restrição a direitos fundamentais deve ser balizada pela razoabilidade.

No entanto, creio que a complexidade da estrutura da suposta organização criminosa vislumbrada pode demandar providências investigatórias de concretização mais demorada e dificultosa, visando à descoberta de seu *modus operandi*.

Destarte, ante a notória, embora lenta, evolução das investigações e considerando também a presença de robustos indícios de prática delituosa pelos alvos apontados, fatos estes que denotam a imprescindibilidade das medidas pleiteadas, defiro os requerimentos da autoridade policial para (...)” (Todos os destaques estão no original).

Na seqüência do seu relato, os Impetrantes apontam o que denominam de “momento mais absurdo do caso (fl. 9)”:

— três dias depois de prolatada essa última decisão judicial aqui referida, o Delegado de Polícia baixa portaria “formalizando o que seria um inquérito” (fl. 9);

— um mês depois da formação do aludido inquérito, a autoridade policial protocoliza uma representação pela prisão temporária, na qual, segundo os Impetrantes, “pela primeira vez”, alude a outros delitos “além do tributário”, “que nunca foram fundamento para interceptação e nem serão da prisão.” (Fl. 9)

Os outros delitos, além do tributário, aludidos pela autoridade policial no requerimento de quebra do sigilo bancário dirigido ao Juízo Federal de Itaboraí são: “exportação fictícia, formação de quadrilha, através de utilização de empresas em nome de ‘laranjas’, notas fiscais ‘viajadas’ e ‘clonagem’ de placas, dentre outras.” (Fl. 216)

Faço pausa, nessa altura, para ressaltar que, ao teor da decisão judicial cuja cópia está nestes autos, o Juízo da Vara de Itaboraí, RJ (autos de n. 2005.51.07000650-3) decretou a prisão provisória de 54 (cinquenta e quatro) pessoas, dentre elas, o Paciente. (Fls. 224/243)

Prosseguem os Impetrantes, após considerações acerca da ilegalidade do decreto prisional, dizendo que as prisões, integrantes das ações batizadas de “operação Cevada”, foram veiculadas como espetáculo “midiático”.

Esclareço que a prisão do Paciente deu origem à primeira impetração, perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sendo ali indeferido o pedido de concessão liminar da ordem.

Diante disso, foi impetrado nesta Corte Superior o HC n. 44.820-RJ, a mim distribuído, julgado prejudicado pela perda de objeto, tendo-se esgotado o prazo da prisão temporária sem que a preventiva fosse decretada.

Agora, após o julgamento definitivo, denegada a ordem pelo Tribunal *a quo*, no bojo do HC n. 2005.02.01.006475-2, vêm os Impetrantes, neste segundo *habeas corpus*, requerer o trancamento ou a suspensão do aludido inquérito policial, relativamente aos noticiados crimes tributários.

Eis a ementa de julgamento do *habeas corpus* na segunda instância (fls. 536/538):

“Crime contra a ordem tributária. Inquérito policial. Sigilo profissional do advogado. Direito relativo. Interesse público na persecução penal. Término do processo administrativo. Inexistência de condição objetiva de procedibilidade. Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo não comporta reservas. Obtenção de liminar em matéria tributária. Inexistência de crime. Impossibilidade de futuro constrangimento à liberdade de locomoção. Ordem denegada.



1. O sigilo profissional do advogado, consagrado no art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.906/1994 e fulcrado no art. 5º, inciso XII da CF/1988, não é um direito de caráter absoluto e não pode servir como óbice para a investigação criminal, sobretudo quando há indícios de participação de causídicos na prática delituosa.

2. A finalidade da norma penal contida no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, é reprimir a conduta de quem deixa de pagar o tributo devido por meio de informação ou declarações falsas, inserção de elementos inexatos em livro ou documentação fiscal, falsificação de documentos relativos a operações tributárias e utilização destes documentos, de modo a, pelo menos, adentrar o iter criminis do delito material do qual se trata. Não se limita, ela, a apenas exigir o cumprimento da obrigação tributária.

3. Somente a autoridade judiciária — especializada em matéria criminal — será competente para definir a conduta típica, ilícita e culpável consistente nos crimes contra a ordem tributária em todas as suas vertentes: material consumado; tentado ou formal do art. 2º da Lei n. 8.137/1990, não havendo, por isso, ‘usurpação’ da competência da Administração, prevista no art. 142 do CTN.

4. Por mais que o lançamento traga a certeza sobre o conteúdo da obrigação tributária, não é ele que busca a certeza sobre a existência do emprego de algum dos meios fraudulentos previstos nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/1990.

São características das condições objetivas de punibilidade: situarem-se fora do crime e do dolo do agente. Além disso, não devem guardar nenhuma relação — direta ou indireta — com a conduta típica objetiva e subjetiva. O pronunciamento definitivo da Administração sobre o conteúdo da obrigação tributária diz respeito a elementar do tipo penal e não pode ser equiparado à condição objetiva de punibilidade. Afinal, definir o conteúdo da prestação devida — tributo — suprimido ou reduzido, por ter sido empregada a fraude, é adentrar o exame de sua elementar típica.

5. O art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 dispõe sobre a supressão ou a redução de *tributo*, e não suscita nenhum juízo de valor sobre elemento do tipo. É, portanto, *elemento descritivo de cognição conceitual*. O conceito de tributo se obtém da lei (art. 3º do CTN), e sua ontogênese está contida na situação de fato que, existindo e se enquadrando na hipótese prevista em lei, dá origem à obrigação do contribuinte de pagá-lo. Razão pela qual, o lançamento definitivo, a cargo da autoridade fiscal estranha à prática do delito, não configura elemento normativo do tipo.

6. Não se reconhece no pronunciamento definitivo da Administração sobre o crédito tributário derivado de fraude no pagamento de tributos, nenhuma das condições previstas em lei para o exercício da ação penal, de que trata o art. 43, III, última parte, do CPP. Precedentes do STJ.

7. O ingresso em Juízo para buscar provimentos liminares em matéria tributária não se subsume a nenhum tipo penal, ressalvada a hipótese de haver algum ato ilícito no curso do exercício desse direito, o que deverá estar descrito e previsto em algum dos tipos penais vigentes.

8. Ordem denegada”.

Contra essa decisão se insurgem os Impetrantes, sustentando haver constrangimento ilegal no fato de estar o Paciente submetido “a todos os tipos de risco” em face do inquérito policial sobre suposto delito tributário, sem que haja, até o momento, qualquer procedimento prévio de natureza fiscal.

Fundamentam sua principal tese colacionando recentes julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a imprescindibilidade do lançamento definitivo do crédito tributário ao aperfeiçoamento do tipo penal da sonegação de imposto.

Segundo os Impetrantes, o Paciente já “amargou” dez dias de prisão temporária e já teve contra si decretada a interceptação do sigilo de comunicações sem a precedência da prática de qualquer ato de natureza fiscal, ou seja; sem autuação “da empresa” (qual?) e sem possibilidade de defesa administrativa, em face de tipo penal que admite a extinção da punibilidade pelo pagamento (art. 34, Lei n. 9.249/1995) — o que, atualmente, pode ser realizado até mesmo após a denúncia (Lei n. 10.684/2003).

Afirmam também a ilicitude das gravações telefônicas, das interceptações de mensagens eletrônicas, via Internet, ou de qualquer outra forma de comunicação entre os clientes e os advogados e, em consequência, pedem sejam desentranhados dos autos do inquérito tais elementos, bem como “riscadas da representação” as partes que os contiverem, grifei (fl. 44).

Outrossim, o objeto deste pedido, segundo esclarecem (fl. 35), estaria limitado à ilegalidade da interceptação de conversas e outras comunicações do investigado com seus advogados — *o que não estaria abrangido pela decisão judicial para quebra do sigilo.*

Dizem que apesar de não poderem ser utilizadas contra o Paciente, não obstante a genérica autorização judicial de interceptação de dados, tanto gravações telefônicas como mensagens eletrônicas entre o cliente e seus advogados serviram para a decretação da prisão.



Invocando a Lei n. 8.906/1994, a Lei Processual Civil e os princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso, ressaltam que “a inviolabilidade da advocacia se dá ‘em nome da liberdade de defesa’ e não se trata de uma simples prerrogativa, mas de extensão da garantia constitucional, que não existe na medida em que não for respeitada tal prerrogativa.” (Fl. 37)

Foi requerida liminar para imediata suspensão do procedimento investigatório e para que a autoridade judicial se abstenha de receber a denúncia, pela ausência de condição objetiva de punibilidade, visto que, nas palavras dos Impetrantes, “não existe nenhum procedimento administrativo” ou ainda “qualquer atuação quanto a débito tributário”. (Fl. 45)

No mérito, pede-se a concessão da ordem em definitivo para:

1. trancamento do inquérito policial, ou de eventual ação penal, pela afirmada ausência de condição objetiva de punibilidade;

2. desentranhamento de todas as folhas do inquérito que contenham registro de comunicação interceptada entre advogados e clientes, por constituir prova ilícita, ou, “se a folha contiver elementos outros, que os elementos ilícitos sejam riscados (arts. 15, 161 e 195 do CPC)”.

Indeferi a liminar. (Fls. 458/463)

Os Impetrantes reiteraram o pedido, juntando cópia do acórdão combatido. (Fl. 475/480)

Apresentadas as informações e com elas encaminhada cópia do acórdão combatido. (Fls. 510/540)

Outro pedido dos Impetrantes reiterando a concessão de liminar e juntando cópias documentais. (Fl. 542)

Mantive a decisão de indeferimento da liminar. (Fl. 549)

O Ministério Público manifesta-se pela concessão parcial da ordem, nos termos da seguinte ementa (fl. 551):

“*Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Trancamento do inquérito policial. Necessidade do julgamento do contribuinte na via administrativa. Constrangimento ilegal evidenciado neste aspecto.

Apuração de outros eventuais delitos no inquérito. Quanto a estes, o parecer é pela denegação da ordem”.

Após a manifestação do Ministério Público, os Impetrantes voltam a peticionar nos autos informando haver sido oferecida denúncia contra o Paciente e outros 77 (setenta e sete) acusados. Apresentam documentos — cópia de denúncia e decisão de seu recebimento (fls. 565/568, vol. 3).

Nessa mesma petição, reforçam os Impetrantes o argumento de que a interceptação telefônica deferida judicialmente teve como “razão exclusiva” a suspeita de prática de delito de natureza tributária.

A denúncia tem como objeto os delitos de formação de bando ou quadrilha (art. 288, CP); corrupção ativa (art. 333, parágrafo único, CP); corrupção passiva (art. 317, § 1º, CP); falsificação de documento particular (art. 298, CP) e falsidade ideológica (art. 299, CP).

Dizem os Impetrantes que, pelos próprios termos da denúncia, fica claro que os aludidos “crimes conexos” seriam os tributários.

Dizem mais (fl. 567):

“enquanto os outros denunciados tiveram imputações de corrupção, o paciente e seus funcionários foram denunciados exclusivamente por formação de quadrilha com o fim exclusivo do tipo tributário.” (Fl. 567)

E esclarecem (fls. 567/568):

“Desejam, no entanto, ultrapassar o debate em relação à possibilidade ou não de acusação de formação de quadrilha como tipo autônomo com o único fim de sonegar tributo.

Apesar de ficar evidenciado que a denúncia capitula a acusação em formação de quadrilha, com o intuito de, por via transversa, afrontar a jurisprudência do STF e do STJ (que não admite ação penal por crime tributário antes de concluída a via administrativa), este não é o objetivo da presente petição.

O que se busca com a presente petição é acentuar que a semente da chamada ‘Operação Cevada’, seu alicerce, é o fato da quebra de sigilo telefônico ter sido deferida em razão única e exclusiva de uma investigação quanto a delito tributário, sem que houvesse qualquer procedimento fiscal prévio (Doc. 3, da inicial)”.

E, finalmente, alterando, em parte, o pedido anteriormente formulado, voltam a requerer (fl. 568):

1. o *trancamento do inquérito policial, ou de eventual ação penal pela prática de crime tributário*, por ser “evidente o constrangimento ilegal alegado”, conforme afirma o MP em sua manifestação nestes autos;

2. em virtude da concessão da ordem para tal fim, também “*a extensão, de ofício, como consequência lógica jurídica, para anulação das gravações telefônicas deferidas para a investigação de um ‘crime’ inexistente, já que faltava condição de punibilidade, o que ofende o art. 2º da Lei n. 9.296/1996, já que não*



há infração penal tributária antes do procedimento administrativo constituir o débito fiscal, evidenciando-se, assim, ferimento ao art. 2º, I, II, III, da Lei n. 9.296/1996”, e finalmente;

3. o *trancamento da ação penal já instaurada contra o Paciente pela imputação da conduta descrita no art. 288, CP*, uma vez decorrente de “operação que visou transformar empresários em quadrilheiros, atacando uma das mais sólidas indústrias nacionais, afetando o mercado em claro benefício da concorrente Ambev (gráficos das ações já juntadas na reiteração de liminar)”.

O terceiro e último pedido tem como base a afirmada ilegalidade da interceptação telefônica — “único meio investigativo utilizado pela Polícia Federal” —, bem como as “razões do voto do Ministro Flaquer Scartezzini, ‘a finalidade lícita de exercer atividade comercial, em nada se coaduna com o tipo previsto no art. 288 do Código Substantivo’.” Do que se extrai a alegação de atipicidade do fato.

Finalmente, por meio da Petição n. 55.368, os Impetrantes expressam Desistência Parcial deste *habeas corpus*, “no que diz respeito ao segundo pedido” formulado, qual seja, o “desentranhamento das gravações entre advogados e entre advogados e clientes”.

Esclarecem que permanece a impetração, no tocante à falta de condição objetiva de punibilidade de crime tributário, que conta com a manifestação favorável do Ministério Público Federal.

Ressaltam que a superveniência de denúncia não torna o *writ* prejudicado, já que a peça acusatória não inclui os crimes tributários que permanecem sob investigação.

Desistem também do requerimento constante da petição anterior de “extensão do segundo pedido, de ofício, quanto à ilicitude das interceptações telefônicas, tendo em vista a presente desistência parcial e a impetração de novo *habeas corpus*, instruído adequadamente para a apreciação desta questão específica.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Não conheço do pedido de trancamento da ação penal por atipicidade dos fatos nela imputados ao Paciente (art. 288, CP “quadriha ou bando”), porque a matéria não foi objeto de decisão na segunda instância.

Considerando, ainda, a desistência parcial formulada na última petição dos Impetrantes, deixo de examinar a questão pertinente à ilicitude da prova obtida via interceptação de comunicação e dados, em toda a sua extensão.

Passo, assim, ao exame do único pedido subsistente: o de trancamento do inquérito policial, ou eventual ação penal, por inexistência de lançamento definitivo de imposto devido por empresa ou empresas do Paciente.

Afirmam os Impetrantes que (fl. 3):

1. “nenhuma empresa do Paciente” foi citada no requerimento de busca e apreensão;

2. “nenhuma empresa pertencente ao Paciente” figurou na *notitia criminis* encaminhada pela Secretaria da Receita Federal à Procuradoria da República em Niterói-RJ.

Na extensa petição de *habeas corpus*, teria sido útil se os Impetrantes tivessem ao menos indicado o nome da empresa, ou empresas, de propriedade do Paciente. Não o fizeram.

Compulsando os autos, encontra-se referência a três empresas atribuídas ao Paciente ou, para usar da expressão do Delegado de Polícia Federal, a empresas “do Grupo” do Paciente — “Grupo do Marinaldo”, conforme trecho da representação pela prisão temporária. (Fl. 424)

São elas:

1. Disbetil (fl. 397 — representação do Delegado de Polícia Federal — e fls. 354/373);

2. Dicel (fl. 397 — representação do Delegado de Polícia Federal — e fls. 354/373);

3. PR Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda. (Fls. 300/315)

Com base na cópia documental juntada pelos próprios Impetrantes, das três empresas, apenas a PR Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda não é expressamente mencionada na representação assinada pelo Delegado de Polícia Federal (fls. 395/428).

Também assim, nenhuma documentação relativa à empresa Dicel, referida na representação, é juntada pelos Impetrantes.

No tocante às empresas Disbetil e PR, juntam os Impetrantes as seguintes cópias documentais (fls. 313/315 e 369/373):

— empresa PR:



1. consulta pública ao cadastro de contribuintes de ICMS do Estado do Rio de Janeiro, datada de 17.06.2005, situação cadastral vigente “habilitado”, regime de apuração do ICMS “normal”;

2. comprovante de inscrição e situação cadastral “ativa” no cadastro de contribuintes do ICMS;

3. certidão “positiva de débito com efeitos de negativa” para com a Previdência Social, com validade até 14.07.2005.

— empresa Disbetil:

1. comprovante de inscrição e situação cadastral “ativa” no cadastro de contribuintes do ICMS, emitida em 16.06.2005;

2. certidão negativa de débito para com a Previdência Social, com validade até 14.06.2005;

3. certidão negativa de débitos de tributos e contribuições federais, com validade até 16.12.2005.

O inquérito policial, cujo trancamento é requerido pelos Impetrantes, foi instaurado contra vários indivíduos, incluindo o Paciente.

Não há nos autos cópia da mencionada portaria de instauração do inquérito. (Fl. 9)

O que há são informações de que, depois de instaurado o procedimento investigatório, a autoridade policial requereu a quebra do sigilo bancário ao Juízo Federal de Itaboraí, fazendo referência à possível prática de outros delitos: “exportação fictícia, formação de quadrilha, através de utilização de empresas em nome de ‘laranjas’, notas fiscais ‘viajadas’ e ‘clonagem’ de placas, dentre outras.” (Fl. 216)

Não obstante a inexistência de cópia da portaria, é possível concluir-se, através de outros tantos elementos constantes dos autos, que a origem de todo o procedimento investigatório foi a notícia crime assinada pelo Chefe do Escritório de Pesquisa e Investigação na 7ª Região Fiscal, dirigida à Procuradoria da República em Niterói. (Fls. 53/56)

Ao teor desse documento, foram autuadas, na data de 14 de outubro de 2003, as empresas Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Rio de Janeiro S/A, Lippaus Distribuidora Ltda e Hahora Transportes Ltda, tendo sido, naquela oportunidade, lançado o crédito tributário inscrito no documento fiscal. (Fl. 55)

Ainda segundo a autuação, haveria, em tese, crime contra a ordem tributária “sonegação ou fraude” contra os Fiscos Estadual e Federal, “possivelmente em conluio.” (Fls. 51/56)

É de observar-se, à vista desse documento, que, realmente, nenhuma das três empresas atribuídas ao Paciente (PR, Disbetil e Dicel), até o momento, foi atuada.

Também não há notícia de que houve lançamento de tributo devido por tais empresas — situação que é admitida pelo Tribunal *a quo*, como se pode constatar dos termos do acórdão.

In casu, pela inexistência de autuação ou procedimento administrativo-fiscal — no tocante às mencionadas empresas de responsabilidade do Paciente —, não há, em consequência, como se justificar eventual procedimento penal investigatório pela prática de “sonegação de imposto”, por parte dessas mesmas empresas.

O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, como também o meu entendimento pessoal a respeito do assunto, é de que não há justa causa para a persecução penal pela prática de crime definido no art. 1º, da Lei n. 8.137/1990 (“suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório”), antes do lançamento definitivo do crédito tributário.

São muitos os precedentes que podem ser apontados neste sentido: RHC n. 14.744, Relator Ministro Paulo Medina; HC n. 36.754, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa; HC n. 39.268, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima; REsp n. 610.136, Relator Ministro Laurita Vaz; HC n. 42.094, Relator Ministro Paulo Medina; REsp n. 789.506, Relatora Ministra Laurita Vaz.

Trata-se da mesma posição dominante no Supremo Tribunal Federal, como demonstra o Ministério Público em sua manifestação (por todos, os seguintes: HC n. 81.611-DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 22.10.2003; e HC n. 83.901-SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 06.08.2004).

Assim, têm razão os Impetrantes quando afirmam constrangimento ilegal decorrente do indiciamento do Paciente, por crime de sonegação de imposto atribuível às empresas que legalmente representa e que foram aqui especificadas.

Impõe-se o trancamento do inquérito policial em curso, no que respeita aos supostos ilícitos penais de natureza tributária, porque não exaurida a via administrativa.

Uma observação a respeito do mesmo assunto.

A matéria fática, pelo que se pode perceber até o advento da denúncia, já não estava restrita ao exame de infração penal de autoria do Paciente, na condição de dirigente societário, mas diz com a possível contribuição dele, talvez por intermédio de suas empresas, em delitos tributários em tese imputáveis às empresas atuadas, sobretudo a Primo Schincariol, do Grupo Schincariol,



mencionado pela autoridade policial como representante do “topo da pirâmide hierárquica” de uma suposta “organização criminosa.” (Fl. 425)

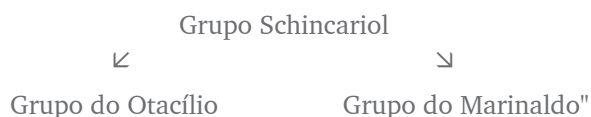
Desde a representação pela prisão temporária, parece, ao que se vê dos documentos disponíveis, que a Polícia Federal considera a hipótese de união de empresários na sonegação atribuída ao “Grupo Schincariol”.

Não é outra a hipótese afirmada na *notitia criminis* já referida.

Afirma o Delegado de Polícia Federal (fls. 424/425):

“(…) Diante de todos os elementos colhidos durante as investigações, pode-se concluir que os crimes aqui apurados são perpetrados por uma grande Organização Criminosa, voltada principalmente para a sonegação de tributos, através de diversas práticas irregulares, corrupções de agentes públicos, falsidades, constituição de empresas em nome de interpostas pessoas (“laranjas”), e outros crimes conexos.

A Orccrim não possui fronteiras, e está muito bem estruturada hierarquicamente, podendo ser subdividida, no momento do presente trabalho, na forma abaixo:



E prossegue a autoridade:

“Obs.: Esse simplório diagrama supra não tem finalidade de exaurir os grupos existentes que atuam da mesma maneira com a Schincariol, apenas citamos aqueles em que diretamente focalizamos nas investigações. Assim, apesar de não termos aprofundado, temos conhecimento de outros grupos que agem ou agiam nos mesmos moldes que os dois destacados, podendo citar, como exemplo: Grupo Ruzzon, Grupo do Colorado (Roque), Grupo Meneghetti, Grupo Walter Farias (este mencionaremos mais detalhadamente oportunamente), etc.”.

E mais adiante, arremata (fl. 425):

“Os dirigentes do Grupo Schincariol estão no topo da pirâmide hierárquica e, para dissimular as suas atividades, utilizam-se desses dois outros sub-grupos, dentre outros que não foram objetos de investigação, para alcançar os seus objetivos de fraudar o Erário público”.

Vê-se, com base nos excertos transcritos, que a figura da “organização criminosa”, ou figura similar como, por exemplo, a do concurso de pessoas, estão, pelo menos em tese, amparadas pela fala da autoridade policial.

Daí porque não deve ser descartada a hipótese de que o Paciente, na condição de dirigente societário, a despeito de não existir autuação de suas empresas, possa figurar como concorrente numa suposta sonegação de imposto devido por outrem.

Ou seja, a situação do Paciente no inquérito pode ser, em tese, até mesmo a de “partícipe” em supostos delitos atribuíveis aos representantes das empresas expressamente indicadas no documento fiscal — único documento fiscal juntado nos autos.

Faço esses registros, porque o “enfoque” da impetração é quanto à ausência de autuação fiscal contra o Paciente, sem cogitação sobre a circunstância de que sua concorrência para o descumprimento da obrigação tributária de outras empresas — que não as “suas” próprias — dispensaria por completo o exame quanto à eventual lançamento de tributo devido por estas últimas.

Diante de uma possível convergência de ações em direção ao mesmo fim, a questão se desloca para a verificação quanto à existência ou não de lançamento tributário definitivo no que toca às empresas expressamente mencionadas na notitia criminis, ou no documento de autuação fiscal — em que foi lançado o crédito tributário, em 2003.

Se o Paciente não pode ser indiciado como suposto autor de sonegação de tributo, também não será indiciado como partícipe desse mesmo delito, até que o crédito tributário se torne líquido, certo e exigível.

Concilio-me inteiramente com a tese jurídica sustentada pelos Impetrantes. Diante da ausência de condição objetiva de punibilidade pela inexistência de tributo em concreto, verifica-se a falta de justa causa para a persecução penal.

Não vou me alongar nas considerações de direito, no tocante aos argumentos constantes do acórdão para afastar a condição objetiva de punibilidade, embora discorde da maior parte dos conceitos e conclusões teóricas ali inseridas.

Quero ainda observar o seguinte:

1. Primeiro: os meios fraudulentos previstos nos incisos do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, meras circunstâncias do tipo, estão fora do núcleo das figuras de sonegação, pois guardam uma relação acessória e finalística com a conduta tipificada que é “suprimir” ou “reduzir” tributo.

Se não há sonegação antes de afirmada a obrigação tributária, os meios fraudulentos ali identificados tornam-se totalmente irrelevantes para o efeito da integração típica de qualquer uma das figuras do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990.



Podem, em tese, e independentemente do resultado expresso no *caput* do art. 1º, “suprimir ou reduzir tributo”, constituir outras hipóteses típicas como, por exemplo, aquelas lesivas ao bem jurídico “fé pública”, mas, nesse caso desaparece a “sonegação” propriamente dita.

Por isso, equivocada o entendimento expresso na ementa de julgamento do *writ* originário, de que a norma do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, “não se limita a apenas exigir o cumprimento da obrigação tributária”.

Está ali definido o crime de “sonegação fiscal”, na tutela do bem jurídico “ordem tributária”.

Oculto na parte descritiva do tipo, o preceito é, sem dúvida, “não suprimir e não reduzir” tributo. O comando normativo é, sim, ao contrário do entendimento do Tribunal *a quo*, no sentido do cumprimento da obrigação tributária, e nenhum outro.

Deve o agente abster-se de violar o preceito normativo, pela utilização dos meios descritos no tipo.

Todas as circunstâncias descritas nos cinco incisos do art. 1º são “meios” para a prática da sonegação, na expressa dicção da norma: “mediante as seguintes condutas”, em que a preposição “mediante” está a significar “por meio de”; “por intermédio de”.

Por isso mesmo, equivoca-se também a Corte Federal, quando afirma a possibilidade de investigarem-se os “meios” independentemente da concretização do “fim”, ou seja; do resultado “sonegação” (fl. 537, vol. 2):

“Por mais que o lançamento traga a certeza sobre o conteúdo da obrigação tributária, não é ele que busca a certeza sobre a existência do emprego de algum dos meios fraudulentos previstos nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/1990”.

Se, por um lado, “a certeza sobre o conteúdo da obrigação tributária”, pela existência do lançamento definitivo, não leva à certeza quanto à prática do crime, sendo indispensável a análise quanto aos demais elementos constitutivos do ilícito penal; por outro lado, a afirmação dos demais elementos de definição do tipo torna-se totalmente inútil, para o aperfeiçoamento da “sonegação”, diante da inexigibilidade do tributo ou antes que este se torne exigível.

Essa última conclusão, parece-me, é de uma clareza solar.

2. Segundo: somente com o lançamento definitivo do crédito tributário pode-se falar na existência de tributo em concreto, ou seja, “exigível”, e nessa qualidade, passível de supressão ou redução.

Antes disso, o que se tem é o tributo *in abstracto*, um conceito inservível aos fins do Direito Penal.

Daí porque, mais uma vez, equivoca-se o Tribunal *a quo*, ao afirmar:

“O art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/1990 dispõe sobre a supressão ou a redução de *tributo*, e não suscita nenhum juízo de valor sobre elemento do tipo. É, portanto, *elemento descritivo de cognição conceitual*. O conceito de tributo se obtém da lei (art. 3º do CTN), e sua ontogênese está contida na situação de fato que, existindo e se enquadrando na hipótese prevista em lei, dá origem à obrigação do contribuinte de pagá-lo. Razão pela qual, o lançamento definitivo, a cargo da autoridade fiscal estranha à prática do delito, não configura elemento normativo do tipo”, destaques no original.

Ressalto aqui uma divergência teórica profunda com a classificação que se dá ao elemento típico “tributo”.

Ora, que elemento, no tipo, não é de “cognição conceitual”?!

Conceito é o produto do pensamento humano, da faculdade mental de conceber, de compreender, de perceber, de conhecer, de teorizar.

Nesse sentido, tudo o que está na lei é redutível a algum conceito, embora não se possa dizer que as coisas se reduzam ao domínio da cognição conceitual.

O elemento normativo também é de “cognição conceitual”.

Só que o elemento normativo tem, à distinção daqueles elementos ditos simplesmente descritivos, uma carga valorativa ética ou jurídica que, imperioso ressaltar, nem sempre será indeterminada, porque pode corresponder a uma definição precisa, constante de uma outra norma legal.

É isso exatamente que se dá com os conceitos de “domicílio” ou “casa”, de “funcionário público” e de “tributo” — que nem por isso deixam de ser “normativos”.

Os §§ 4º e 5º do art. 150 do Código Penal delimitam o que se deve e o que não se deve entender como “casa”, para os efeitos conceituais requeridos pelo tipo penal da invasão de domicílio.

O art. 327, do CP, dá o conceito de “funcionário público”.

E, finalmente, o art. 3º do CTN exprime o conceito de “tributo”.

Todos esses elementos de cognição conceitual são normativos.

Não falta ao tipo do art. 1º da Lei n. 8.137/1990 o conceito de tributo que, no caso, é extraído da legislação extra-penal.

Esse conceito de tributo surge com o fato gerador e é abstrato, porque independe da exigibilidade ou inexigibilidade do tributo.



O conceito abstrato, entretanto, não é suficiente para justificar ou fundamentar a sanção penal, visto que a obrigação penal não é anterior à obrigação tributária, mas ao contrário, surge como um “reforço” diante do descumprimento daquela. Esse é o principal aspecto do caráter subsidiário da norma penal.

Por isso mesmo é que se diz que a condição para falar-se em “sonegação” está fora do tipo, é externa ao tipo, porque depende da verificação da exigibilidade do tributo — cujo conceito normativo, ninguém duvida, está na lei tributária.

São essas as duas observações que entendi convenientes.

Em conclusão, a ordem deve ser concedida para efeito de trancamento do inquérito, naquilo que respeita à investigação quanto à prática de delito tributário, até o exaurimento da via administrativo-fiscal.

Resta apenas acrescentar que, enquanto não cumprida a condição de punibilidade afirmada, permanece suspenso o curso do prazo prescricional, conforme vem decidindo o Supremo Tribunal Federal.

A propósito, confira-se o HC n. 81.611-DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 13.05.2005, p. 6:

“Ementa: I - Crime material contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADIn no MC n. 1.571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 — que é material ou de resultado —, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei n. 9.249/1995, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. *No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo*”. (Grifei)

Faz-se necessário, por fim, avançar um pouco mais na análise quanto à existência de justa causa, agora para a concreta ação penal, porque nesse momento já foi ofertada denúncia contra o Paciente e mais 77 (setenta e sete) outros acusados, de nacionalidade brasileira e estrangeira, dentre advogados, contadores, fiscais fazendários, auditores fiscais, policiais militares, dirigentes, gerentes e empregados de empresas envolvidas.

Assim, oportuno examinar também os termos em que restou formalizada a imputação.

Depois de discorrer sobre a formação do Grupo Schincariol, o Ministério Público começa por afirmar (fl. 596, vol. 3):

“As investigações realizadas no inquérito policial que serve de base probatória a esta denúncia constataram que *foram montadas, em torno do grupo industrial em questão, duas enormes organizações criminosas voltadas para a prática de diversos delitos de sonegação fiscal e outros conexos, com o fim de maximizar os lucros em detrimento da fazenda pública*”. Destaquei.

Prossegue a denúncia (fl. 597):

“Uma dessas *quadrilhas* tinha operação na *distribuição dos produtos Schincariol*, sendo formada pelos responsáveis pelo grupo Schincariol e por *distribuidores considerados ‘parceiros’ do grupo*.”

A outra *organização criminosa* atuava de forma totalmente independente em relação à primeira, uma vez que *tinha como objetivo a prática de crimes como sonegação fiscal e conexos exclusivamente na compra de insumos pelo grupo Schincariol*”. Grifei.

Na seqüência, o MP abre o item 2 da denúncia, intitulado “da quadrilha formada na distribuição”, apontando vínculos entre a Schincariol e certas distribuidoras “parceiras”, “com o fim de sonegar tributos e dividir os lucros decorrentes de tal atividade criminosa.” (Fls. 597/607, vol. 3)

Desdobra-se o item 2 nos sub-itens 2.1., este denominado “das atividades do grupo do Otacílio”, e 2.2., “das atividades do grupo do Marinaldo” — o Paciente, considerado distribuidor “parceiro” da Schincariol, nos estritos termos da peça acusatória, “realizando as compras de produtos com subfaturamento e repartindo os lucros da sonegação com a diretoria da Schincariol com remessas de dinheiro em espécie.” (Fl. 604, vol. 3)

Essas condutas são mais bem descritas na denúncia a partir do item 2.3., desdobrado em 2.3.1., “das remessas de dinheiro pelos parceiros”; 2.3.2., “da exigência fls. 70/30”; 2.3.3., “do transporte das mercadorias adquiridas através



dos parceiros (da utilização de notas frias ou viajadas, da troca de placas, do carregamento sem o original da nota anterior)”.

O Paciente seria “proprietário de fato” de várias empresas em nome de “laranjas”, dentre elas a Disbetil Distribuidora de Bebidas Timbauense Ltda, a Subeal Surubim Bebidas e Alimentos Ltda, a Disbeal Distribuidora de Bebidas e Alimentos Ltda, Cocais Distribuidora de Bebidas Ltda, e Barbosa Distribuidora Norte de Bebidas Ltda. (Fls. 603/604, vol. 3)

Juntas, as empresas teriam movimentado um total de R\$ 443.818.035,66 (quatrocentos e quarenta e três milhões, oitocentos e dezoito mil, trinta e cinco reais e sessenta e seis centavos), em período de vendas que vai de abril de 2004 a março de 2005. (Fl. 604)

A partir do item 2.5., vê-se o relato de fatos classificados na denúncia como crimes de corrupção e, no item 3 e sub-itens, encontra-se descrição do que o MP chama de “da quadrilha das compras dos insumos”, sendo que, no último sub-item, o 3.2.1., acha-se a imputação de prática de falsidades materiais e ideológicas.

Em resumo, o MP classifica os fatos narradas na denúncia em “quadrilha ou bando” (art. 288, CP); “corrupção ativa” (art. 333, parágrafo único, CP); “corrupção passiva” (art. 317, § 1º, CP); “falsificação de documento particular” (art. 298, CP) e “falsidade ideológica. (art. 299, CP).

A individualização da conduta do Paciente está no sub-item 4.45 (fls. 708/709).

Vale transcrever *in totum* essa parte da denúncia:

“4.45. Marinaldo rosendo de albuquerque.

É o proprietário de fato ou de direito de diversas empresas, como a Disbetil Distribuidora de Bebidas Timbauense Ltda, *através da qual se associou aos diretores da Schincariol e a diversos outros denunciados para o cometimento de crimes de sonegação fiscal, na forma descrita acima.*

Marinaldo, que às vezes é tratado pela alcunha de ‘Mister M’, exerce intensa função de liderança na organização criminosa, através do controle das empresas em seu nome ou em nome de ‘laranjas’, como evidenciado em e-mails interceptados (fls. 422/425 do inquérito policial).

Também Marinaldo tratava diretamente com a diretoria da Schincariol sobre as atividades lícitas e ilícitas desenvolvidas.

Ressalte-se que algumas empresas de Marinaldo efetivamente mantêm atividades de distribuição de bebidas. Todavia, em busca do lucro fácil, especialmente através da Disbetil, que além do subfaturamento tinha obti-

do liminar para isenção de IPI, Marinaldo também operava como um ‘atravessador’ que comprova da fábrica e revendia, por vezes sem nota fiscal a terceiros, como, por exemplo, nas aquisições realizadas por Danilo Gamba.

Ademais, mesmo em sua atividade ‘regular’ de distribuição de bebidas, Marinaldo não deixava de se utilizar do subfaturamento outorgado pela condição de ‘parceiro’ da Schincariol, sonogando vultosas quantias.

Relembre-se que, segundo Micai, Marinaldo era o distribuidor ‘parceiro’ que remetia a maior quantidade de dinheiro à diretoria da Schincariol, cerca de R\$ 700.000,00 quinzenais.

Inequívoco, portanto, que Marinaldo atuava em posição de comando na organização criminosa montada para o cometimento de crimes nas atividades de distribuição de bebidas da Schincariol.

Assim, Marinaldo Rosendo de Albuquerque está incurso nas penas do art. 288 do CP”.

Vê-se que ao Paciente foi atribuída a ação típica do art. 288, do Código Penal — quadrilha ou bando —, na forma descrita na denúncia e para o específico fim de cometer crimes de sonegação fiscal.

Todavia, a prática de sonegação não é imputada nem ao Paciente e nem aos demais acusados.

Rigorosamente falando, *não há lugar para a tese invocada de ausência de condição objetiva de punibilidade* — lançamento definitivo —, fundamento original da impetração para o pedido de trancamento de “eventual futura ação penal”, *visto que a ação penal já instaurada não tem como objeto delito de natureza tributária*.

Sendo de sonegação fiscal, em último caso, os únicos delitos visados pela suposta quadrilha, poder-se-ia cogitar da inviabilidade de se propor a ação penal apenas e tão-somente pela prática do crime antecedente, o do art. 288, sem maior satisfação, por parte do autor da denúncia, quanto à concretização, por assim dizer, dos “delitos-fim”.

A questão, não há de ser discutida no bojo desta ação, pois, até o momento, não foi submetida ao crivo do Tribunal originariamente competente.

Bem.

Os Impetrantes tornam expresso o desinteresse — momentâneo, é claro — no exame da matéria sob esse enfoque, mas, tangenciando o assunto, não resistem à seguinte observação (fl. 567, vol. 3):



‘Apesar de ficar evidenciado que a denúncia capitula a acusação em formação de quadrilha com o intuito de, por via transversa, afrontar a jurisprudência do STF e do STJ (que não admite ação penal por crime tributário antes de concluída a via administrativa), este não é o objetivo da presente petição’, grifei.

O pedido de trancamento da ação penal já instaurada é embasado no argumento da ilegalidade da interceptação das comunicações, único meio investigativo utilizado pela Polícia Federal, somada “às razões do voto do Ministro Flaquer Scartezini (‘A finalidade lícita de exercer atividade comercial, em nada se coaduna com o tipo previsto no art. 288 do Código Substantivo’).” (Fl. 568)

Deixando escapar um argumento na linha da teoria conspiratória, requerem, *verbis*:

“o trancamento da ação penal contra o paciente, decorrente da operação que visou transformar empresários em quadrilheiros, atacando uma das mais sólidas indústrias nacionais, afetando o mercado em claro benefício da concorrente Ambev (gráficos das ações já juntados na reiteração de liminar)”.

Se bem entendi o raciocínio dos Impetrantes, a apontada ilegalidade da interceptação induz a nulidade da ação penal proposta com base nas provas obtidas nesta via e, por isso, é preciso, antes, enfrentar a tese da ilegalidade da interceptação.

O segundo requerimento formulado é, aliás, exatamente esse: a “anulação das gravações telefônicas”.

Ou melhor, em virtude da concessão da ordem para o fim de trancar inquérito ou ação penal (futura e eventual) por sonegação, também “*a extensão, de ofício, como consequência lógica jurídica, para anulação das gravações telefônicas* deferidas para a investigação de um ‘crime’ inexistente, já que faltava condição de punibilidade, o que ofende o art. 2º da Lei n. 9.296/1996, já que não há infração penal tributária antes do procedimento administrativo constituir o débito fiscal, evidenciando-se, assim, ferimento ao art. 2º, I, II, III, da Lei n. 9.296/1996”.

Aqui uma alteração face ao pedido original que ficava restrito à anulação dos dados obtidos por interceptação da comunicação entre clientes e advogados.

O que se pretende agora é a anulação de todos os elementos colhidos via interceptação.

De toda sorte, o primeiro requerimento está contido no segundo.

Essa tese — ilicitude dos elementos de prova que embasam a denúncia pela ilegalidade do meio da interceptação — constitui, como esclareceram os próprios Impetrantes, objeto de outro *habeas corpus*, o HC n. 57.624-RJ, do qual sou Relator.

Em virtude do segundo *habeas corpus*, deu-se a desistência parcial em relação a este pedido, de modo que, aqui, nada mais me compete examinar.

Enfim, como julgo haver demonstrado, assiste razão aos Impetrantes naquilo que diz respeito à ausência de justa causa para a persecução penal, por falta de condição objetiva de punibilidade, qual seja; o lançamento definitivo do crédito tributário.

Posto isso, concedo a ordem, para trancamento do inquérito policial, apenas no que pertine à sonegação fiscal, pela inexistência de tributo em concreto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nilson Naves: É indicada coatora autoridade judiciária de 2ª grau, Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que havia denegado a ordem lá impetrada, e da ementa do respectivo acórdão estou colhendo estes tópicos:

“2. A finalidade da norma penal contida no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, é reprimir a conduta de quem deixa de pagar o tributo devido por meio de informações ou declarações falsas, inserção de elementos inexatos em livro ou documentação fiscal, falsificação de documentos relativos a operações tributárias e utilização destes documentos, de modo a, pelo menos, adentrar o iter criminis do delito material do qual se trata. Não se limita, ela, a apenas exigir o cumprimento da obrigação tributária econômica.

(...)

4. Por mais que o lançamento traga a certeza sobre a existência do conteúdo da obrigação tributária, não é ele que busca a certeza sobre a existência do emprego de algum dos meios fraudulentos previstos nos incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/1990.

São características das condições objetivas de punibilidade: situarem-se fora do crime e do dolo do agente. Além disso, não devem guardar nenhuma relação — direta ou indireta — com a conduta típica objetiva e subjetiva. O pronunciamento definitivo da Administração sobre o conteúdo da obrigação tributária diz respeito a elementar do tipo penal e não pode ser equiparado à condição objetiva de punibilidade. Afinal, definir o conteúdo da prestação devida — tributo — suprimido ou reduzido, por ter sido empregada a fraude, é adentrar o exame de sua elementar típica.



(...)

6. Não se reconhece no pronunciamento definitivo da Administração sobre o crédito tributário derivado de fraude no pagamento de tributos, nenhuma das condições previstas em lei para o exercício da ação penal, de que trata o art. 43, III, última parte do CPP Precedentes do STJ.”

E, nestes autos, o que se alega em suma é que se decidiu “em frontal divergência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Pretório Excelso, mantendo o inquérito cujo principal foco é crime tributário, sem que se tenha concluído, ou mesmo que exista, qualquer procedimento tributário-administrativo em curso (...) carecendo, portanto, de condição objetiva de punibilidade”.

Atentemos para o pedido, formulado nestes termos: “... quanto ao suposto ilícito tributário, seja determinado o trancamento do inquérito, ou de eventual ação penal, por carecer este de condição objetiva de punibilidade”. E o Relator — Ministro Medina —, ao final de majestoso voto, concede assim a ordem: “... para trancamento do inquérito policial, apenas no que pertine à sonegação fiscal, pela inexistência de tributo em concreto.”

Sucedeu que denúncia foi oferecida, mas ao paciente lá foi imputado o crime de quadrilha ou bando — Código Penal, art. 288. Vindo tal acontecimento a estes autos, os impetrantes, com a notícia por eles trazida, alegaram (em resumo) e requereram o seguinte:

“Desejam, no entanto, ultrapassar o debate em relação a possibilidade ou não de acusação de formação de quadrilha como tipo autônomo com o único fim de sonegar tributo.

Apesar de ficar evidenciado que a denúncia capitula a acusação em formação de quadrilha com o intuito de, por via transversa, afrontar a jurisprudência do STF e do STJ (que não admite ação penal por crime tributário antes de concluída a via administrativa), este não é o objetivo da presente petição.

O que se busca com a presente petição é acentuar que a semente da chamada ‘Operação Cevada’, seu alicerce, é o fato da quebra de sigilo telefônico ter sido deferida em razão única e exclusiva de uma investigação quanto a delito tributário, sem que houvesse qualquer procedimento fiscal prévio (Doc. 3 da inicial).

Requerem, portanto, a concessão da ordem conforme pleiteado na inicial, para trancamento do inquérito e eventual ação penal quanto a delitos tributários, ‘evidente o constrangimento ilegal alegado’, conforme afirmação do MP, e em razão da concessão da ordem, a extensão, de ofício,

como conseqüência lógica jurídica, para a anulação das gravações telefônicas deferidas para a investigação de um ‘crime’ inexistente, já que faltava condição de punibilidade...”

Ora, quanto à condição objetiva de punibilidade, tais as colocações feitas pelo Relator, reparo algum tenho a fazer, mas — e aí vai a minha preocupação —, se o inquérito já terminou, se a ação penal já foi promovida e, ao ser promovida, imputou-se ao paciente não crime constante da Lei n. 8.137/1990 ou algo assemelhado, mas o crime de quadrilha ou bando, como o Superior Tribunal haverá, concretamente, de impedir o prosseguimento de algo que já terminou — o inquérito — ou de trancar ação que, especificamente, não versa a sonegação fiscal? Isto é, não estaríamos, em substância, decidindo em tese?

A propósito, nada impediria — em caso de eventual ação penal quanto ao delito tributário — a impetração de novo *habeas corpus* no Superior Tribunal.

Preliminarmente, julgo prejudicado o *habeas corpus*. Vencido na preliminar, acompanho o Relator, reportando-me, entre outros escritos meus, ao que escrevi para o HC n. 31.205 (Sessão de 02.09.2004).

HABEAS CORPUS N. 49.799-ES (2005/0187440-4)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Carlos Roberto Graciotti

Advogado: Dorio Antunes de Souza

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Paciente: Carlos Roberto Graciotti (preso)

EMENTA

Prisão preventiva. Pronúncia. Fundamentação (falta).

1. A preventiva e a oriunda de pronúncia são espécies de prisão provisória; delas se exige venham sempre fundamentadas. Ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

2. A superveniência de pronúncia não atrapalha o raciocínio referente à preventiva sem efetiva fundamentação. Quando existente a ilegalidade, vai à frente — protraí no tempo.



3. Gravidade abstrata do delito (crime hediondo) e circunstâncias do fato criminoso (comoção social) não justificam, por si sós, prisão de natureza provisória.

4. Caso de falta de precisa fundamentação, seja em relação à preventiva, seja quanto à prisão resultante da pronúncia.

5. *Habeas corpus* deferido para se revogar a prisão do paciente. Extensão dos efeitos aos co-réus.

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* com extensão dos efeitos aos co-réus, Richard Rodrigues Graciotti, Valdini Valter Alcântara Ribeiro Filho, Weber Lins Pereira, Rudson Borba e Zacarias Ribeiro Almeida, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Sustentou oralmente o Dr. Dório Antunes de Souza pelo paciente.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 27.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de *habeas corpus* de caráter substitutivo. Originariamente, ao Tribunal de Justiça foram prestadas estas informações pelo Juiz da comarca de Vila Velha:

“O respectivo Inquérito Policial (IP n. 143/2004) foi instaurado por força de Portaria, visando apurar a conduta do paciente Carlos Roberto Graciotti e demais envolvidos, por crime de homicídio qualificado, cometido contra a vítima Elson José Souza, em 31 de dezembro de 2004, por volta das 9 horas, no bairro Glória, em Vila Velha-ES, tendo o *Parquet* oferecido denúncia em face do referido por infração ao art. 121, § 2º, I, e IV, c.c. o art. 29, *caput*, ambos do CPB.

Aduz a denúncia que o paciente ‘Beto Graciotti’ concorreu a uma das vagas no legislativo local, visando sua reeleição, sucumbindo, entretanto, ante uma votação superior alcançada pela vítima Elson.

Desejoso em assumir o posto, o paciente tentou de todas as formas demover a vítima Elson de seu direito de assunção no cargo, inclusive vislumbrando a hipótese de nomeá-lo ao cargo de Secretário Municipal de Vila Velha-ES, cuja conjuminância passaria pelo crivo do Prefeito Municipal, em um acordo de ‘cavalheiros’.

Como não prosperaram as negociações, o ora paciente, visando prejuízos iminentes que lhe restariam (salário de vereador, verba de representação de gabinete, cargos de confiança em gabinete e na mesa diretora) concluiu que a questão somente seria sanada com a eliminação da vítima, o que para tanto, disponibilizou valores (aproximadamente R\$ 30.000,00) acionando, em seguida, o próprio filho, o denunciado Richard Graciotti, ao qual coube a contratação de intermediários e ajustes quanto a valores a serem pagos a título da empreitada criminosa.

Vale registrar que denúncia descreve com detalhes a conduta de cada acusado para o crime, sendo certo que a do paciente constituiu na disponibilização de valores em espécie, e no contato com o próprio filho (Richard Graciotti) que se comprometeu a intermediar a contratação dos executores do delito em questão.

(...)

A prisão temporária do paciente Carlos Roberto Graciotti foi decretada às fls. 439/440, a qual foi transformada em prisão preventiva as fls. 575/576.

(...)

Em alegações finais o Parquet, às fls. 1.459/1.466, ocasião em que requereu a pronúncia do paciente nas sanções capituladas na denúncia. Enquanto que a defesa da paciente, às fls. 1.567/1.572, requereu a sua impronúncia.

A sentença que pronunciou o acusado Carlos Roberto Graciotti nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. o art. 29, ambos do CPB, e demais envolvidos foi proferida às fls.”

Por acórdão de ementa que se segue, o Tribunal de origem denegou a ordem (05.10.2005):

“1. Os requisitos e elementos necessários à decretação da prisão preventiva, conquanto subjetivos, devem ser analisados com base em elementos concretos existentes nos autos concernentes à complexidade do crime, à reprovação social, à hediondez, à forma de cometimento, etc. Cabe evitar,



outrossim, o chamado ‘exercício de futurologia’, expressão em voga no egrégio Superior Tribunal de Justiça, para não se pautar o decreto preventivo em elementos exclusivamente abstratos.

Sendo assim, a detida análise dos autos comprova que o Juízo *a quo*, ao decretar a custódia preventiva do Paciente, pautou-se acertadamente nos requisitos necessários a tal mister, encontrados no art. 312 do CPP, razão pela qual não deve ser concedida a ordem para se revogar o decreto de prisão.

2. As condições pessoais do Paciente, dentre elas o fato de ser réu primário, empresário, vereador, possuir bons antecedentes e residência fixa, não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, desde que outros elementos recomendem as prisões processuais, como no caso em análise.

3. Como versa o princípio da confiança nos Juízes, os magistrados, que estão próximos à lide, têm melhores condições de avaliação da necessidade ou não da segregação preventiva, quando confrontados com o caso concreto.

4. Incabível, pois, a concessão da liberdade provisória, sendo vedado ao Paciente, igualmente, qualquer saída para participação em quaisquer atividades no seio da Câmara Municipal de Vila Velha, máxime para participar de sessões legislativas, sejam ordinárias, sejam extraordinárias, o que afrontaria a custódia preventiva contra ele decretada.

5. Ordem denegada, à unanimidade.”

São as seguintes as alegações do impetrante, às quais foi acrescentado o pedido abaixo:

“a) a prisão temporária foi decretada após anterior indeferimento de representação nesse sentido — aquele sim, fundamentado juridicamente — que condicionava o decreto ao surgimento de provas;

b) sem qualquer fato novo, a prisão temporária foi decretada para ‘garantir a produção de prova’, o que equivale a confissão de inexistência de indícios suficientes de autoria capazes de ensejar a apreciação da existência ou não dos requisitos da prisão cautelar, ficando clara a ausência de fundamentação válida;

c) a prisão temporária foi convertida em preventiva sem qualquer fundamento válido ou fato novo, assentando-se meramente em discurso autoritário e desprovemento de juridicidade;

d) o mesmo sucedeu quando da sentença de pronúncia e no v. acórdão.

(...)

(...) requer o *writ* para revogar a prisão mantida pela r. sentença de pronúncia (recorrida), determinando-se incontinentemente a expedição de alvará de soltura, o qual, se concedido, deverá ser enviado...”

Assim despachei em 09.11.2005: “Conquanto tenha sido destacado pedido de ordem liminar, hei por bem submetê-lo à Turma. Para tanto, indispensável, antes, haja parecer ministerial.”

Vieram-me os autos com este parecer da Subprocuradora-Geral Lindôra Maria:

“Mister examinar, antes do mais, em que termos foi decretada a prisão do ora paciente pelo juízo monocrático, a fim de avaliar-se se houve ou não fundamentação bastante para a manutenção do cárcere (fl. 29):

(...)

O entendimento exarado na decisão supra referida foi esposado também pelo Tribunal *a quo* e, salvo melhor juízo, deve ser mantido.

Consoante lê-se em diversos trechos das peças dos autos, há fortes indícios de autoria e prova de materialidade do gravíssimo crime cometido pelo ora paciente, delito este de natureza hedionda e, por isso, insuscetível de liberdade provisória.

Demais disso, presentes estão os requisitos do art. 312 do CPP, conforme bem ressaltado pela decisão de primeira instância e corroborado pelo Tribunal capixaba.

Sendo assim, razão alguma há para a cassação do decreto prisional, determinado em decisão fundamentada, de acordo com o art. 93, IX da CRFB/1988 e com o art. 312 do CPP

Opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O relatório deu, ao que penso, a real dimensão do caso. O que foi trazido à consideração do Superior Tribunal foi o decreto de prisão preventiva, datado de 15.08.2005, de termos seguintes:

“A autoridade policial deu por concluído os autos do Inquérito Policial representando pela Prisão Preventiva dos acusados Richard Rodrigues



Graciotti, Carlos Roberto Graciotti, Valdini Valter Alcantara Ribeiro Filho, PM Weber Lins Pereira e Rudson Borba ou Hudson Borba, vulgo 'Rudinho' e Zacarias Ribeiro Almeida.

Com vista ao Ministério Público manifestou-se no sentido que irá apresentar denúncia no dia 18 de abril do corrente ano, segunda-feira, opinando pela decretação da prisão preventiva em desfavor dos acusados supracitados.

Dito isto. Decido.

Analisando os autos, entendo que os elementos colhidos nos autos demonstram *quantum satis* as circunstâncias contidas na lei para a concessão desta medida de terem praticado homicídio doloso contra a vítima Professor Elson José de Souza no dia 31 de dezembro de 2004.

O fato foi apurado perante a Autoridade Policial e pelas provas colhidas, tudo indica serem os acusados os autores do crime. Acresça-se a isso o fato de que existem fundadas razões, conforme consta dos autos, de que soltos os denunciados poderão se furtar a possível aplicação da lei penal, havendo, portanto, extrema necessidade da medida acauteladora para assegurar a aplicação da Lei Penal.

Homicídio desta natureza causa temor aos jurisdicionados, comoção social e insegurança à comunidade, ante o crescimento vertiginoso da criminalidade, oferecendo, se solto estiverem, real perigo à sociedade, além de colocar em risco a ordem pública, a instrução processual e a aplicação da lei penal.

Isto posto, presentes os pressupostos legais, transformo a prisão temporária de Richard Rodrigues Graciotti, Carlos Roberto Graciotti, Valdini Valter Alcantara Ribeiro Filho, PM Weber Lins Pereira e Rudson Borba ou Hudson Borba, vulgo 'Rudinho', qualificados nos autos, em prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 311 e 312 do Código de Processo Penal.

Ressalta-se que a prisão preventiva de Zacarias Ribeiro Almeida já foi decretada nos autos.”

Há pronúncia, oportunidade em que lá se escreveu o seguinte: “Mantenho presos os acusados, consoante o art. 408, § 1º, do CPP, porquanto o crime em questão, sendo hediondo, não é suscetível de liberdade provisória, *ex vi* do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990.”

A questão está em saber acerca da fundamentação, isso porque há escritos constitucionais e legais segundo os quais I - ninguém será preso senão por ordem

escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente e II - a prisão preventiva será sempre fundamentada.

O conceito que tenho da decisão de 15.08.2005 é o de que lhe faltaram reais fundamentos. Há, nela, a meu juízo, presunções, a presunção, por exemplo, de que, soltos, “os denunciados poderão se furtar a possível aplicação da lei penal”. Há, também, aspectos abstratos, por exemplo, “causa temor aos jurisdicionados, comoção social”. Tal o contexto, há de vir a pêlo, de acordo com o meu entendimento, a ementa que escrevi para o HC n. 41.182 (DJ 05.09.2005), ei-la:

“Prisão preventiva. Pronúncia. Fundamentação (falta).

1. A preventiva e a oriunda de pronúncia são espécies de prisão provisória; delas se exige venham sempre fundamentadas. Ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

2. A superveniência de pronúncia não atrapalha o raciocínio relativo à preventiva sem efetiva fundamentação. Quando existente a ilegalidade, vai à frente — protraí no tempo.

3. Gravidade e circunstâncias do fato criminoso (clamor público), bem como a proteção à integridade física dos acusados, não justificam, por si sós, prisão de natureza provisória.

4. Caso de falta de precisa fundamentação, tanto em relação à preventiva quanto à resultante da pronúncia.

5. Caso, também, em que não mais se justifica, pelo excesso de tempo, prisão de cunho provisório.

6. *Habeas corpus* deferido para se revogar a prisão.”

Voto, pois, pela concessão da ordem com o intuito de revogar a prisão do paciente. Estendo os efeitos da concessão aos co-réus.

HABEAS CORPUS N. 51.029-PE (2005/0205343-1)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrantes: Fernando José Alves de Souza e outros

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: Fernando José de Araújo Coutinho (preso)

Advogado: Alexandre Ventin

EMENTA

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Incompetência do juízo. Inocorrência. Preventiva. Falta de motivação. Legalidade da constrição cautelar.

1. A conexão de meio e fim entre os ilícitos penais, objeto de processos distintos, determina a unidade de Juízo, cuja competência deve ser afirmada.

2. O provimento cautelar previne a competência do Juízo para a ação penal.

3. Ajustada a prisão preventiva à lei, no que tange aos seus pressupostos e motivos, é de rigor a sua preservação.

4. 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, prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro-Relator denegando a ordem, no que foi seguido pelos Srs. Ministros Paulo Gallotti, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves, a Turma, por unanimidade, denegou o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 7 de março de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 20.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, denegando *writ* impetrado em favor de Fernando José de Araújo Coutinho, preservou-lhe a prisão preventiva decretada no processo da ação penal a que responde como incurso nas sanções dos delitos tipificados nos arts. 180, 297, 288, 304 e 305, combinados com o art. 69, todos do Código Penal, e 14 da Lei n. 10.826/2004, em acórdão assim ementado:

“Processual Penal. *Habeas Corpus*. Decreto Preventivo. Juiz que antecede aos demais igualmente competentes na prática de qualquer ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa está prevento para conhecer dos demais atos processuais. Decreto preventivo que tem por fundamento a necessidade de se dar continuidade às averiguações de provas, que poderão se obstadas pelo agente, cujo delito demonstrando gravidade na forma de agir, visa exatamente obstaculizar a Justiça, ameaçando a ordem pública, obedece aos parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal, não podendo ser infirmado. Denegou-se a ordem por unanimidade.” (Fl. 162)

São estes os fundamentos da impetração:

a) nulidade da prisão preventiva do paciente, eis que decretada por autoridade incompetente, pois os requerimentos policiais de mandados de busca e apreensão e representação de prisão preventiva não passaram pela distribuição, como é da norma do art. 75 do Código de Processo Penal, sendo “diretamente encaminhados à terceira vara criminal da comarca de Olinda e esta através da sua juíza titular, os deferiu e determinou o cumprimento do mandado de busca e apreensão, além da decretação da prisão temporária e agora da preventiva contra o paciente”. (Fl. 12)

Alega que ocorreu “um verdadeiro atropelo de normas administrativas — regimental e processual penal, no que pertine à competência por distribuição (art. 75 do CPP), pois não se tratava de expediente de plantão, em que somente a Sr^a. Dr^a. Juíza de Direito da 3^a Vara Criminal estivesse no seu ofício de julgadora única, para que tomasse as medidas judiciais que fez, mas de todo um complexo de varas criminais, que compreende 3 (*três*) Varas Criminais, além da Vara Privativa do Júri da referida Cidade /Comarca.” (Fl. 6)

b) ausência de fundamentação no decreto prisional “a uma porque, o Juízo de valor emprestado para a segregação do Paciente, funda-se em conjecturas, ou meras suposições de que solto poderá vir a perturbar a instrução criminal, ou ainda, tentar burlar a aplicação da lei penal futura; a duas porque, não fora demonstrado, concretamente em que consistiria a efetiva e real ocorrência causada exclusivamente por ato do paciente, para desestabilizar a ordem pública, influir na colheita de prova, ou ainda, tonar ineficaz a aplicação da lei penal futura, uma vez que, conforme a doutrina e a orientação jurisprudencial vigentes, faz-se mister que seja apontado de que forma e modo estariam violados aqueles pressupostos; e, a três porque, não pode e não deve ser decretada prisão preventiva de quem quer que seja, apenas e tão somente levando-se em consideração



a gravidade do delito, mesmo naqueles rotulados de hediondos, o que não se afigura na espécie *sub judicis*.” (Fls. 14/15)

Postula a declaração de nulidade dos atos “praticados pela autoridade aqui, respeitosamente apontada como coatora, já que incompetente, na forma do art. 564, inciso I, do CPP” (fl. 20) e a revogação da prisão cautelar do paciente.

Liminar indeferida. (Fls. 106/107)

Informações prestadas. (Fl. 146)

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim sumariado:

“Competência jurisdicional: Prevenção e conexão. Crime de tráfico e utilização dos respectivos autos. 1. O conhecimento anterior do fato pelo juiz (art. 83 do CPP), que o torna prevento para o processo, é o conhecimento formal, que lhe é dado pelas partes, através de um pedido de providência cautelar; e não o conhecimento meramente fático que o juiz tenha, ainda que no exercício da jurisdição (no caso, constatação de que os autos foram extraviados). 2. Mas, se o crime de inutilização dos autos foi praticado para conseguir impunidade relativamente ao crime de tráfico, o juízo que é competente para este processo também é competente com relação àquele, em face da norma de conexão prevista no art. 76, II, do CPP

Prisão Preventiva: Motivos Ensejadores. Fundamentação. A demonstração do potencial criminógeno da associação entre pretense advogado e supostos clientes, que, na realidade, seriam solidários na prática de crimes, planejamento, inclusive, subornar membro do Poder Judiciário e do Ministério Público, fundamenta a necessidade da prisão preventiva, como garantia da ordem pública.

Parecer no sentido de ser denegada a ordem requerida.” (Fl. 182)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, *habeas corpus* contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, denegando *writ* impetrado em favor de Fernando José de Araújo Coutinho, preservou-lhe a prisão preventiva decretada no processo da ação penal a que responde como incurso nas sanções dos delitos tipificados nos arts. 180, 297, 288, 304 e 305, combinados com o art. 69, todos do Código Penal, e 14 da Lei n. 10.826/2004, em acórdão assim ementado:

“Processual Penal. *Habeas Corpus*. Decreto Preventivo. Juiz que antecede aos demais igualmente competentes na prática de qualquer ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa está prevento para conhecer dos demais atos processuais. Decreto preventivo que tem por fundamento a necessidade de se dar continuidade às averiguações de provas, que poderão se obstadas pelo agente, cujo delito demonstrando gravidade na forma de agir, visa exatamente obstaculizar a Justiça, ameaçando a ordem pública, obedece aos parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal, não podendo ser infirmado. Denegou-se a ordem por unanimidade.” (Fl. 162)

São estes os fundamentos da impetração:

a) nulidade da prisão preventiva do paciente, eis que decretada por autoridade incompetente, pois os requerimentos policiais de mandados de busca e apreensão e representação de prisão preventiva não passaram pela distribuição, como é da norma do art. 75 do Código de Processo Penal, sendo “diretamente encaminhados à terceira vara criminal da comarca de Olinda e esta através da sua juíza titular, os deferiu e determinou o cumprimento do mandado de busca e apreensão, além da decretação da prisão temporária e agora da preventiva contra o paciente.” (Fl. 12)

Alega que ocorreu “um verdadeiro atropelo de normas administrativas — regimental e processual penal, no que pertine à competência por distribuição (art. 75 do CPP), pois não se tratava de expediente de plantão, em que somente a Exma. Sr^a. Dr^a. Juíza de Direito da 3^a Vara Criminal estivesse no seu ofício de julgadora única, para que tomasse as medidas judiciais que fez, mas de todo um complexo de varas criminais, que compreende 3 (*três*) Varas Criminais, além da Vara Privativa do Júri da referida Cidade /Comarca.” (Fl. 6)

b) ausência de fundamentação no decreto prisional “a uma porque, o Juízo de valor emprestado para a segregação do Paciente, funda-se em conjecturas, ou meras suposições de que solto poderá vir a perturbar a instrução criminal, ou ainda, tentar burlar a aplicação da lei penal futura; a duas porque, não fora demonstrado, concretamente em que consistiria a efetiva e real ocorrência causada exclusivamente por ato do paciente, para desestabilizar a ordem pública, influir na colheita de prova, ou ainda, tonar ineficaz a aplicação da lei penal futura, uma vez que, conforme a doutrina e a orientação jurisprudencial vigentes, faz-se mister que seja apontado de que forma e modo estariam violados aqueles pressupostos; e, a três porque, não pode e não deve ser decretada prisão preventiva de quem quer que seja, apenas e tão somente levando-se em consideração



a gravidade do delito, mesmo naqueles rotulados de hediondos, o que não se afigura na espécie *sub judicis*.” (Fls. 14/15)

Denego a ordem.

É que o fato crime da subtração do processo, cuja restauração foi determinada, e aqueloutro, antecedente, objeto do feito subtraído, cuja impunidade se está a pretender, guardam relação de meio de fim, o que impõe a afirmação da competência do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Olinda-PE, por prorrogação.

Não é outra a regra do art. 76, inciso II, do Código de Processo Penal, *verbis*:

“Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;” (nossos os grifos).

Demais disso, foi também o Juízo da 3ª Vara Criminal de Olinda que deferiu as medidas cautelares de busca e apreensão e interceptação telefônica, idôneas à produção da prevenção de que trata o art. 83 do Código de Processo Penal, a determinar a distribuição por dependência do inquérito policial que fundou a ação penal a que responde o paciente.

A prisão preventiva, de seu lado, está fundada na concreta forma de agir do paciente, justificando sua constrição cautelar, por função de sua personalidade, na perspectiva da garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

A propósito, vale recolher a letra do *decisum* que indeferiu ao paciente a liberdade provisória:

“(…)

Inicialmente, entendo que os motivos que ensejaram a decretação da medida encontram-se perfeitamente embasados nas provas coligidas, decorrentes de quase três meses de investigações, inclusive com interceptação telefônica, onde se observa uma verdadeira trama sórdida para beneficiar clientes diversos, através de meios escusos, atitudes ilícitas, criminosas em perfeita associação com o crime, onde perfeitamente pode-se confundir a pessoa do criminoso com a do supostamente profissional do Direito, deixando de atuar, de forma lícita, adotando os mecanismos e recursos legais, previstos na legislação em vigor, optando por macular imagem de outros profissionais do Direito, associando-se a criminosos, fraudando provas, subtraindo provas, ‘fabricando’, documentos, ‘fabricando’ pseudo advogados, orientando-os, inclusive, como deveriam se portar e transitar dentro do

Fórum, a fim de não despertar suspeitas, fragilizando, inclusive, as autoridades ao colocarem, frente a frente, criminosos travestidos de advogados em contato com serventuários da Justiça, representantes do Ministério Público e Magistrados.

Digno de registro que, além desses métodos escusos, o pleiteante ainda estende os seus tentáculos para dentro do Sistema Prisional, conforme restou demonstrado na interceptação telefônica.

Da efetivação da busca e apreensão restou demonstrada a existência, e, por conseguinte, configuração de outros crimes, sobre os quais a autoridade policial já indiciou o pleiteante.

Tem-se que ainda há vários fatos a serem apurados, necessitando-se de dar-se continuidade à colheita de provas, inclusive de acareações que se fazem necessárias, onde, solto, o pleiteante, por certo, pretenderá dar continuidade aos seus métodos espúrios e ilegais, intimidando, ameaçando pessoas, a fim de livrar a sua responsabilidade.

Lembro ao nobre causídico, defensor constituído e designado para atuar na defesa do Sr. Fernando Araújo que a subtração dos autos apenas foi a quinta alternativa encontrada para defender os seus clientes presos por tráfico de drogas, sendo as anteriores não menos negras, odiosas, repugnantes e, principalmente, ao arrepio total da Lei.

(...)

Em vista do exposto, indefiro o pedido de concessão de liberdade ou de revogação da medida.

(...)” (Fls. 53/54)

E, ainda, a do acórdão impugnado:

“(...)

No que se refere ao fundamento do decreto preventivo este está satisfeito, à medida em que o Paciente fomenta distúrbio no regular processamento de autos, onde é ‘advogado’ de acusados de tráfico de drogas.

Entendendo-se, de acordo com os indícios demonstrados nas escutas telefônicas, cujo teor está demonstrado nestes autos, através do interrogatório do Paciente, o qual fora capaz de armar o extravio do processo, inclusive, escolhendo a pessoa para se passar por advogado, ‘fabrica’ a Carteira da OAB, chegando ao cúmulo de comparecer ao Fórum com o falso advogado para que ele se ambientasse no recinto, orientando-o como deveria se dirigir aos funcionários, para que não transparecesse nenhuma dúvida de



que, de fato, era um profissional do direito, é de temer pela ordem pública, diante do deboche que trata a Justiça, chegando-se, ainda, a concluir que o Paciente tudo fará para obstaculizar o processo a que responde, em decorrência dos fatos apurados, além de se furtar à aplicação da Lei Penal.

(...)” (fl. 172, nossos os grifos).

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 16.994-RS (2004/0170861-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Sigismundo Furstenau

Recorrentes: Jefferson Furstenau, Juliana Furstenau Stampe

Advogados: Ricardo Bernardes Machado e outros

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990). Crédito tributário (exigência). Esfera administrativa (Lei n. 9.430/1996). Condição objetiva de punibilidade. Nulidade (absoluta).

1. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei n. 9.430/1996, o prevalente entendimento é o de que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade.

2. Conseqüentemente, a ação penal pressupõe haja decisão final sobre a exigência do crédito tributário correspondente.

3. Quando de caráter absoluto, a nulidade não preclui nem se considera sanada; pode ser argüida em qualquer tempo e grau de jurisdição.

4. Precedentes da Sexta Turma do Superior Tribunal.

5. Recurso ordinário 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 Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 28.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Originariamente, o *habeas corpus* foi instruído com estas informações, prestadas em 03.09.2004:

“Em atenção ao ofício n. 524/2004, no qual Vossa Excelência solicitou informações para instruir o *Habeas Corpus* n. 70009573940, impetrado em favor de Sigismundo Furstenau, Jefferson Furstenau e Juliana Furstenau, cumpre-me informar-lhe o que segue:

Os pacientes, juntamente com outros dois réus, respondem ao Processo de n. 00117242652, pela prática do crime descrito no art. 1º, inciso II (inúmeras vezes), combinado com os arts. 11, *caput*, e 12, inciso I, ambos da Lei n. 8.137/1990, na forma do art. 71 do Código Penal.

A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público em 30.06.2004, tendo sido recebida em 05.07.2004, designando-se o dia 30.08.2004 para os interrogatórios.

Os interrogatórios foram realizados na data aprazada, de forma regular, sendo designado o dia 19.10.2004 data para a audiência de instrução.

Seguem em anexo cópias da denúncia, da decisão que a recebeu e dos termos de interrogatório dos pacientes, bem como de suas respectivas certidões de antecedentes.”

Foi a ordem denegada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nestes termos, resumidamente:

“Sem razão os impetrantes. A pendência de processo administrativo não impede a propositura da ação penal. Tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal têm entendido que o ajuizamento de ação penal, envolvendo os delitos tipificados na Lei n. 8.137/1990, independe de prévio esgotamento do procedimento administrativo-tributário instaurado. As bases para construção de um juízo administrativo sancionador são inconfundíveis com aquelas em que se funda a reprimenda penal.



Ademais, à luz do princípio da verdade real, objetos de análise da *persecutio criminis* são o fato imponível da obrigação tributária e a conduta do sujeito passivo, não o débito em si. Inadimplemento tributário não é crime. Assim, a princípio, é irrelevante a apuração do débito na esfera administrativa, pois o que a norma penal tributária busca coibir é a utilização de falsidades ou omissões, pelo sujeito passivo, com o ânimo de fraudar o fisco. Eventualmente, a decisão em uma área pode repercutir em outra.

Segundo jurisprudência majoritária, o art. 83 da Lei n. 9.430/1996 não determinou que a decisão final, no âmbito administrativo, seja condição de procedibilidade para a ação penal, quanto aos crimes contra a ordem tributária.

(...)

A análise da alegação de que os pacientes, por serem substituídos tributários, estariam eximidos da responsabilidade criminal pela sonegação do tributo, exorbita da cognição estreita e sumária do *habeas corpus*. É questão não conclusiva *primu ictu oculi*, que pede produção probatória e exame acurado, possível somente com o prosseguimento da fase instrutória.”

Daí o recurso ordinário, no qual se pleiteia seja trancada a ação penal que tramita na 11ª Vara Criminal de Porto Alegre. Valho-me destes tópicos das razões apresentadas pelos recorrentes:

“*Data maxima venia*, Srs. Ministros, a r. decisão recorrida deve ser reformada, eis que proferida ao arpejo da lei, da doutrina e da orientação jurisprudencial firmada tanto por esse egrégio Superior Tribunal Superior, como pelo colendo Supremo Tribunal Federal.

4. A impetração funda-se basicamente em dois argumentos de extrema relevância jurídica, que autorizam a obtenção de um provimento jurisdicional vocacionado à concessão da ordem postulada, a saber:

1. Necessidade de encerramento do processo administrativo fiscal para o oferecimento de denúncia criminal referente aos crimes contra ordem tributária, previstos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990;

2. Ilegitimidade passiva dos pacientes, enquanto substituídos tributários (sócios de empresa revendedora-concessionária de veículos), para serem demandados criminalmente por procedimentos adotados pelo substituto tributário (concedente-importadora de veículos) relacionados à determinação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária.

5. Para facilitar a compreensão dos fatos que ensejaram o oferecimento da denúncia criminal em desfavor dos pacientes, os recorrentes reportam-se à sinopse fática estampada na petição inicial, onde a matéria recebeu o devido tratamento, devendo ser considerada parte integrante destas razões recursais, evitando-se, assim a tautologia e o desnecessário acúmulo de papéis.”

Parecer ministerial consoante esta ementa:

“I - O art. 83 e seu parágrafo único, da Lei n. 9.430/1996, não condiciona a propositura da ação penal por crime tributário ao esgotamento da via administrativa fiscal, certo que para a formação da opinio delicti, quaisquer elementos probatórios legalmente conseguidos são válidos, prescindindo, inclusive, de inquérito policial ou mesmo da conclusão da ação fiscal para constatar que determinados fatos são criminosos. Precedentes dessa Corte.

II - O trancamento de ação penal somente se viabiliza quando pelo exame superficial da exposição dos fatos descritos na denúncia, se constata que há imputação de fato atípico ou ausência de qualquer outro elemento indiciário configurador da autoria.

III - Estando presentes, nos autos, elementos que identificam a autoria e a tipicidade da conduta dos réus, bem como presente a prova da materialidade, não há de se falar no trancamento da ação penal por falta de justa causa.

IV - Ademais, o *habeas corpus* constitui-se meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório — como a apontada ausência de configuração da autoria e da materialidade do delito, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da exordial acusatória.

V - Parecer pelo improvimento do recurso.”

A propósito da informação de que a esfera administrativa fora exaurida, datada de 03.02.2005, dei vista aos recorrentes, que assim se pronunciaram (1^o.06.2005):

“1. Com o intuito de ajudar no correto e justo julgamento do feito, vêm apenas lembrar que mesmo não sendo este o ponto crucial da defesa, quando do recebimento da denúncia, em 05.07.2004, o processo administrativo relativo à Sun Motors Comércio de Veículos Ltda, ainda não tinha sido definitivamente julgado, conforme fl. 381, o que já autorizaria a decretação de nulidade da Ação Penal em relação aos recorrentes.

2. A propósito, recentes decisões deste colendo Superior Tribunal de Justiça:



(...)

4. No mais, a efetiva procedência da imposição tributária ainda será devidamente discutida na esfera judicial.

5. É importante salientar, a fim de que este MM. Juízo não seja induzido em erro, que o argumento nuclear da impetração consiste na manifesta impossibilidade de se responsabilizar criminalmente o substituído tributário por procedimentos levados a efeito pelo substituto.

6. Assim, requerem seja dado prosseguimento ao feito com o consequente provimento do presente Recurso Ordinário.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Como se viu, data a denúncia de 30.06.2004, o seu recebimento, de 05.07.2004, e os interrogatórios, de 30.08.2004. Foi em 09.02.2005 que chegou à Seção de Protocolo do Superior Tribunal este ofício da Promotoria Especializada (Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul), embora quem atue no Superior Tribunal seja o Procurador-Geral da República ou o Subprocurador-Geral, mediante delegação do Procurador-Geral:

“Honra-me cumprimentar V. Ex^a. e, no ensejo, objetivando contribuir à plena cognição e ao julgamento do Processo n. 16.994 (RHC), solicito-lhe o recebimento e juntada da documentação em anexo aos autos mencionados.

Dito material, informa que o Auto de Lançamento n. 0001739549, lavrado contra a Brazil Trading Ltda e Sun Motors Comércio de Veículos Ltda, cujo conteúdo é veiculado no feito em julgamento, exauriu a via administrativa, restando mantida a imposição fiscal.”

Como se vê, quando teve início a ação penal, ainda não se havia esgotado a esfera administrativa, e a orientação do Superior Tribunal a propósito de tal assunto é a seguinte:

“Recurso em *habeas corpus*. Direito Penal e Direito Processual Penal. Crimes contra a ordem tributária. Exaurimento da instância administrativa. Recurso provido.

1. A falta de decisão final no processo administrativo, em tema de crimes contra a ordem tributária, impede a propositura da ação penal, com suspensão do prazo prescricional.

(Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal)

2. Recurso provido.” (RHC n. 13.569, Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 11.04.2005)

2. “Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Delito contra a ordem tributária. Alegação de inépcia da denúncia e falta de justa causa para a ação penal. *Quantum* devido. Procedimento administrativo. Ausência de decisão definitiva. Trancamento de ação penal. Possibilidade.

Não é inepta a denúncia que descreve, de forma objetiva, fato que, em tese, constitui crime.

A tipicidade das condutas de sonegação de tributo depende da existência do tributo em concreto, o que não ocorre antes do lançamento definitivo — que, por sua vez, é ato privativo da autoridade fiscal, agindo nessa condição, e somente após o lançamento definitivo, com a lavratura do auto de infração definitivo, é que o crédito se torna exigível.

Sendo o exaurimento do processo administrativo-fiscal de lançamento condição objetiva de punibilidade do delito tributário, a sua falta configura-se barreira intransponível ao para dar-se início à persecução penal, pois além de ensejar constrangimento ilegal, será de todo inútil.

Ordem concedida.” (HC n. 26.990, Ministro Paulo Medina, DJ 16.05.2005.)

3. “Crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990). Crédito tributário (exigência). Esfera administrativa (Lei n. 9.430/1996). Condição (objetiva de punibilidade).

1. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei n. 9.430, o prevalente entendimento é o de que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade.

2. Conseqüentemente, a ação penal pressupõe haja decisão final sobre a exigência do crédito tributário correspondente.

3. Precedentes da Sexta Turma do Superior Tribunal.

4. Ordem de *habeas corpus* expedida de ofício, ressalvada, porém, outra ação penal (se for o caso).” (RHC n. 16.791, Ministro Nilson Naves, DJ 21.03.2005.)

Quando intentada lá na origem, a ação não era para ter tido início, mas teve, e agora — a pergunta se impõe — é possível salvá-la se já esgotada a esfera administrativa? Entendo que não, que não é possível salvá-la; aliás, nem de salvação se pode mesmo aqui cogitar, pois, ao que entendo, estamos diante de algo



que, tendo nascido, nasceu morto ou que, tendo vindo à luz com sinais de vida, logo morreu. Tecnicamente, talvez mais saudável seja dizer que estamos em presença de nulidade absoluta, de nulidade que não é preclusível, e de nulidade que não é sanável, e de nulidade argüível em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Dou provimento ao recurso ordinário, de maneira que concedo a ordem para trancar a ação penal.

RECURSO ESPECIAL N. 702.500-BA (2004/0157507-9)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Ministério Público do Estado da Bahia

Recorrido: Sidiclei Santos Fróes

Advogados: Ana Carolina Landeiro Passos e outros

EMENTA

Política criminal. Pena de prisão (limitação aos casos de reconhecida necessidade). Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena (possibilidade). Art. 44 do Código Penal.

1. A norma penal prevê a possibilidade de se aplicarem sanções outras que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena do cárcere.

2. A disciplina da Lei n. 8.072/1990 e o disposto no Código Penal (art. 44) não são incompatíveis.

3. Em se tratando de delinqüente sem periculosidade, não há falar em óbice à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso pela alínea **c** e, por maioria, negar-lhe provimento

nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencidos os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, que fará declaração de voto, e Hélio Quaglia Barbosa. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 10.04.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi o recurso especial admitido pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia nestes termos:

“Interpôs o Ministério Público da Bahia recurso especial, com arrimo no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra decisão deste Tribunal, proferida, à unanimidade, pela egrégia Segunda Câmara Crime, em acórdão cuja ementa consta às fls. 123/124.

Alega o recorrente, objetivando viabilizar o apelo manifestado, contrariedade ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, e dissídio de jurisprudência restrito ao âmbito legal.

Houve contra-razões às fls. 150/155.

É o relatório.

O recurso merece prosperar.

Com relação ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, razão assiste ao recorrente, quando afirma:

‘O recorrido acima epigrafado foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas penas do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, tendo sido condenado a uma pena privativa de liberdade de três anos e três meses de reclusão e multa, substituindo-a pela prestação de serviços à comunidade, em regime aberto.

A representante do Ministério Público, inconformada com a substituição operada, apelou, sendo seguida no seu entendimento pela Procuradora de Justiça oficiante no feito.

A 2ª Câmara Criminal, porém, manteve o *decisum*, negando vigência ao art. 2º, § 1º, da Lei Federal n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), bem como dando ao dispositivo legal interpretação divergente da que lhe foi atribuído por outros Tribunais, especialmente



o Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar ao condenado por tráfico ilícito de entorpecentes a Lei n. 9.714/1998.

O referido artigo da Lei dos Crimes Hediondos determina que a pena por tráfico ilícito de entorpecentes deva ser cumprida integralmente em regime fechado, não sendo possível, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, significando uma burla ao preceituado naquela lei federal.

Assim, quando se trate de tráfico ilícito de entorpecentes, a pena aplicada na sentença não pode ser substituída por restritiva de direitos, em razão da obrigatoriedade do seu cumprimento integral no regime fechado. O referido texto legal não deixa margem de dúvida.’ (Fl. 137)

Possui, pois, a alegação de ofensa à mencionada norma uma carga de plausibilidade suficiente, por si só, para ensejar a admissão do recurso arriado na alínea **a**, do permissivo constitucional.

Pela alínea **c**, admissível, também, se apresenta o apelo, tendo em vista que o recorrente demonstrou a divergência existente entre o aresto censurado e os diversos julgados paradigmas trazidos à colação.

Em face do exposto, admito o recurso com amparo no art. 105, III, **a** e **c**, da Carta Magna.”

Parecer ministerial de acordo com esta ementa:

“Crime hediondo. Tráfico de substância psicotóxica. Pena restritiva de direito. Aos crimes legalmente definidos como hediondos e àqueles a tanto equiparados não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CP), porque, por força de lei, a respectiva pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado, o que se torna incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Parecer no sentido de ser dado provimento ao recurso.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Quando aqui julgávamos o HC n. 32.498, dizia eu que o Relator estava expedindo de ofício ordem de *habeas corpus* a quem fora condenado a 3 (três) anos por tráfico ilícito de substância entorpecente (Lei n. 6.368/1976, art. 12), a fim de que, na origem, fosse

substituída, a teor do que reza o art. 44 do Código Penal, a reclusão por pena restritiva de direitos.

Juridicamente, é possível a substituição tal qual ali a defendia o Relator? Ao que cuido, penso que sim, pois, na hipótese em discussão, há de vir a pêlo a disciplina inscrita no aludido art. 44.

Ora, não são de hoje nem de ontem, mas de anteontem os apelos no sentido de que se deve, por uma série de razões de todos nós amplamente conhecidas, incentivar sejam adotadas sanções outras para os denominados delinquentes sem periculosidade. Por exemplo, confirmam-se os seguintes tópicos de três exposições de motivos: I - “parece fora de dúvida que a gravidade da situação exige a imediata reformulação de alguns dispositivos legais, de modo a reservar o recolhimento a prisão para os criminosos de maior periculosidade, possibilitando aos estabelecimentos existentes dedicar-se com maior rigor àqueles cuja conduta representa mais acentuado perigo, quer para as pessoas, individualmente, quer para a sociedade, orientação que se coaduna com as recomendações de vários organismos internacionais” (Exposição de Motivos da Lei n. 6.416/1977); II - “esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma ‘procura mundial’ de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade” (Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal); III - “o espírito que norteou a Reforma de 1984 continua presente nesta parte, principalmente quando reafirmamos que ‘uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para crimes de pequena e média gravidade, se assim considerar o juiz ser medida justa. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade” (Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 3.473/2000, que altera a Parte Geral do Código Penal).

Então, se razão estritamente jurídica não houvesse, mas há, sem dúvida que há, razões de política criminal existem, ótimas e suficientes razões. Nos últimos dias — e isso já aconteceu em outros momentos, inclusive por meio de palavras minhas —, a imprensa escrita e falada dedicou páginas e páginas, palavras e palavras ao sistema prisional brasileiro, que passa, segundo as reportagens, “por uma crise sem precedentes”.



Confira-se, entre outras, a edição 316 da Revista Época, que constata, primeiro, que “cerca de 30% da população prisional poderia estar cumprindo penas alternativas. A aplicação não chega, porém, a 10% dos casos, enquanto na Europa atinge 70%”; segundo, que “a desorganização prolonga a estada de quem já podia ter saído da prisão”. Confira-se, também, o artigo de Janio de Freitas publicado na Folha de São Paulo de 06.06.2004, que afirma: “No Brasil enraizou-se a idéia de que a cadeia é escola do crime. Será a cadeia? Ou a escola do crime é a sociedade que, por suas representações políticas e institucionais, cria e preserva condições das quais o ser humano é levado a sair como ser desumano, se ainda não o era depois das experiências precedentes?”

Já disse, mais de uma vez, mais vale o Penal preventivo que o Penal repressivo; aliás, o agravamento das penas, por si só, não constitui fator de inibição da criminalidade. Estou entre aqueles que defendem a necessidade de um direito penal humanitário.

Tal o contexto, conheço do recurso pela alínea **c**, mas nego-lhe provimento.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, dou provimento ao recurso, com os fundamentos que lancei no Recurso em *Habeas Corpus* n. 16.657-SP que farei juntar aos presentes autos.

VOTO VENCIDO

Ementa

Recurso em *habeas corpus*. Direito Penal e Direito Processual Penal. Questão de ordem. Crime hediondo ou equiparado. Regime fechado. Vedação à progressividade. Constitucionalidade. Lei de tortura. Revogação. Inocorrência.

1. Em se tratando de modificação de entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do excelso Supremo Tribunal Federal, impõe-se a afetação do feito à egrégia Terceira Seção, visando à uniformização da jurisprudência (Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, art. 14, inciso II), recusada, contudo, sistematicamente pela maioria, embora persistente o pacífico entendimento diverso da Quinta Turma.

2. E se o fundamento de decisão que rompe com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, não há, embora sistematicamente o faça a maioria,

como negar à Corte Especial a competência para julgar a questão constitucional incidental.

3. A vigente Constituição da República, obediente à nossa tradição constitucional, reservou exclusivamente à lei anterior a definição dos crimes, das penas correspondentes e a conseqüente disciplina de sua individualização (art. 5º, incisos XXXIX e XLVI, primeira parte).

4. Individualizar a pena, tema que diz respeito à questão posta a deslinde, é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor, por função de seus fins retributivo e preventivo, que, assim, informam as suas dimensões legislativa, judicial e executória, eis que destinada, como meio, a sua realização, como é do nosso sistema penal.

5. A individualização legislativa da resposta penal, que se impõe considerar particularmente, e é conseqüente ao ato mesmo da criminalização do fato social desvalioso, não se restringe à só consideração do valor do bem jurídico a proteger penalmente e às conseqüências de sua ofensa pela conduta humana, recolhendo, como deve recolher, a conduta concreta, até então penalmente irrelevante, objeto da decisão política de criminalização, como ela se mostra no mundo, em todos os seus elementos, circunstâncias e formas de aparição, enquanto se definam como sinais da personalidade e da culpabilidade do homem-autor e sem o que as penas cominadas seriam puro arbítrio do legislador ou, pelo menos, deixariam de atender a todos os necessários fundamentos de sua fixação legal.

6. Daí por que a individualização legislativa da pena — requisição absoluta do princípio da legalidade, próprio do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, delimitadora das demais individualizações que a sucedem e complementam por função da variabilidade múltipla dos fatos e de seus sujeitos —, encontra expressão não somente no estabelecimento das penas e de suas espécies, alcançando também, eis que não se está a cuidar de fases independentes e presididas por fins diversos e específicos, a individualização judicial e a executória, quando estabelece, *ad exemplum*, de forma necessária, os limites máximo e mínimo das penas cominadas aos crimes; circunstâncias com função obrigatória, como as denominadas legais (Código Penal, arts. 61, 62 e 65); obrigatoriedade ou proibição de regime inicial, como ocorre, respectivamente, com o fechado, nos casos de penas superiores a 8 anos, ou com o aberto e o semi-aberto, vedados ao reincidente, salvo, quanto ao segundo, quando a pena não



excede de 4 anos (Código Penal, art. 33, § 2º); limites objetivos ao Juiz na aplicação das penas restritivas de direito (Código Penal, art. 44); condições objetivas do *sursis* e do livramento condicional, ao fixar quantidades máxima de pena aplicada ou mínimas de cumprimento de pena, respectivamente (Código Penal, arts. 77 e 83), e ao preceituar imperativamente para execução da pena, como sucede, relativamente à perda dos dias remidos e à revogação obrigatória do livramento condicional (Lei de Execução Penal, arts. 127, 140 e 144).

7. Em sendo a lei, enquanto formaliza a política criminal do Estado, expressão de função própria da competência do legislador, impõe-se afirmá-la constitucional.

8. Não há, pois, inconstitucionalidade qualquer na exclusão dos regimes semi-aberto e aberto aos condenados por crime hediondo ou delito equiparado, submetendo-os apenas ao regime fechado e ao livramento condicional, ou mesmo na exclusão desses condenados da liberdade antecipada sob condição, quando reincidentes específicos, por não estranhos e, sim, essenciais à individualização da pena e, assim, também à individualização legislativa, os fins retributivo e preventivo da pena, certamente adequados ao Estado Social e Democrático de Direito, ético por pressuposto e de rigor absoluto na limitação do *jus puniendi*, cuja legitimidade, todavia, não se pode deslembrar, está fundada no direito de existir como pessoa, *titularizado por todos e cada um dos membros da sociedade*, em que tem lugar a vida humana.

9. Não há confundir, pensamos, os defeitos que estejam a gravar a política criminal, *por certo, dès que sem ofensa à dignidade humana, valor ético supremo de toda a ordem sócio-política*, com aqueloutro de inconstitucionalidade da lei em que o Estado formaliza essa política pública.

10. E se o legislador, como ocorreu com a denominada Lei dos Crimes Hediondos, no exercício de sua competência constitucional, por função dos fins retributivo e preventivo da pena criminal, afastou os regimes semi-aberto e aberto do cumprimento das penas privativas de liberdade correspondentes aos crimes que elenca, não há como afirmá-lo responsável por violação constitucional.

11. A individualização da pena é matéria da lei, como preceitua a Constituição Federal e o exige o Estado Democrático de Direito, fazendo-se também judicial e executória, por previsão legal e função da variabilidade dos fatos e de seus sujeitos.

Nula poena, sine praevia lege!

12. A interpretação constitucional fortalece a lei, instrumento de sua efetividade e de edição deferida ao Congresso Nacional pela Constituição da República, não podendo ser invocada para, em última análise, recusar a separação das funções soberanas do poder político.

13. Não há, pois, inconstitucionalidade qualquer na exclusão dos condenados por crime hediondo ou delito equiparado do regime semi-aberto, submetendo-os apenas ao regime fechado e ao livramento condicional, por não estranhos e, sim, essenciais à individualização da pena e, assim, também à individualização legislativa, os fins retributivo e preventivo da pena, certamente adequados ao Estado Social e Democrático de Direito, ético por pressuposto e de rigor absoluto na limitação do *jus puniendi*, cuja legitimidade, todavia, não se pode deslembrar, está fundada no direito de existir como pessoa, titularizado por todos e cada um dos membros da sociedade, em que tem lugar a vida humana.

14. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República apenas estabeleceu “um teor de punitividade mínimo” dos ilícitos a que alude, “aquém do qual o legislador não poderá descer”, não se prestando para fundar alegação de incompatibilidade entre as leis dos crimes hediondos e de tortura. A revogação havida é apenas parcial e referente, exclusivamente, ao crime de tortura, para admitir a progressividade de regime no cumprimento da pena prisional.

15. Ordem denegada.

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, deixo de suscitar questão de ordem objetivando a afetação do feito à Terceira Seção, por se cuidar de julgado majoritário em voto médio que diverge de entendimento pacífico, estabelecido nas Quinta e Sexta Turmas, eis que, reiteradamente, por maioria, tem sido desacolhida por esta Turma.

Por igual e pela mesma razão, deixo de suscitar a questão relativa à inconstitucionalidade de norma da denominada Lei dos Crimes Hediondos, cuja afirmação, a nosso ver equivocada, sustenta a tese majoritariamente vencedora e é denegada à Corte Especial.

A questão está em que o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 — que submeteu a fase prisional do cumprimento da pena privativa de liberdade, pela prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, ao regime fechado, vedando ao condenado a



progressão de regime — afora inconstitucional, teria sido revogado pelo art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que estabeleceu a obrigatoriedade do regime fechado apenas como inicial, permitindo aos condenados por tortura a progressividade de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade.

A vigente Constituição da República, contudo, obediente à nossa tradição constitucional, reservou exclusivamente à lei anterior a definição dos crimes, das penas correspondentes e a conseqüente disciplina de sua individualização, *verbis*:

“Art. 5º (...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, *nem pena sem prévia cominação legal;*”

“XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;” (nossos os grifos).

Individualizar a pena, tema que diz respeito à questão posta a deslinde, é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor, por função de seus fins retributivo e preventivo, que, assim, informam as suas dimensões legislativa, judicial e executória, eis que destinada, como meio, a sua realização, como é do nosso sistema penal.¹

E a individualização legislativa da resposta penal, que se impõe considerar particularmente, e é conseqüente ao ato mesmo da criminalização do fato social desvalioso, não se restringe à só consideração do valor do bem jurídico a proteger penalmente e às conseqüências de sua ofensa pela conduta humana, recolhendo, como deve recolher, a conduta concreta, até então penalmente irrelevante, objeto da decisão política de criminalização, como se mostra no mundo, em todos os seus elementos, circunstâncias e formas de aparição, enquanto se definam como

¹ Os fins retributivo e preventivo da pena estão positivados no art. 59 do Código Penal, no qual, indicando as circunstâncias informadoras da individualização judicial, preceitua o legislador ao Juiz que estabeleça, “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, as penas aplicáveis dentre as cominadas; a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

sinais da personalidade e da culpabilidade do homem-autor e sem o que as penas cominadas seriam puro arbítrio do legislador ou, pelo menos, deixariam de atender a todos os necessários fundamentos de sua fixação legal.²

Daí por que a individualização legislativa da pena — requisição absoluta do princípio da legalidade, próprio do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, delimitadora das demais individualizações que a sucedem e complementam por função da variabilidade múltipla dos fatos e de seus sujeitos³ —, encontra expressão não somente no estabelecimento das penas e de suas espécies, alcançando também, eis que não se está a cuidar de fases independentes e presididas por fins diversos e específicos, a individualização judicial e a executória, quando estabelece, *ad exemplum*, de forma necessária, os limites máximo e mínimo das penas cominadas aos crimes; circunstâncias com função obrigatória, como as denominadas legais⁴ (*Código Penal*, arts. 61, 62 e 65); obrigatoriedade ou proibição de regime inicial, como ocorre, respectivamente, com o fechado, nos casos de penas superiores a 8 anos, ou com o aberto e o semi-aberto, vedados ao reincidente, salvo, quanto ao segundo, quando a pena não excede de 4 anos (*Código Penal*, art. 33, § 2º); limites objetivos ao Juiz na aplicação das penas restritivas de direito (*Código Penal*, art. 44); condições objetivas do sursis e do

² As circunstâncias de individualização judicial, insertas no art. 59 do Código Penal, como resulta de uma atenta interpretação do sistema penal vigente, desvelam elas mesmas, *como, aliás, devem desvelar*, os elementos e circunstâncias que tiveram função na individualização legislativa da resposta penal.

³ Preceitua, significativamente, o constituinte no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal, “A Lei regulará a individualização da pena”.

⁴ As chamadas circunstâncias legais não são ontologicamente distintas das que se denomina circunstâncias judiciais, pois que fazem parte do conjunto das circunstâncias da individualização judicial da pena (art. 59 do Código Penal), distinguindo-se umas das outras apenas pelo fato de que aquelas, as circunstâncias legais, têm função obrigatória e essas, as circunstâncias judiciais, têm a aferição do seu valor, na fixação da pena, atribuído ao Juiz, que pode ou não reconhecer-lhes função.

A nosso ver, a leitura equivocada do art. 68 do Código Penal tem levado à identificação das circunstâncias de individualização judicial da pena com as denominadas circunstâncias judiciais, que nada mais são que circunstâncias de individualização judicial da pena com função aferível pelo Juiz, diversas das denominadas legais que têm função obrigatória. Por óbvio não há qualquer distinção ontológica entre elas. O motivo do crime, *exempli gratia*, é uma circunstância de individualização judicial da pena (*Código Penal*, art. 59), tendo função obrigatória quando fútil ou torpe (*Código Penal*, art. 61, inciso II, alínea **a**). Em sendo de outra espécie o motivo que não a fútil ou torpe, pode o Juiz, quando deva fazê-lo, atribuir-lhe função. Deve-se afirmar, assim, que uma e outra, a circunstância legal e a circunstância judicial, integram o conjunto das circunstâncias de individualização judicial da pena (*Código Penal*, art. 59), de natureza complexa, ante a presença, anote-se, na sua dimensão, da individualização legislativa da pena, por força da identidade essencial das circunstâncias que as informam.



livramento condicional, ao fixar quantidades máxima de pena aplicada ou mínimas de cumprimento de pena, respectivamente (*Código Penal*, arts. 77 e 83), e ao preceituar imperativamente para execução da pena, como sucede, relativamente à perda dos dias remidos e à revogação obrigatória do livramento condicional (*Lei de Execução Penal*, arts. 127, 140 e 144).

Por certo, em casos tais, não há falar, como nunca se falou, em inconstitucionalidade qualquer, conseqüência última de, *em se absolutizando a individualização judicial da pena*, reabrir, mesmo que só em possibilidade, o que já é irreparavelmente danoso à causa da liberdade, a porta dos tempos obscuros do *arbitrium judicis*, ao qual, com honra inexcusável, o grande Beccaria, se opôs, indubiosamente incompatível com a natureza legal da decisão política de criminalização, sua forma obrigatória, de que é conseqüência legítima, necessária e direta a individualização legislativa, obrigatoriamente a primeira a ser procedida, entre as dimensões da individualização da resposta penal,⁵ enquanto deve estabelecer a pena correspondente à conduta social criminalizada, que há, certamente, de se fazer obediente aos fins retributivo e preventivo da sanção penal e, assim, tão individualizada quanto permitir o fato humano criminalizado, objetiva e subjetivamente considerado, nas suas múltiplas formas.

E se a lei, enquanto formaliza a política criminal do Estado, é expressão de função própria da competência do legislador, impõe-se afirmá-la constitucional.

Não há, pois, agora mais particularmente, inconstitucionalidade qualquer na exclusão dos regimes semi-aberto e aberto aos condenados por crime hediondo ou delito equiparado, submetendo-os apenas ao regime fechado e ao livramento condicional, ou mesmo na exclusão desses condenados da liberdade antecipada sob condição, quando reincidentes específicos, por não estranhos e, sim, essenciais à individualização da pena e, *assim, também à individualização legislativa, os fins retributivo e preventivo da pena*, certamente adequados ao Estado Social e Democrático de Direito, ético por pressuposto e de rigor absoluto na limitação do *jus puniendi*, cuja legitimidade, todavia, não se pode deslembrar, está fundada no direito de existir como pessoa, *titularizado por todos e cada um dos membros da sociedade*, em que tem lugar a vida humana.

Ouçá-se Beccaria:

“Origem das penas e do direito de punir

⁵ Dimensões múltiplas da individualização da resposta penal, legislativa, judicial e executória, conseqüentes à infinita variabilidade, como se costuma dizer, “dos seres e das coisas”.

A moral política não pode oferecer à sociedade nenhuma vantagem durável, se não estiver baseada em sentimentos indelévels do coração do homem.

Qualquer lei que não estiver fundada nessa base achará sempre uma resistência que a constringerá a ceder. Desse modo, a menor força, aplicada continuamente, destrói por fim um corpo de aparência sólida, pois lhe imprimiu um movimento violento.

Façamos uma consulta, portanto, ao coração humano: encontraremos nele os preceitos essenciais do direito de punir.

Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens. Sendo o crescimento do gênero humano, apesar de lento e pouco considerável, muito superior aos meios de que dispunham a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e entrecruzando-se de mil modos, os primeiros homens, até então em estado selvagem, foram forçados a agrupar-se. Constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade surgida de se resistir às primeiras, e assim viveram esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si. As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra.

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda a parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositários dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.

Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros.

Eram necessários meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito despótico, que logo voltou a mergulhar a sociedade em seu antigo caos. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam as leis.



Referi que esses meios precisaram ser sensíveis, pois a experiência comprovou o quanto a maioria está longe de subscrever os princípios estáveis de conduta. Percebe-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação somente pode ser impedida em seus efeitos sobre a sociedade por meios que causem imediata impressão aos sentidos e que se fixem nos espíritos, para contrabalançar por impressões fortes a força das paixões particulares, em geral opostas ao bem comum. Qualquer outro meio não seria suficiente. Quando as paixões são fortemente abaladas pelos objetos presentes, os discursos mais sábios, a eloquência mais arrebatadora, as verdades mais excelsas não passam, para elas, de freios impotentes, que logo arrebatam.

Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela da sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.” (in Dos Delitos e das Penas, Cesare Beccaria, nossos os grifos)

Não há confundir, pensamos, os defeitos que estejam a gravar a política criminal, *por certo, dêis que sem ofensa à dignidade humana, valor ético supremo de toda a ordem sócio-política*, com aqueloutro de inconstitucionalidade da lei em que o Estado formaliza essa política pública.

E se o legislador, como ocorreu com a denominada Lei dos Crimes Hediondos, no exercício de sua competência constitucional, por função dos fins retributivo e preventivo da pena criminal, afastou os regimes semi-aberto e aberto do cumprimento das penas privativas de liberdade correspondentes aos crimes que elenca, não há como imputar-lhe violação constitucional.

A individualização da pena é matéria de lei, como preceitua a Constituição Federal e o exige o Estado Democrático de Direito, fazendo-se também judicial e executória, por previsão legal e função da variabilidade dos fatos e de seus sujeitos.

Nula poena, sine praevia lege!

A interpretação constitucional fortalece a lei, instrumento de sua efetividade e de edição deferida ao Congresso Nacional pela Constituição da República.

É importante lembrar, em remate, que a Constituição Federal, adentrando na práxis jurisdicional, afora, em certos e determinados casos, *presumir a necessidade de prisão só cautelar*, com vistas aos fins preventivos da resposta penal (confira-se-lhe o art. 5º, inciso XLIII, *ad exemplum*), estabelece, nos domínios da individualização executória da pena, que os estabelecimentos de seu cumprimento devem corresponder à natureza do crime (*Constituição da República*, art. 5º, inciso XLVIII).

Vale, a propósito de todo o exposto, invocar o magistério de Celso Ribeiro Bastos, relativamente ao inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal:

“O leitor se surpreende quando se confronta com o preceptivo sob comento, que na verdade o que faz é reforçar o processo punitivo do Estado, *estabelecendo um teor de punitividade mínimo*, aquém do qual o legislador não poderá descer.” (*in Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª vol., p. 225, Saraiva, 1989, nossos os grifos)

E, ainda, os seguintes precedentes do excelso Supremo Tribunal Federal que, faz muito, vem afirmando a constitucionalidade do disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990:

“Habeas corpus.

Crime hediondo. Condenação por infração do art. 12, § 2º, II, da Lei n. 6.368/1976. Caracterização.

Regime prisional. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada.

Individualização da Pena. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.

À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Ordem conhecida, mas indeferida.” (HC n. 69.603-SP, Relator Ministro Paulo Brossard, Pleno, DJ 23.04.1993)



“Crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990): regime fechado integral (art. 2º, § 1º), de constitucionalidade declarada pelo Plenário (ressalva pessoal do Relator): inaplicabilidade, porém, da regra proibitiva da progressão ao condenado pelo delito de associação incriminado no art. 14 da Lei de Entorpecentes, inconfundível com o de tráfico, tipificado no art. 12, único daquele diploma a que se aplica a Lei dos Crimes Hediondos.” (HC n. 75.978-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.1998, nossos os grifos)

“*Habeas corpus*. Improcedência da alegação de falta de exame de dependência psíquica do paciente, bem como de ausência de fundamentação da decisão condenatória para o não-acolhimento do laudo existente. Condenação fundada em elementos probatórios que não apenas nos colhidos no inquérito policial. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, se a defesa foi intimada da expedição da precatória para a inquirição de testemunha, não é necessário que seja ela intimada da audiência, para esse fim, no juízo deprecado. Por fim, não só este Tribunal já fixou o entendimento de que é constitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, como também o de que esse dispositivo não foi derogado pela Lei n. 9.455/1997. *Habeas corpus* indeferido.” (HC n. 77.779-SP, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 18.12.1998, nossos os grifos)

“*Habeas corpus*. Crime hediondo. Lei n. 8.072/1990. Progressão de regime da pena.

Em relação aos crimes hediondos, por força de disposição legal, a pena deve ser cumprida necessariamente em regime fechado.

O fato de a sentença não se haver referido à expressão ‘integralmente’ não significa que tenha assegurado a progressividade do regime da pena.

Habeas corpus indeferido.” (HC n. 78.976-RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 18.06.1999)

“1. *Habeas corpus*. 2. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. 3. Regime integralmente fechado para o cumprimento da pena. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade. 4. *Habeas corpus* indeferido.” (HC n. 81.421-SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 15.03.2002)

“Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Homicídio qualificado. Comutação de penas. Exclusão do benefício, em relação aos autores de crimes hediondos (art. 2º, Inciso I, da Lei n. 8.072, de 26.07.1990, modificada pela Lei n. 8.930, de 06.09.1994). Decreto n. 3.226/1999. *Habeas corpus*.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do inciso I do art. 2 da Lei n. 8.072, de 26.07.1990 (modificada pela Lei n. 8.930, de 06.09.1994), na parte em que considera insuscetíveis de indulto (tanto quanto de anistia e graça), e, portanto, também de comutação de pena, os crimes hediondos por ela definidos, entre os quais o de homicídio qualificado, pelo qual foi condenado o ora paciente.

2. É firme, igualmente, por outro lado, a jurisprudência da Corte, no Plenário e nas Turmas, considerando válidos Decretos de indulto coletivo, que beneficiam indeterminadamente os condenados por certos delitos e não os condenados por outros, conforme critérios razoáveis de política criminal do Presidente da República (Plenário: *Habeas Corpus* n. 74.132).

3. *Habeas corpus* indeferido.” (HC n. 81.564-SC, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 05.04.2002, nossos os grifos)

“*Habeas-corporis*. Homicídio qualificado. Regime de cumprimento da pena. Progressão: inviabilidade.

1. Esta Corte já firmou orientação no sentido da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, o qual determina que a pena aplicada aos autores de crimes hediondos seja cumprida integralmente no regime fechado.

2. Também a Lei n. 9.455/1997 não derogou o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, restando inviável a progressão prisional nas hipóteses de condenação por crime hediondo.

3. *Habeas corpus* indeferido.” (HC n. 79.375-MG, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 12.04.2002)

“*Habeas corpus*. Condenação pela prática de crime hediondo. Sentença que se limita, na definição do regime penal, a fazer remissão ao art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990. Legitimidade do cumprimento integral da pena em regime fechado. Pedido indeferido.

O réu, que foi condenado pela prática de crimes hediondos ou de infrações penais a estes equiparadas, não tem o direito de cumprir a pena em regime de execução progressiva, pois a sanção penal imposta a tais delitos deverá ser cumprida, integralmente, em regime fechado, por efeito de norma legal (Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º) cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

A mera remissão, ao art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, feita, pelo magistrado, na sentença condenatória, basta para legitimar o cumprimento in-



tegral da pena em regime fechado, desde que se trate de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. A ausência, no ato sentencial, de menção ao cumprimento da pena em regime integralmente fechado não significa que se tenha garantido, ao condenado, o direito à progressão no regime de execução penal. Precedentes.” (HC n. 81.006-MG, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 21.06.2002, nossos os grifos)

“*Habeas corpus*. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Apelação em liberdade.

Não tem direito a apelar em liberdade, réu condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por se tratar de crime hediondo (Lei n. 8.072/1990, art. 2º, II).

O Pleno do Tribunal já declarou a constitucionalidade do referido art. 2º da lei.

Habeas indeferido.” (HC n. 81.871-MT, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ 21.03.2003)

“1. *Habeas corpus*. 2. Processual Penal. 3. Crime hediondo. 4. Progressão de regime. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a constitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072, de 1990. Precedentes. 6. Entendimento contrário dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Ressalva de uma melhor análise da matéria. 7. *Habeas corpus* indeferido.” (HC n. 82.638-SP, Relator p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJ 12.03.2004)

“Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Regime integralmente fechado para o cumprimento da pena. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade. Precedentes. HC indeferido.” (HC n. 83.880-SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 12.03.2004)

“*Habeas corpus*. Direito Penal. Processo Penal. Atentado violento ao pudor. Regime integralmente fechado. Crime hediondo. Ordem denegada.

1. Consoante o entendimento do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, o crime de atentado violento ao pudor, mesmo em sua forma simples, é considerado crime hediondo (Lei n. 8.072/1990).

2. Ainda conforme entendimento do Pleno, inalterado até a presente data, o regime integralmente fechado, previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, é constitucional.

3. Ordem denegada.” (HC n. 84.006-RJ, Relator p/ o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, DJ 20.08.2004)

“Constitucional. Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime hediondo. Regime fechado. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade.

I - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. CF, art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC n. 69.657-SP, Rezek, RTJ n. 147/598; HC n. 69.603-SP, Brossard, RTJ n. 146/161; HC n. 69.377-MG, Velloso, DJ 16.04.1993; HC n. 76.991-MG, Velloso, DJ 14.08.1998; HC n. 81.421-SP, Néri, DJ 15.03.2002; HC n. 84.422-RS, Joaquim Barbosa, Relator para acórdão, julgado em 14.12.2004.

II - HC indeferido.” (HC n. 85.379-SP, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 13.05.2005)

Relativamente à revogação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, pela Lei n. 9.455/1997, tem sido aduzido que estaria na linha oblíqua que, passando pela Constituição Federal, onde recolhe a obrigatoriedade do tratamento isonômico dos ilícitos de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e hediondos (art. 5º, inciso XLIII), faz necessária a interpretação extensiva da norma penal nova, qual seja, a insere na lei que define o crime de tortura, assim incompatível com a anterior, da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, § 1º).

Ocorre que a incompatibilidade de que trata o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil existe, é verdade, entre os dois diplomas legais, mas apenas na parte referente ao crime de tortura, já que Lei posterior, número 9.455/1997, específica desse ilícito, estabelece a obrigatoriedade do regime fechado apenas como inicial do cumprimento da pena, enquanto a anterior, n. 8.072/1990, dos crimes hediondos, preceituava, também em relação à tortura, o cumprimento integral da pena privativa de liberdade, na sua fase prisional, sob o regime fechado.

De tanto, resulta apenas que o cumprimento da pena correspondente ao crime de tortura comporta a progressividade de regime prisional a partir do regime inicial fechado.

Nada mais.

Não é outro o verbo legal: “O condenado *por crime previsto nesta Lei*, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.” (Lei n. 9.455/1997, art. 1º, § 7º, nossos os grifos)

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

“*Habeas corpus*. Alegações de participação de menor importância e de colaboração para o desmantelamento da quadrilha. Exame de provas. Inadmissibilidade. Crime hediondo. Regime integralmente fechado.



A análise de questões relativas à verificação da participação de menor importância na prática delituosa e da colaboração do agente para o desmantelamento da quadrilha não se compatibiliza com a via estreita do *habeas corpus*, por exigir aprofundado exame do quadro fático-probatório estabelecido no processo.

A Lei n. 9.455/1997 dispõe exclusivamente sobre o crime de tortura, não se aplicando, assim, os seus dispositivos aos delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional.

Habeas corpus conhecido em parte, e, nessa extensão, denegado.” (HC n. 34.294-RJ, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 16.11.2004, nossos os grifos)

“Habeas corpus. Processual Penal. Latrocínio. Crime hediondo. Progressão de regime prisional. Não aplicabilidade. Lei n. 9.455/1997. Ordem denegada.

1. O crime de latrocínio é considerado hediondo a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, razão por que deve a pena ser cumprida em regime integral fechado.

2. *A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida sua extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, considerada constitucional pelo Pretório Excelso.*

3. Ordem denegada.” (HC n. 36.812-MG, Hélio Quaglia Barbosa, DJ 22.11.2004).

“Habeas corpus. Direito Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Delito equiparado a hediondo. Progressão de regime prisional. Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Lei dos crimes hediondos. Revogação parcial. Inconstitucionalidade. Inocorrência.

1. ‘O inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República apenas estabeleceu ‘um teor de punitividade mínimo’ dos ilícitos a que alude, ‘aquém do qual o legislador não poderá descer’, não se prestando para fundar alegação de incompatibilidade entre as leis dos crimes hediondos e de tortura. A revogação havida é apenas parcial e referente, exclusivamente, ao crime de tortura, para admitir a progressividade de regime no cumprimento da pena prisional.’ (HC n. 20.954-SP, da minha Relatoria, DJ 19.12.2002)

2. ‘Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.’ (Súmula do STF, Enunciado n. 698).

3. Ordem denegada.” (HC n. 36.674-PR, da minha relatoria, DJ 1^o.02.2005)

“*Habeas corpus*. Penal. Crime hediondo ou equiparado. Progressão de regime prisional em face da Lei n. 9.455/1997. Impossibilidade. Lei n. 8.072/1990, art. 2^o, § 1^o.

Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o fechado, descabendo progressão. Preceito legal declarado compatível com a atual Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 69.603).

Ademais, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que ‘A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais mantém-se a vedação à progressão de regime.’ (EREsp n. 170.841-PR, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 28.02.2000). Precedente do STF

Ordem denegada.” (HC n. 36.194-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 21.02.2005)

“Penal. Crime hediondo. Progressão de regime. Impossibilidade. Art. 2^o, § 1^o, Lei n. 8.072/1990. Inaplicabilidade da Lei n. 9.455/1997. Súmula n. 698-STF.

1. Nos crimes hediondos, ou a eles equiparados, a pena deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, nos termos do que dispõe a Lei n. 8.072/1990.

2. *‘Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura’ (Súmula n. 698-STF).*

3. O art. 1^o, § 2^o, da Lei dos Crimes Hediondos não ofende o princípio constitucional da individualização da pena.

4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 610.302-SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 21.02.2005)

“Penal e Processo Penal. Recursos especiais. Extorsão mediante seqüestro e formação de quadrilha. Participação de menor importância. Reexame de provas. Nulidade da sentença. Inocorrência. Falta de indicação do prejuízo. Reconhecimento fotográfico corroborado por chamada de co-réu. Lei dos crimes hediondos. Lei da tortura. Progressão de regime prisional. Impossibilidade.



1. Tendo o Tribunal afastado a participação de menor importância com base no quadro probatório, decidir de forma contrária demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 desta Corte.

2. Não é nula a sentença que não detalha a tese de defesa, mas a examina no mérito.

3. O reconhecimento fotográfico realizado no inquérito policial e a chamada de co-réu, na fase judicial, são provas bastante de autoria.

4. Em se tratando de extorsão mediante seqüestro, delito considerado hediondo pela Lei n. 8.072/1990, a pena deve ser cumprida integralmente no regime fechado, vedada a progressão, a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, desse diploma legal, considerado constitucional no Supremo Tribunal Federal.

5. A Lei n. 9.455/1997 não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, encerrando o indigitado diploma nítida opção do legislador em dar tratamento diverso aos delitos de tortura do que aos relativos aos demais crimes hediondos, opção essa que não parece ter sido a melhor, porém, é inegável, decorrente de legítimo exercício de função constitucional.

6. Recurso de José Esteves Gomes desprovido, e não conhecido o de Esmilson de Andrade.” (REsp n. 574.375-RO, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 11.04.2005, nossos os grifos)

“Recurso especial. Penal. Atentado violento ao pudor. Concurso material. Continuidade delitiva. Lapso temporal de três anos. Impossibilidade. Hediondez do delito. Regime prisional integralmente fechado.

1. Incabível a aplicação do art. 71 do Código Penal, por ausência de requisitos objetivos necessários, evidenciada pela diversidade no *modus operandi* do acusado na reiteração criminosa e longo intervalo de tempo entre a prática dos dois delitos.

2. As condenações por crimes hediondos devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, nos termos da Lei n. 8.072/1990, uma vez que a Lei n. 9.455/1997 trata da possibilidade de progressão de regime exclusivamente para crimes de tortura, conforme o Verbete Sumular n. 698-STF

3. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 692.219-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 11.04.2005, nossos os grifos)

“Penal. Recurso especial. Art. 12, da Lei n. 6.368/1976. Tráfico de drogas. Regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

I - Os condenados como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 devem cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, *ex vi* art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990. (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).

II - O art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990 deve ser aplicado até que o colendo Pretório Excelso se manifeste sobre eventual inconstitucionalidade.

III - *A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual 'a Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais mantém-se a vedação à progressão de regime.'* (REsp n. 170.841-PR, Terceira Seção, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 28.02.2000). Recurso provido." (REsp n. 692.285-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 11.04.2005, nossos os grifos)

"Criminal. *Habeas corpus*. Execução. Tráfico de entorpecentes. Regime integralmente fechado de cumprimento da pena. Progressão de regime. Delito hediondo. Impossibilidade. Lei n. 8.072/1990. Vedação legal à progressão. Constitucionalidade. Lei n. 9.455/1997. Exclusividade dos crimes de tortura. Inexistência de ofensa aos princípios da humanização e da individualização da pena. Ordem denegada.

As condenações por tráfico ilícito de entorpecentes, delito elencado como hediondo pela Lei n. 8.072/1990, devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, vedada a progressão. Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos já afirmada pelo STF.

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. Súmula n. 698-STF.

O art. 1º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos não ofende ao Princípio Constitucional da Individualização da Pena.

Ordem denegada." (HC n. 37.555-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 18.04.2005, nossos os grifos)

Este entendimento, inclusive, já foi objeto de súmula no âmbito do excelso Supremo Tribunal Federal, ao que se extrai do teor do Enunciado n. 698, *verbis*:

"Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura."



Pelo exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Sr. Presidente, *data vênia*, conheço do recurso especial pela letra **c**, e lhe dou provimento.